



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
CENTRO DI ECCELLENZA JEAN MONNET

GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

CASI SCELTI

diretta da

BRUNO NASCIMBENE MASSIMO CONDINANZI

CHIARA AMALFITANO
FRANCESCO ROSSI DAL POZZO
CECILIA SANNA

JACOPO ALBERTI
ILARIA ANRÒ
MATTEO ARANCI
STEFANO BASTIANON
MARIA GRAZIA BUONANNO
FRANCESCA CAPOTORTI
FILIPPO CROCI
LORENZO D'AMICO
FRANCESCA GELMINI
CHIARA GIUSSANI
GINEVRA GRECO
MARCO GUIDI
NATALIA LATRONICO
SOFIA MONICI
MIRIAM POSTIGLIONE
LAURA ZOBOLI

EUROJUS.IT

Capitolo VIII

CONCORRENZA

1. Nozione di impresa

1 ottobre 1987, *VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, causa 311/85, Racc. 3801.

Con sentenza 12 luglio 1984, il presidente del tribunale di commercio di Bruxelles sollevava tre questioni vertenti sull'interpretazione degli artt. 30, 34 e 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 34, 35 e 101 TFUE).

Dette questioni sorgevano nell'ambito della lite fra l'associazione delle agenzie fiamminghe (VVR) e il servizio sociale dei servizi pubblici locali e regionali (Sociale Dienst). La prima era un'associazione senza scopo di lucro costituita per la difesa e la promozione degli interessi di categoria delle agenzie di viaggio, la seconda era anch'essa un'associazione senza scopo di lucro le cui finalità consistevano nell'offrire un programma di viaggi al personale dei servizi pubblici locali e regionali nell'agire da agenzia di viaggi per gli stessi.

In questa seconda veste il Sociale Dienst concedeva sconti sui prezzi dei viaggi, stabiliti dai tour-operators e comprensivi della commissione per le agenzie di viaggio. In particolare, rinunciava, a favore dell'acquirente, ad una parte o a tutta la commissione su detti prezzi che normalmente spettava all'agenzia di viaggio.

Nella legislazione belga esisteva una legge, il regio decreto del 30 giugno 1966, che, riportando integralmente le disposizioni del codice deontologico dell'unione professionale delle agenzie di viaggio (UPAV), vietava espressamente di porre in essere un simile comportamento nei confronti degli altri operatori del ramo configurandolo come un atto di concorrenza sleale.

L'attrice (VVR), secondo la legge del 14 luglio 1971 sulla violazione delle pratiche commerciali, agiva con un'azione inibitoria contro il Sociale Dienst per porre termine a tale pratica. La Corte ha osservato:

« 19. Il governo belga ha contestato che l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], possa applicarsi ai rapporti tra un tour-operator e un'agenzia di viaggi, sostenendo che detti rapporti sono quelli esistenti tra il mandante e il mandatario. Di conseguenza, l'agenzia di viaggi dovrebbe considerarsi un organo ausiliario del tour-operator. A sostegno di questa tesi, il governo belga ha rilevato che l'agenzia di viaggi non stipula coi clienti contratti in nome proprio, ma in nome e per conto del tour-operator che organizza il viaggio.

20. Si deve invece osservare che un'agenzia di viaggio del tipo indicato dal giudice a quo va considerata un intermediario indipendente che svolge un'attività di prestazione di servizi autonoma. Infatti, l'agente vende dei viaggi organizzati da un numero molto alto di tour-operators ed inoltre il tour-operator vende i viaggi tramite un numero molto alto di agenzie. Una siffatta agenzia di viaggi non può considerarsi, a differenza di quanto propone il governo belga, un organo ausiliario facente parte dell'impresa di questo o di quel tour-operator».

23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Friz Elser c. Macrotron GmbH*, causa C- 41/90, Racc. I-1979.

Con ordinanza del 31 gennaio 1990, l'Oberlandesgericht di Monaco sottoponeva alla Corte di giustizia quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione degli artt. 7, 55, 56, 59, 60, 66, 86 e 90 del

Trattato (ora artt. 51, 52, 56, 57, 62, 102 e 106 TFUE).

Le questioni sollevate provenivano dalla lite sorta tra i signori Höfner e Elser, consulenti per la ricerca del personale, e la Macrotron GmbH, con sede a Monaco. La controversia aveva per oggetto gli onorari che i predetti pretendevano in virtù di un contratto in forza del quale gli attori dovevano prestare alla Macrotron assistenza per l'assunzione di un direttore del servizio vendite. La Macrotron, non assumendo il candidato prescelto dai due consulenti, si rifiutava di pagare loro quanto pattuito. I signori Höfner e Elser citavano in giudizio la società al fine di ottenere gli onorari concordati; con sentenza del 27 ottobre 1987, il Landgericht respingeva la domanda.

Gli interessati interponevano, quindi, appello presso l'Oberlandesgericht di Monaco che dichiarava il contratto nullo, in forza dell'art. 134 del Codice civile tedesco, per violazione dell'art. 13 dell'Arbeitsforderungsgesetz (AFG). Quest'ultima è la legge che disciplina il mercato del lavoro in Germania ed ha il compito di gestire il collocamento e di mantenere e realizzare un elevato livello di occupazione nel contesto economico-sociale del governo federale. L'art. 3 dell'AFG affida la realizzazione di questo obiettivo generale unicamente alla Bundesanstalt für Arbeit (Ufficio federale per il collocamento del lavoro: BA) istituendo così un monopolio.

Le diverse tesi sostenute in giudizio riguardavano la corretta qualificazione della BA nei confronti dell'art. 86 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE), in particolare se il monopolio del collocamento di personale direttivo di aziende riservato a un ufficio pubblico per l'occupazione costituiva abuso di posizione dominante.

Gli attori sostenevano che la BA era allo stesso tempo impresa pubblica e impresa incaricata di servizi d'interesse economico generale e pertanto soggetta alle norme di concorrenza. La convenuta e il governo tedesco ritenevano invece che le attività di un ufficio per l'occupazione non rientrassero più nel campo di applicazione delle norme di concorrenza dato che erano esercitate da un ente pubblico. La Corte ha osservato:

« 20. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve verificare se un ufficio pubblico per l'occupazione, quale la BA, possa essere considerato impresa ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE.

21. A questo riguardo, si deve precisare, nel contesto del diritto della concorrenza, che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, e che l'attività di collocamento è una attività economica.

22. La circostanza che le attività di collocamento sono di norma affidate a uffici pubblici non può influire sulla natura economica di queste attività. Le attività di collocamento non sono sempre state, né sono necessariamente, esercitate da enti pubblici. Questa constatazione vale, in particolare, per le attività di collocamento di personale direttivo di aziende.

23. Ne consegue che un ente come un ufficio pubblico per l'occupazione che svolge attività di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie ».

19 maggio 1993, Procedimento penale c. Paul Corbeau, causa C-320/91, Racc. I 2533.

In Belgio la Régie des postes, ente statale istituito con legge del 21 marzo 1991, ha il monopolio su tutto il territorio per quanto concerne la raccolta, il trasporto e la distribuzione della posta in qualsiasi forma e sono previste sanzioni penali in caso di violazione di siffatto diritto esclusivo. Sono eccettuati dal monopolio postale gli invii per corriere accelerato, alle condizioni da stabilirsi con regio decreto.

Il signor Paul Corbeau, commerciante in Liegi, veniva sottoposto a procedimento penale, su richiesta della Régie des postes, avanti al Tribunal correctionnel di Liegi per una presunta violazione del diritto esclusivo relativamente al periodo intercorso tra il 1987 e il 1991. Costui, infatti, forniva, nell'area geografica di Liegi, un servizio di raccolta della posta al domicilio del mittente e consegna al recapito

del destinatario entro le ore 12 del mattino seguente, mentre per la posta indirizzata all'esterno dell'area geografica di cui trattasi si impegnava a raccoglierla dal domicilio del mittente e a inoltrarla tramite il servizio postale.

Ritenendo che detto procedimento penale sollevasse un problema di compatibilità della normativa belga con quella comunitaria, in particolare con gli artt. 90, 85 e 86 del Trattato CE, il giudice belga poneva varie questioni, sulle quali la Corte si è fra l'altro pronunciata sulla nozione di impresa.

« 8. Per risolvere tale questione, come essa è stata riformulata, è opportuno dapprima rilevare che un ente, quale la Régie des postes, cui è stata accordata l'esclusività per la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza, va considerato un'impresa investita dallo Stato membro interessato di diritti esclusivi, ai sensi dell'art. 90 [ora art. 106 TFUE], n. 1, del Trattato.

9. Occorre ricordare inoltre che, secondo una giurisprudenza costante, un'impresa che gode di un monopolio di legge su una parte sostanziale del mercato comune può essere considerata occupare una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] (v. sentenze 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Mercati convenzionali porto di Genova SpA, Racc. pag. I-5889, punto 14 della motivazione, e 13 dicembre 1991, causa C-18/88, RTT, Racc. pag. I-5941, punto 17 della motivazione).

10. Tuttavia, l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] concerne soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa e non i provvedimenti statali (v. sentenza RTT, già citata, punto 26 della motivazione)».

19 gennaio 1994, SAT Fluggesellschaft mbH c. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol), causa C-364/92, Racc. I-43.

L'Eurocontrol, istituito a Bruxelles con decreto del 13 dicembre 1960, emendato con il protocollo di Bruxelles del 12 febbraio 1981, è un ente internazionale incaricato di gestire il servizio di controllo di navigazione aerea per conto di taluni Stati, nonché della riscossione dei contributi di rotta, quale semplice mandatario degli Stati contraenti.

L'ente si rivolgeva al giudice belga per il recupero dei contributi di rotta del periodo dal 1981 al 1985 della SAT, compagnia aerea belga. Quest'ultima riteneva che l'Eurocontrol, nel fissare l'ammontare dei contributi di rotta, violava gli artt. 86 e 90 del Trattato CE assumendo una posizione dominante. Infatti sosteneva che per prestazioni equivalenti, l'aliquota dei contributi era fissata ad un livello diverso, variabile a seconda degli Stati e degli anni di riferimento.

La Corte di cassazione belga sottoponeva alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 86 e 90 del e sulla loro applicabilità all'Eurocontrol in quanto impresa.

La Corte ha osservato:

« 18. Emerge dalla giurisprudenza della Corte (v., in particolare, le sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Hoefner e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 21, e 17 febbraio 1993, cause C-159/91 e C-160/91, Poucet e Pistre, Racc. pag. I-637, punto 17) che, nel diritto comunitario della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che svolge un'attività economica, indipendentemente dal suo status giuridico e dal suo modo di finanziamento.

19. Per stabilire se le attività dell'Eurocontrol sono quelle di un'impresa ai sensi degli artt. 86 e 90 del Trattato, bisogna appurare la natura di dette attività.

20. A norma dell'art. 1 della Convenzione relativa all'aviazione civile internazionale, firmata a Chicago il 7 dicembre 1944 (Raccolta dei trattati delle Nazioni unite, vol. 15, n. 105): "Gli Stati contraenti riconoscono che ciascuno Stato ha sovranità completa ed esclusiva sullo spazio aereo sovrastante il suo territorio". È nell'ambito di detta sovranità che gli Stati esercitano, nel rispetto delle pattuizioni contenute nelle convenzioni internazionali applicabili, le funzioni di polizia nel loro spazio aereo e i servizi di controllo della navigazione aerea.

21. In virtù della convenzione che lo istituisce, l'Eurocontrol è un ente internazionale di carattere regionale che ha lo scopo di rafforzare la cooperazione degli Stati contraenti nel settore della navigazione aerea e di sviluppare le attività comuni in questo settore, tenendo debito conto delle

necessità della difesa, pur garantendo a tutti gli utenti dello spazio aereo il massimo di libertà con il necessario grado di sicurezza. Esso opera di conserva con le autorità civili e militari degli Stati contraenti (art. 1 della convenzione modificata).

22. Le competenze dell'Eurocontrol, come definite dall'art. 2 della convenzione modificata, vertono anzitutto su attività di ricerca, di pianificazione, di coordinamento delle politiche nazionali e di formazione del personale.

23. In secondo luogo, l'Eurocontrol è competente a fissare e a riscuotere i contributi di rotta, dovuti dagli utenti dello spazio aereo. L'Eurocontrol determina, conformemente agli orientamenti definiti dall'organizzazione dell'aviazione civile internazionale, la formula comune in base alla quale vengono calcolati i contributi di rotta. Detta formula tiene conto della stazza dell'aeronave e della distanza percorsa, alle quali si applica un' "aliquota unitaria". Detta aliquota non è stabilita dall'Eurocontrol, ma da ciascuno degli Stati contraenti per l'uso del rispettivo spazio aereo. Per ciascun volo viene calcolato e riscosso dall'Eurocontrol un contributo unico, che rappresenta il totale dei contributi dovuti. I contributi vengono riscossi per conto degli Stati, ai quali sono devoluti, al netto di una trattenuta corrispondente all' "aliquota amministrativa", importo destinato a far fronte alle spese di riscossione dei contributi.

24. Infine, l'attività operativa di controllo della navigazione aerea è, come ha espressamente prescritto il protocollo del 12 febbraio 1981, limitata, poiché viene prestata dall'Eurocontrol solo su richiesta degli Stati contraenti. È pacifico che, in questo ambito, l'Eurocontrol si limita a svolgere, tramite il centro di Maastricht, il controllo dello spazio aereo dei Paesi del Benelux e della parte settentrionale della Repubblica federale di Germania. A questo scopo, l'Eurocontrol dispone, nei confronti degli utenti dello spazio aereo, delle prerogative e dei poteri coercitivi derogatori al diritto comune, che sono impliciti nel controllo. Nell'esercizio di questa particolare competenza, deve vegliare all'osservanza degli accordi internazionali e delle normative nazionali relativi all'accesso, al sorvolo e alla sicurezza del territorio degli Stati contraenti interessati.

25. In relazione a quest'ultima attività, si può osservare come non sia stato contestato che l'Eurocontrol deve garantire il controllo della navigazione in detto spazio aereo, a vantaggio di qualsiasi aeronave che lo attraversi, anche nel caso in cui il titolare dell'aeromobile non abbia versato i contributi di rotta spettanti all'Eurocontrol.

26. Infine, il finanziamento delle attività dell'Eurocontrol avviene mediante i contributi degli Stati contraenti.

27. L'Eurocontrol svolge quindi, per conto degli Stati contraenti, compiti di interesse generale, il cui scopo è quello di contribuire alla conservazione e al miglioramento della sicurezza della navigazione aerea.

28. Contrariamente a quanto sostiene la SAT, l'attività dell'Eurocontrol relativa alla riscossione dei contributi di rotta, sulla quale verte la causa principale, non è scindibile dalle altre attività dell'organizzazione. Detti contributi sono solo la contropartita, richiesta agli utenti, per l'impiego obbligatorio ed esclusivo degli impianti e servizi di controllo della navigazione aerea. Come ha già constatato la Corte, nell'ambito particolare dell'interpretazione della summenzionata Convenzione del 27 settembre 1968, l'Eurocontrol deve, nella sua attività di riscossione dei contributi, considerarsi pubblica autorità che opera nell'esercizio dei pubblici poteri (sentenza LTU, già ricordata, punti 4 e 5).

29. L'Eurocontrol opera a questo titolo per conto degli Stati contraenti senza poter realmente influire sull'importo dei contributi di rotta. La circostanza, invocata dalla SAT dinanzi al giudice nazionale, che gli importi dei contributi variano nel tempo o in funzione dei territori sorvolati non è imputabile all'Eurocontrol, che si limita a fissare e ad applicare, nelle condizioni in precedenza indicate, una formula comune, bensì agli Stati contraenti, che determinano l'ammontare delle aliquote unitarie.

30. Considerate nel loro complesso, le attività dell'Eurocontrol, per la loro natura, per il loro oggetto e per le norme alle quali sono soggette, si ricollegano all'esercizio di prerogative, relative al controllo e

alla polizia dello spazio aereo, che sono tipiche prerogative dei pubblici poteri. Esse non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato.

31. Un ente internazionale come l'Eurocontrol non costituisce quindi impresa disciplinata dagli artt. 86 e 90 del Trattato.

32. Per questi motivi si deve risolvere la questione sottoposta dichiarando che gli artt. 86 e 90 del Trattato vanno interpretati nel senso che un ente internazionale come l'Eurocontrol non costituisce impresa ai sensi di detti articoli ».

11 dicembre 1997, *Job Centre coop arl*, causa C-55/96, Racc. I-7119.

La Job Centre coop era una società cooperativa a responsabilità limitata in via di costituzione. Il suo statuto prevedeva che avrebbe esercitato attività di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro subordinato e di fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro.

La legge italiana n. 264/49 vieta l'esercizio della mediazione tra domanda ed offerta di lavoro subordinato, anche quando è svolta gratuitamente, per questo motivo il Tribunale civile e penale di Milano respingeva la domanda di omologazione di Job Centre.

Job Centre proponeva allora reclamo ex art. 2330, 4 comma del codice civile italiano alla Corte d'Appello di Milano che sospendeva il procedimento per chiedere alla Corte se una normativa nazionale come quella in esame fosse in conflitto con le norme del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori, alla prestazione di servizi ed alla concorrenza.

La Corte ha osservato:

21. (...) nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che svolge un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, e che l'attività di collocamento di manodopera è un'attività economica.

22. La circostanza che le attività di collocamento siano di norma affidate a uffici pubblici non incide sulla natura economica delle dette attività. Queste ultime non sono sempre state né sono necessariamente svolte da enti pubblici.

25. (...) un ente come un ufficio pubblico di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.

26. Si deve precisare che gli uffici pubblici di collocamento i quali in forza della normativa di uno Stato membro sono incaricati della gestione di servizi di interesse economico generale, come quelli previsti dall'art. 11, n. 1, della legge n. 264, restano soggetti alle regole di concorrenza conformemente all'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE], finché non sia provato che l'applicazione di queste regole è incompatibile con lo svolgimento dei compiti loro affidati (v. sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, Sacchi, Racc. pag. 409, punto 15, e Höfner e Elser, loc. cit., punto 24).

27. Quanto al comportamento degli uffici pubblici di collocamento, che godono di un diritto esclusivo garantito dal divieto di qualunque attività di mediazione e interposizione nei rapporti di lavoro e dalla correlata comminazione di sanzioni penali e amministrative del tipo di quelle previste dalle leggi nn. 264 e 1369, si deve rilevare che l'applicazione dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] non è suscettibile di vanificare il compito specifico affidato ai detti uffici qualora questi ultimi non siano palesemente in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato per quanto riguarda tale settore.

28. Se è innegabile che l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] si rivolge alle imprese e, nei limiti stabiliti dall'art. 90, n. 2 [ora art. 106 TFUE], può essere applicato alle imprese pubbliche o che dispongano di diritti speciali o esclusivi, è altrettanto vero che il Trattato obbliga gli Stati membri ad astenersi dall'emanare o dal mantenere in vigore provvedimenti che possano rendere praticamente inefficace tale norma (v. sentenze 16 novembre 1977, causa 13/77, Inno, Racc. pag. 2115, punti 31 e 32, e Höfner e Elser, loc. cit., punto 26). L'art. 90, n. 1 [ora art. 106 TFUE], vieta infatti agli Stati membri di emanare o mantenere in vigore nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi provvedimenti contrari alle norme del Trattato, in particolare agli artt. da 85 a 94

incluso.

29. Di conseguenza, sarebbe incompatibile con le norme del Trattato qualsiasi provvedimento con il quale uno Stato membro mantenga in vigore disposizioni di legge che creino una situazione in base a cui un ufficio pubblico di collocamento sarebbe necessariamente indotto a contravvenire alle disposizioni dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE].

18 giugno 1998, Commissione c. Italia (Spedizionieri doganali), causa C-35/96, Racc. I-3851.

Il CNSD (Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali) fissava una tariffa per le prestazioni professionali degli spedizionieri doganali che veniva approvata dal Ministero delle finanze italiano con decreto del 6 luglio 1988.

Lo Stato italiano aveva emanato e mantenuto in vigore una legge (2 dicembre 1960, n. 1610) che conferiva il relativo potere deliberativo ed imponeva al CNSD l'adozione di una decisione di associazione di imprese per fissare una tariffa obbligatoria per tutti gli spedizionieri doganali.

La Commissione riteneva che, con tale comportamento, l'Italia sarebbe incorsa in una violazione dell'art. 85 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

Soffermandosi sulla definizione di impresa e associazione di imprese, la Corte ha osservato:

«36. Occorre ricordare anzitutto che, per giurisprudenza costante, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 21; 16 novembre 1995, causa C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances e a., Racc. pag. I-4013, punto 14, e 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre, Racc. pag. I-7119, punto 21), e che costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 2599, punto 7).

37. Orbene, l'attività degli spedizionieri doganali presenta natura economica. Infatti, questi offrono, contro retribuzione, servizi che consistono nell'espletare formalità doganali, concernenti soprattutto l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario. Inoltre, essi assumono a proprio carico i rischi finanziari connessi all'esercizio di tale attività (sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, Racc. pag. 1663, punto 541). In caso di squilibrio fra uscite ed entrate, lo spedizioniere doganale deve sopportare direttamente i disavanzi.

38. Di conseguenza, il fatto che l'attività di spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE ».

12 settembre 2000, Pavel Pavlov e altri c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, cause riunite C-180/98 a C-184/98, Racc. I-6451.

L'Associazione nazionale degli specialisti della regia società olandese per la promozione della medicina (in seguito LSV), istituiva un regime pensionistico di categoria (quindi complementare rispetto al regime pensionistico base concesso dallo Stato olandese).

L'iscrizione a tale fondo veniva resa obbligatoria per tutti i medici specialisti con decreto ministeriale 18 giugno 1973.

Il signor Pavlov e altri, medici specialisti, esercitavano la loro professione in un ospedale di Nimega. Dal 1 gennaio 1996 affermavano di dover essere dispensati dall'iscrizione al Fondo, poiché da quella data svolgevano la loro attività professionale quali dipendenti ed erano pertanto obbligatoriamente assoggettati al Fondo pensioni del settore sanitario nonché dei settori della salute e psicosociale. Per tale ragione cessavano di versare i loro contributi al Fondo.

Investito della questione il Kantongerecht di Nimega ha sospeso il procedimento per chiedere alla Corte se un fondo pensionistico di categoria al quale sono tenuti ad aderire tutti coloro che esercitano una determinata professione debba essere considerato impresa ai sensi degli art. 85, 86 o 90 (ora artt. 101, 102 e 106 TFUE) del Trattato che istituisce la Comunità economica europea.

La Corte ha osservato:

« 108. (...) nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, la Corte ha dichiarato che la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento.(...)»

111. Basandosi sulla citata sentenza *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, la Corte ha dichiarato, nelle menzionate sentenze *Albany*, *Brentjens e Drijvende Bokken*, che un fondo pensioni incaricato della gestione di un regime pensionistico complementare, istituito mediante un accordo collettivo stipulato tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori di un determinato settore, e l'iscrizione al quale sia stata resa obbligatoria dalla pubblica autorità per tutti i lavoratori del suddetto settore, costituisce un'impresa ai sensi degli artt. 85 e seguenti del Trattato.

112. La Corte, nel giungere a tale conclusione, ha constatato che il fondo pensionistico di settore oggetto delle sentenze citate nel punto precedente fissava esso stesso l'importo dei contributi e delle prestazioni, che esso funzionava secondo il principio della capitalizzazione e che, pertanto, contrariamente alle prestazioni fornite dagli enti incaricati della gestione di regimi previdenziali obbligatori, cui si riferisce la citata sentenza *Poucet e Pistre*, l'importo delle prestazioni erogate dipendeva dai risultati finanziari degli investimenti da esso effettuati e per i quali è soggetto, al pari di una società di assicurazione, al controllo della Camera delle assicurazioni. Inoltre, il fatto che il fondo di pensioni di settore aveva, in determinate circostanze, l'obbligo o la facoltà di dispensare imprese dall'iscrizione implicava che questo fondo svolgeva attività economica in concorrenza con le compagnie di assicurazione (v. sentenze *Albany*, punti 81-84, *Brentjens'*, punti 81-84, e *Drijvende Bokken*, punti 71-74, già citate).

113. Tale è pure il caso del fondo di pensioni di categoria in considerazione nelle cause principali.

114. Infatti, il Fondo fissa esso stesso l'importo dei contributi e delle prestazioni e funziona secondo il principio della capitalizzazione. Pertanto, l'importo delle prestazioni fornite dal Fondo dipende dai risultati finanziari degli investimenti da esso effettuati e per i quali è soggetto, al pari di una compagnia di assicurazioni, al controllo della Camera delle assicurazioni.

115. Da tali caratteristiche, alle quali deve ancora aggiungersi, da un lato, il fatto che i medici specialisti possono scegliere di costituire la loro pensione di riferimento presso il Fondo o presso una compagnia di assicurazioni debitamente autorizzata e, dall'altro, il potere di quest'ultimo di dispensare talune categorie di medici specialisti dall'iscrizione per quanto riguarda gli altri elementi del regime di pensione, risulta che il Fondo svolge un'attività economica in concorrenza con le compagnie di assicurazione.

116. Si deve quindi concludere che un ente come il Fondo costituisce impresa ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato.

117. Pertanto, l'assenza di fini di lucro e gli elementi di solidarietà adottati dal Fondo e dai governi intervenuti non bastano a privare il Fondo della sua qualità di impresa ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato (v. sentenze *Albany*, punto 85, *Brentjens'*, punto 85, e *Drijvende Bokken*, punto 75, già citate).

119. Si deve quindi risolvere la prima questione nel senso che un fondo pensioni, come quello di cui trattasi nelle cause principali, che fissa esso stesso l'importo dei contributi e delle prestazioni e funziona secondo il principio della capitalizzazione, che è stato incaricato della gestione di un regime pensionistico complementare istituito da un ente rappresentativo degli esercenti una determinata libera professione, e al quale l'iscrizione è stata resa obbligatoria dalla pubblica autorità per tutti coloro che esercitano tale professione, è impresa ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato ».

19 febbraio 2002, Procedimento penale a carico di Michele Arduino, causa C-35/99, Racc. I-1529.

Il signor Arduino veniva penalmente perseguito dinanzi al Pretore di Pinerolo per aver effettuato, per negligenza, imprudenza e imperizia, nonché in violazione delle disposizioni di legge che regolano la circolazione stradale, un sorpasso su una strada in cui tale manovra non era consentita, entrando così in collisione con la vettura del sig. Dessi. Quest'ultimo si costituiva parte civile. Al momento della liquidazione delle spese sostenute dal signor Dessi e poste a carico del sig. Arduino, il Pretore disapplicava la tariffa professionale emanata con decreto ministeriale n. 585/94.

Adita con ricorso, la Corte suprema di cassazione considerava illegittima la disapplicazione della detta tariffa. Con sentenza 29 aprile/6 luglio 1998, n. 1363, essa annullava la sentenza pronunciata dal Pretore di Pinerolo per quanto riguardava le spese e rinviava la causa su questo punto dinanzi allo stesso giudice.

Il Pretore di Pinerolo sospendeva il procedimento anche per chiedere se potesse essere applicato al caso di specie l'art. 85 del Trattato (ora art. 101 TFUE).

La Corte ha osservato:

« 34. Anche se è vero che, di per sé, l'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tale articolo, in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese [sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. pag. 4769, punto 16, 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. I-5801, punto 14, 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 14, 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Racc. pag. I-2883, punto 20, e Commissione/Italia, precitata, punto 53; v. anche, per quanto riguarda l'art. 86 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]), sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-Inno-BM, Racc. pag. 2115, punto 31].

35 La Corte ha dichiarato che si è in presenza di una violazione degli artt. 5 e 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] o quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85 [ora art. 101 TFUE], o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. precitate sentenze Van Eycke, punto 16, Reiff, punto 14, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, punto 14, Centro Servizi Spediporto, punto 21, e Commissione/Italia, punto 54).

36. Al riguardo, il fatto che uno Stato membro prescriva ad un'organizzazione di categoria l'elaborazione di un progetto di tariffa per le prestazioni non priva automaticamente la tariffa infine redatta del suo carattere di normativa statale.

37. Lo stesso vale quando i membri dell'organizzazione di categoria possono essere qualificati come esperti, indipendenti dagli operatori economici interessati, e sono tenuti dalla legge a fissare le tariffe prendendo in considerazione non soltanto gli interessi delle imprese o delle associazioni di imprese del settore che li ha designati, ma anche l'interesse generale e gli interessi delle imprese degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi (v., in tal senso, precitate sentenze Reiff, punti 17-19 e 24; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, punti 16-18 e 23, 17 ottobre 1995, cause riunite da C-140/94 a C-142/94, DIP e a., Racc. pag. I-3257, punti 18 e 19, e Commissione/Italia, precitata, punto 44) ».

19 febbraio 2002, J. C. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, causa C-309/99, Racc. I-1577.

Per i fatti relativi alla causa confrontare la medesima sentenza al capitolo V « Cittadinanza, persone e

servizi ».

Riguardo alla nozione di impresa la Corte ha osservato:

« 46. Secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (v., in particolare, sentenze 23 aprile 1991, causa 41/90, Höfner e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 21; 16 novembre 1995, causa C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance e a., Racc. pag. I-4013, punto 14, e 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre, detta « Job Centre II », Racc. pag. I-7119, punto 21).

47. A questo proposito risulta da una giurisprudenza anch'essa costante che costituisce un'attività economica qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un mercato determinato (v., in particolare, sentenze 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 2599, punto 7, e 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 36).

48. Ora, gli avvocati offrono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi.

49. Di conseguenza, gli avvocati iscritti all'albo nei Paesi Bassi svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato, senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione (v., in questo senso, a proposito dei medici, sentenza 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, punto 77). (...)

112 Occorre rilevare, da una parte, che, non esercitando un'attività economica, l'ordine olandese degli avvocati non è un'impresa ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] (...)

113. D'altra parte, esso non può essere qualificato come gruppo di imprese ai sensi della detta disposizione in quanto gli avvocati iscritti all'albo nei Paesi Bassi non sono sufficientemente collegati tra loro per adottare sul mercato una stessa linea d'azione che porti a sopprimere i rapporti concorrenziali tra loro (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Racc. pag. I-2883, punti 33 e 34).

114. La professione di avvocato è infatti poco concentrata, molto eterogenea e caratterizzata da una grande concorrenza interna. In mancanza di vincoli strutturali sufficienti tra loro, gli avvocati non possono essere considerati detentori di una posizione dominante collettiva ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] (v., in tal senso, sentenze 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, Racc. pag. I-1375, punto 227, e 16 marzo 2000, Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Racc. pag. I-1365, punti 36 e 42). Del resto, come risulta dagli atti, gli avvocati realizzano solo il 60% della cifra d'affari del settore dei servizi legali nei Paesi Bassi, quota di mercato che, tenuto conto del numero elevato di studi legali, non può costituire di per se stessa un indizio decisivo dell'esistenza di una posizione dominante collettiva (v., in questo senso, citate sentenze Francia ea./Commissione, punto 226, e Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione, punto 42) ».

11 luglio 2006, Fenin c. Commissione, causa C-205/03 P, Racc. I-6295.

La Federazione spagnola delle imprese operanti nel settore delle tecnologie sanitarie – (La Federacio^ón Espan^ola de Empresas de Tecnologi^a Sanitaria « FENIN ») impugnava la sentenza del Tribunale di primo grado del 4 marzo 2003, causa T-319/99, FENIN/ Commissione (Racc. pag. II-357), con cui esso respingeva il suo ricorso finalizzato all'annullamento della decisione della Commissione 26 agosto 1999, recante rigetto della denuncia che essa aveva proposto contro ventisei enti pubblici, tra i quali tre ministeri, che assicurano la gestione del sistema sanitario nazionale spagnolo (Sistema Nacional de Salud « SNS »). La FENIN sosteneva,

infatti, che i sistematici ritardi nel pagamento del materiale sanitario venduto dalle sue imprese (che rappresentava oltre l'80 % del loro fatturato complessivo) da parte degli enti di gestione dell'SNS costituissero abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE (ora art. 102 TFUE), mentre la Commissione aveva rigettato tale tesi sostenendo che gli enti in questione, quando partecipano, come nella specie, alla gestione del servizio sanitario pubblico e la loro qualità di acquirenti non può essere separata dall'uso che del materiale sanitario viene fatto dopo l'acquisto, non potevano essere considerati imprese ai fini dell'applicazione dell'articolo richiamato. La Corte di giustizia, respingendo la domanda di annullamento della sentenza del Tribunale, con riferimento alla nozione di « impresa » ha osservato:

« 23. A sostegno della prima parte del proprio motivo, la FENIN sostiene che il Tribunale ha utilizzato una definizione troppo restrittiva del concetto di attività economica, ritenendo che questa consista necessariamente nell'offerta di prodotti o servizi su un determinato mercato, ed escludendo da tale definizione ogni attività di acquisto. A giudizio della FENIN, l'approccio del Tribunale consentirebbe a numerosi enti di sottrarsi alle norme del Trattato in materia di concorrenza anche qualora il loro comportamento abbia in realtà su di essa un effetto.

24. La Commissione sostiene che è proprio l'azione di offrire beni o servizi su un determinato mercato che caratterizza il concetto di attività economica, e non l'attività di acquisto in quanto tale. Non si dovrebbe quindi separare l'operazione di acquisto dall'uso al quale il bene acquistato è destinato. [...]

25. Il Tribunale ha correttamente ricordato, al punto 35 della sentenza impugnata, che il concetto di « impresa » comprende, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze 23 aprile 1991, causa C 41/90, Hoffmeyer e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 21, e 16 marzo 2004, cause riunite C 264/01, C 306/01, C 354/01 e C 355/01, AOK-Bundesverband e a., Racc. pag. I-2493, punto 46). Conformemente alla giurisprudenza della Corte, il Tribunale ha altresì evidenziato, al punto 36 della citata sentenza, che a caratterizzare il concetto di attività economica è il fatto di offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenza 18 giugno 1998, causa C 35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 36).

26. Il Tribunale ne ha correttamente dedotto, al punto 36 della sentenza impugnata, che, al fine di valutare la natura di tale attività di acquisto, non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzo successivo che ne è fatto, e che il carattere economico o non economico dell'utilizzo successivo del prodotto acquistato determina necessariamente il carattere dell'attività di acquisto.

27. Ne consegue che deve essere respinta, in quanto infondata, la prima parte dell'unico motivo portato dalla FENIN a sostegno della propria impugnazione, secondo la quale l'attività di acquisto degli enti di gestione dell'SNS è un'attività economica in sé, separabile dal servizio erogato successivamente ad essa, la quale avrebbe dovuto essere considerata separatamente dal Tribunale ».

11 dicembre 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani (ETI SpA) e a.*, causa C-280/06, Racc. I-10893.

L'8 dicembre 1927 veniva promulgato il regio decreto legge n. 2258, istitutivo dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (in prosieguo: l'«AAMS») (GURI n. 288 del 14 dicembre 1927). A tale organo dell'amministrazione dello Stato, che dipendeva dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, è stata affidata, fino al mese di febbraio 1999, la gestione del monopolio del tabacco. In seguito, l'AAMS ha continuato a svolgere funzioni statali nel settore del tabacco, esercitando inoltre

un'attività commerciale nel settore dei giochi, segnatamente in quello delle lotterie. Dal 1 marzo 1999, tutte le attività di produzione e vendita nel settore dei tabacchi sino ad allora affidate all'AAMS venivano trasferite ad un altro ente pubblico istituito con decreto legge 9 luglio 1998, n. 283, recante «Istituzione dell'Ente tabacchi italiani» (GURI n. 190 del 17 agosto 1998, pag. 3). Tale ente riceveva le attività e le passività dell'AAMS relative ai settori di attività che gli erano stati affidati. Con delibera del suo consiglio di amministrazione 23 giugno 2000, esso veniva trasformato in società per azioni assumendo la denominazione di Ente tabacchi italiani - ETI SpA (in prosieguo: l'«ETI»). Il capitale di questa società era inizialmente detenuto al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. In seguito ad una gara indetta nel 2003 da tale Ministero, l'ETI veniva privatizzata ed il suo controllo esclusivo era assunto dalla British American Tobacco plc (in prosieguo: la «BAT»), società holding di diritto inglese del gruppo BAT-British American Tobacco. In esito ad un'istruttoria avviata durante il mese di giugno 2001, l'AGCM, con provvedimento del 13 marzo 2003, rilevava che le società del gruppo Philip Morris, congiuntamente all'AAMS, divenuta poi l'Ente tabacchi italiani e, infine, l'ETI, avevano concluso e attuato un'intesa avente ad oggetto ed effetto un'alterazione della concorrenza sul prezzo di vendita delle sigarette nel mercato nazionale dal 1993 al 2001, in violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) e b), della legge n. 287/90. Tale provvedimento veniva impugnato da tutte le imprese interessate dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. Quest'ultimo respingeva il ricorso delle società del gruppo Philip Morris e accoglieva parzialmente il ricorso dell'ETI, annullando il provvedimento nella parte in cui questo imputava all'ETI la responsabilità di fatti commessi dall'AAMS. Il citato Tribunale fondava la sua valutazione sul criterio della responsabilità personale. Adito in appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, il Consiglio di Stato, con una prima sentenza dell'8 novembre 2005, ha respinto i ricorsi dell'ETI e delle società del gruppo Philip Morris nella parte in cui contestavano l'esistenza della violazione delle regole della concorrenza. Il Consiglio di Stato nondimeno ha ritenuto opportuno interrogare la Corte di giustizia in merito ai criteri da applicare nel diritto comunitario della concorrenza, al quale rinvia l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90. Di conseguenza, ha quindi deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. In merito ai criteri per stabilire la responsabilità personale dell'impresa, la Corte ha osservato:

« 38. Risulta dalla giurisprudenza che il diritto comunitario della concorrenza riguarda le attività delle imprese (sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione, Racc. pag. I-123, punto 59) e che il concetto di «impresa» comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (v., in particolare, sentenze 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione, Racc. pag. I-5425, punto 112; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a., Racc. pag. I-289, punto 107, nonché 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, FENIN/Commissione, Racc. pag. I-6295, punto 25).

39. Qualora un ente di tal genere violi le regole della concorrenza, incombe ad esso, secondo il principio della responsabilità personale, di rispondere di tale infrazione (v., in tal senso, sentenze 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Commissione/Anic Partecipazioni, Racc. pag. I-4125, punto 145, e 16 novembre 2000, causa C-279/98 P, Cascades/Commissione, Racc. pag. I-9693, punto 78).

40. Riguardo alla questione di sapere in quali circostanze un ente che non è l'autore dell'infrazione possa nondimeno essere sanzionato per questa, occorre, anzitutto, constatare che rientra in una tale ipotesi la situazione in cui l'ente che ha commesso un'infrazione ha cessato di esistere giuridicamente (v., in tal senso, sentenza Commissione/Anic Partecipazioni, cit., punto 145) o economicamente. A quest'ultimo riguardo, occorre considerare che una sanzione inflitta ad un'impresa che continua ad esistere giuridicamente, ma non esercita più attività economiche, rischia di essere priva di effetto dissuasivo.

41. Occorre inoltre rilevare che, se nessun'altra possibilità di imposizione della sanzione ad un ente diverso da quello che ha commesso l'infrazione fosse prevista, alcune imprese potrebbero sfuggire alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa. Lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive (v., in tal senso, sentenze 15 luglio 1970, causa 41/69, ACF Chemiefarma/Commissione, Racc. pag. 661, punto 173; 29 giugno 2006, causa C-289/04 P, Showa Denko/Commissione, Racc. pag. I-5859, punto 61, nonché 7 giugno 2007, causa C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals/Commissione [in Racc., pag. I-4405], punto 22) sarebbe pertanto compromesso.
42. Di conseguenza, come già constatato dalla Corte, qualora un ente che ha commesso un'infrazione alle regole della concorrenza sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti (v., in tal senso, sentenze 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Commissione, Racc. pag. 1679, punto 9, nonché Aalborg Portland e a./Commissione, cit., punto 59).
43. Conformemente a questa giurisprudenza, le forme giuridiche rispettive dell'ente che ha commesso un'infrazione e del suo successore sono irrilevanti. L'applicazione a tale successore della sanzione per l'infrazione non può dunque essere esclusa per il solo fatto che, come nelle cause principali, questo possiede un altro status giuridico e opera con modalità diverse rispetto all'ente cui è succeduto.
44. È irrilevante anche la circostanza che una cessione delle attività venga decisa non da singoli, ma dal legislatore nella prospettiva di una privatizzazione. Infatti, le misure di ristrutturazione o di riorganizzazione d'impresa adottate dalle autorità di uno Stato membro non possono legittimamente avere come conseguenza la compromissione dell'effetto utile del diritto comunitario della concorrenza (v., in tal senso, sentenza 12 maggio 2005, causa C-415/03, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-3875, punti 33 e 34).
45. Nelle cause principali, risulta dalla decisione di rinvio nonché dal fascicolo sottoposto alla Corte che le attività economiche dell'AAMS sul mercato interessato dall'intesa sono state proseguite dall'Ente tabacchi italiani, diventato poi ETI. Alla luce di ciò, anche se l'AAMS ha continuato ad esistere in quanto operatore economico su altri mercati, l'ETI poteva essere considerato, nell'ambito del procedimento relativo all'intesa sui prezzi di vendita delle sigarette, come il successore economico dell'AAMS.
46. Riguardo alla questione se un caso come quello in oggetto integri la fattispecie in cui un'entità economica può essere sanzionata per l'infrazione commessa da un altro ente, occorre constatare, anzitutto, che il fatto che l'AAMS non disponga di personalità giuridica (v. punto 6 della presente sentenza) non è un elemento che può giustificare l'applicazione al suo successore della sanzione per l'infrazione che essa ha commesso.
47. Per contro, l'applicazione della sanzione per l'infrazione commessa dall'AAMS all'ETI potrebbe giustificarsi per il fatto che quest'ultimo e l'AAMS dipendono dalla stessa autorità pubblica.
48. A tale riguardo occorre ricordare che, qualora due enti costituiscano lo stesso ente economico, il fatto che l'ente che ha commesso l'infrazione esista ancora non impedisce, di per sé, che venga sanzionato l'ente a cui esso ha trasferito le sue attività economiche (v., in tal senso, sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, cit., punti 355-358).
49. In particolare, una tale configurazione della sanzione è ammissibile qualora tali enti siano stati sotto il controllo della stessa persona e, considerati gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive commerciali.
50. Nelle cause principali, è certo che, al momento del loro comportamento illecito, l'AAMS e l'ETI erano detenuti dallo stesso ente pubblico, ossia il Ministero dell'Economia e delle Finanze.
51. Spetta al giudice del rinvio verificare se, partecipando all'intesa sui prezzi di vendita delle sigarette, l'AAMS e l'ETI siano stati sotto la tutela di tale organismo pubblico. In caso affermativo,

occorrerebbe concludere che il principio della responsabilità personale non si oppone a che la sanzione per l'infrazione commessa dall'AAMS e continuata dall'ETI sia inflitta interamente a quest'ultima.

52. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, le questioni sottoposte vanno risolte dichiarando che gli artt. 81 CE e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole della concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l'infrazione nella sua interezza, se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della citata autorità ».

26 marzo 2009, SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione delle Comunità europee e Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol), causa C-113/07 P, in Racc. I-2207.

La SELEX Sistemi Integrati SpA (in prosieguo: la «Selex») opera dal 1961 nel settore dei sistemi di gestione del traffico aereo. Il 28 ottobre 1997 essa denunciava alla Commissione, ai sensi dell'art. 3, par. 2, del regolamento n. 17/1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 CEE (oggi artt. 101 e 102 TFUE), un abuso di posizione dominante e distorsioni della concorrenza di cui l'Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea (Eurocontrol) sarebbe stata responsabile. Con la sua denuncia la Selex faceva valere che il regime dei diritti di proprietà intellettuale relativi ai contratti di sviluppo e acquisto dei prototipi dei nuovi sistemi e strumentazioni destinati ad applicazioni nel settore della gestione del traffico aereo, conclusi da Eurocontrol, era tale da creare monopoli di fatto nella produzione dei sistemi che sono poi oggetto di normalizzazione da parte di tale organizzazione. Detta situazione sarebbe stata peraltro aggravata dal fatto che, nell'ambito dell'acquisto dei predetti prototipi, Eurocontrol non rispettava i principi di trasparenza, di apertura e di non discriminazione. Con la decisione del 12 febbraio 2004, la Commissione respingeva la denuncia. Considerando che, in linea di principio, le norme comunitarie sulla concorrenza si applicano alle organizzazioni internazionali a condizione che le attività di cui trattasi possano essere qualificate come attività economiche, essa affermava innanzi tutto che le attività oggetto della denuncia non avevano siffatta natura, ragion per cui Eurocontrol non poteva essere qualificata come impresa ai sensi dell'art. 82 CE (ora art. 102 TFUE), e che, in ogni caso, non erano contrarie alle disposizioni di detto articolo. Precisava, poi, che le attività di regolamentazione, di normalizzazione e di convalida esercitate da Eurocontrol non costituivano «attività d'impresa», che non era stata dimostrata alcuna violazione delle norme sulla concorrenza in relazione alle attività della predetta organizzazione e, infine, che l'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali non aveva natura economica. Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 23 aprile 2004 la Selex ha presentato un ricorso diretto all'annullamento o alla modifica della decisione controversa. Con sentenza del 12 dicembre 2006, causa T-155/04, SELEX Sistemi Integrati/Commissione (Racc. pag. II-4797; in prosieguo: la «sentenza impugnata») il Tribunale ha respinto il ricorso. La Selex fonda la propria impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia su quattro motivi attinenti alla procedura dinanzi al Tribunale e su dodici motivi attinenti al merito. Questi ultimi riguardano errori di diritto che il Tribunale avrebbe commesso relativamente, da un lato, all'applicabilità dell'art. 82 CE (ora art. 102 TFUE) alle attività di Eurocontrol in esame nella presente causa, ossia le attività di assistenza alle amministrazioni nazionali, di normalizzazione tecnica e di ricerca e sviluppo, e, dall'altro, alla violazione del suddetto articolo ad opera di tale organizzazione. Sulla nozione di impresa, la Corte ha osservato:

« 65. Nel merito la Selex solleva una serie di motivi vertenti su errori di diritto che il Tribunale

avrebbe commesso relativamente all'applicabilità dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] alle attività di Eurocontrol in discorso, vale a dire le attività di assistenza alle amministrazioni nazionali, di normalizzazione tecnica nonché di ricerca e sviluppo, ovvero alla violazione di detto articolo. La Commissione conclude per il rigetto dell'impugnazione, ma sollecita una sostituzione dei motivi della sentenza impugnata per quanto attiene alle prime due attività [...]

66. In merito all'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali esercitata da Eurocontrol, la Selex fonda la propria impugnazione su cinque motivi vertenti, il primo, su uno snaturamento del contenuto della decisione controversa, il secondo e il terzo, sulla pretesa contraddittorietà della motivazione, il quarto, su una violazione della giurisprudenza comunitaria in materia di limiti al sindacato giurisdizionale e, il quinto, su un manifesto errore di valutazione in merito alla violazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]. Ritenendo che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto qualificando detta attività come attività economica, la Commissione chiede, in via principale, una sostituzione dei motivi della sentenza impugnata, che renderebbe inutile l'esame dei motivi dell'impugnazione, e, in subordine, il rigetto degli stessi.

67. È giocoforza constatare che, ove siffatto errore di diritto risultasse provato, verrebbe meno la stessa premessa su cui si fondano le argomentazioni della sentenza impugnata, denunciate nel contesto dei cinque motivi di impugnazione summenzionati. In una simile ipotesi le suddette argomentazioni difetterebbero di ogni fondamento, per cui i cinque motivi sarebbero privi di oggetto.

68. Ciò premesso, la Corte non può pronunciarsi sui cinque motivi succitati prescindendo dall'eventuale erroneità della motivazione a termini della quale il Tribunale ha ritenuto che l'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali svolta da Eurocontrol dovesse essere qualificata come attività economica.

69. In proposito si deve ricordare che, come dichiarato dal Tribunale al punto 87 della sentenza impugnata, costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenze 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 2599, punto 7; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, punto 75, nonché 1 luglio 2008, causa C-49/07, MOTOE, Racc. pag. I-4863, punto 22).

70. È d'uopo rammentare altresì che, secondo la giurisprudenza della Corte, le attività che si ricollegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato (v., in tal senso, sentenze 11 luglio 1985, causa 107/84, Commissione/Germania, Racc. pag. 2655, punti 14 e 15; SAT Fluggesellschaft [9 gennaio 1994, causa C-364/92, Racc. pag. I-43], punto 30, nonché MOTOE, cit., punto 24).

71. Nella citata sentenza SAT Fluggesellschaft, al punto 30, la Corte, senza pronunciarsi specificamente sull'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali svolta da Eurocontrol, ha affermato che, considerate nel loro complesso, le attività di Eurocontrol, per natura, per oggetto e per le norme che le disciplinano, si ricollegano all'esercizio di prerogative, relative al controllo e alla polizia dello spazio aereo, che sono tipiche dei pubblici poteri, e non presentano carattere economico. Per questi motivi la Corte ha dichiarato che gli artt. 86 e 90 del Trattato (divenuti artt. 82 CE e 86 CE) devono essere interpretati nel senso che un ente internazionale come Eurocontrol non costituisce un'impresa ai sensi di detti articoli.

72. Contrariamente a quanto sostiene la Selex, la conclusione sopra indicata vale parimenti per l'attività di assistenza che Eurocontrol svolge, in favore delle amministrazioni nazionali che ne fanno richiesta, in materia di gare d'appalto, segnatamente per l'acquisto di attrezzature e di sistemi nel settore della gestione del traffico aereo.

73. Difatti, dall'art. 1 della Convenzione per la sicurezza della navigazione aerea emerge che Eurocontrol, al fine di realizzare l'armonizzazione e l'integrazione necessarie per l'istituzione di un sistema europeo uniforme di gestione del traffico aereo, intende rafforzare la cooperazione tra le parti contraenti e sviluppare le loro attività comuni nel campo della navigazione aerea tenendo nel debito conto le esigenze di difesa ed assicurando, al contempo, a tutti gli utenti dello spazio aereo la

massima libertà compatibile con il livello di sicurezza necessario.

74. A tal fine, ai sensi del suddetto art. 1, lett. e), f) e h), Eurocontrol ha lo scopo, tra l'altro, di adottare e applicare norme e specifiche comuni, di armonizzare i regolamenti relativi ai servizi di navigazione aerea e di favorire l'acquisizione comune di sistemi e apparecchiature di navigazione aerea.

75. L'art. 2, n. 2, lett. a), della Convenzione per la sicurezza della navigazione aerea prevede che Eurocontrol, su richiesta di una o più parti contraenti e sulla base di uno o più accordi speciali conclusi fra essa e le parti contraenti interessate, possa assistere tali parti contraenti nella pianificazione, specificazione e creazione di sistemi e servizi di navigazione aerea.

76. Dalla Convenzione per la sicurezza della navigazione aerea si deduce che detta attività di assistenza costituisce uno degli strumenti di cooperazione affidati da tale Convenzione a Eurocontrol e partecipa direttamente alla realizzazione dell'obiettivo di armonizzazione e d'integrazione tecnica nel settore del traffico aereo perseguito per contribuire al mantenimento e al miglioramento della sicurezza della navigazione aerea. In particolare, assumendo la forma di un'assistenza offerta alle amministrazioni nazionali per organizzare le gare d'appalto per l'acquisto di apparecchiature o di sistemi di gestione del traffico aereo, detta attività ha lo scopo di integrare nei capitoli d'oneri relativi alle procedure di gara le norme e specifiche tecniche comuni elaborate ed adottate da Eurocontrol per la realizzazione di un sistema europeo armonizzato di gestione della navigazione aerea. Essa è quindi strettamente connessa alla missione di normalizzazione tecnica assegnata dalle parti contraenti a Eurocontrol nel contesto di una cooperazione tra Stati diretta al mantenimento e allo sviluppo della sicurezza della navigazione aerea, cosicché si ricollega all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri.

77. Pertanto il Tribunale è incorso in un errore di valutazione giuridica allorché ha dichiarato che l'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali era scindibile dalla missione di gestione dello spazio aereo e di sviluppo della sicurezza aerea di Eurocontrol, ritenendo che il rapporto tra la suddetta attività di assistenza e la sicurezza della navigazione aerea fosse indiretto in quanto l'assistenza offerta da Eurocontrol avrebbe avuto ad oggetto solo le specifiche tecniche in occasione dell'attuazione di procedure d'appalto e, perciò, avrebbe sortito effetti sulla sicurezza della navigazione aerea solo tramite tali procedure.

78. Gli altri motivi della sentenza impugnata enunciati a tale riguardo, secondo i quali Eurocontrol offre la propria assistenza alle amministrazioni nazionali solo su richiesta delle stesse, per cui la sua non sarebbe un'attività essenziale o indispensabile a garanzia della sicurezza della navigazione aerea, non sono atti a dimostrare che l'attività in parola non si ricollegi all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri.

79. Infatti, la circostanza che l'assistenza di Eurocontrol sia opzionale e che eventualmente solo alcuni Stati membri vi ricorrano non consente di escludere siffatto collegamento né modifica la natura di tale attività. Inoltre, il collegamento all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri non esige che l'attività in questione sia essenziale o indispensabile alla garanzia della sicurezza della navigazione aerea: quello che conta è che essa si ricollegi al mantenimento e allo sviluppo della sicurezza della navigazione aerea, che costituiscono prerogative dei pubblici poteri.

80. Da tutte le considerazioni che precedono risulta che il Tribunale ha commesso un errore di diritto qualificando l'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali di Eurocontrol come attività economica e che, conseguentemente, per motivi errati in diritto ha ritenuto che Eurocontrol, nell'esercizio della suddetta attività, fosse un'impresa ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]. È per tale ragione che detto giudice ha erroneamente accolto il primo motivo portato al suo esame dalla ricorrente, relativo ad un manifesto errore di valutazione in merito all'applicabilità a Eurocontrol dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

81. Si deve tuttavia rammentare che, se dalla motivazione di una sentenza del Tribunale risulta una violazione del diritto comunitario, ma il dispositivo della stessa appare fondato per altri motivi di diritto, l'impugnazione deve essere respinta (v. sentenze 9 giugno 1992, causa C-30/91 P,

Lestelle/Commissione, Racc. pag. I-3755, punto 28; 13 luglio 2000, causa C-210/98 P, Salzgitter/Commissione, Racc. pag. I-5843, punto 58, nonché 10 dicembre 2002, causa C-312/00 P, Commissione/Camar e Tico, Racc. pag. I-11355, punto 57).

82. Nel caso di specie, dai motivi enunciati ai punti 72-79 della presente sentenza deriva che l'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali da parte di Eurocontrol si ricollega all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri e che, in ogni caso, di per sé considerata, essa non ha natura economica, di modo che tale organizzazione, nell'esercizio di detta attività, non è un'impresa ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]. Pertanto, a tal riguardo, la decisione controversa non è viziata da alcun errore.

83. Ne consegue che il dispositivo della sentenza impugnata, che respinge il ricorso, resta fondato in diritto e che, quindi, l'errore di diritto contenuto nella motivazione della sentenza impugnata non comporta l'annullamento di quest'ultima.

84. Quanto ai cinque motivi dedotti dalla Selex, occorre dichiarare che essi riguardano i motivi della sentenza impugnata in base ai quali il Tribunale, dopo aver affermato che l'attività di assistenza alle amministrazioni nazionali svolta da Eurocontrol configurava un'attività economica e che, di conseguenza, nell'esercizio della stessa Eurocontrol era un'impresa ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], ha respinto il secondo motivo invocato dalla ricorrente a sostegno del proprio ricorso, relativo ad un manifesto errore di valutazione da parte della Commissione in ordine alla sussistenza di una violazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

85. Orbene, dai motivi precedentemente illustrati risulta che, siccome nell'esercizio della sua attività di assistenza alle amministrazioni nazionali Eurocontrol non è un'impresa ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], tale articolo non è applicabile a detta attività. Pertanto occorre respingere in quanto privi di oggetto i cinque motivi dedotti dalla Selex per contestare la motivazione della sentenza impugnata relativamente all'asserita violazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] ».

Quanto in particolare al motivo attinente all'adozione di una nozione di attività economica contraria a quella scaturita dalla giurisprudenza comunitaria, la Corte ha osservato:

« 94. A sostegno di tale motivo la Selex asserisce che la valutazione del Tribunale secondo cui essa non avrebbe dimostrato l'esistenza di un mercato per i servizi di normalizzazione tecnica non sia correlata alla valutazione della natura economica di detta attività e neppure sia esatta, atteso che la definizione del mercato rilevante da lei proposta è stata accolta dalla Commissione nella decisione controversa. Sostiene che, contrariamente a quanto giudicato dal Tribunale, Eurocontrol offre agli Stati un servizio autonomo consistente nell'elaborazione di norme tecniche. In ogni caso, la circostanza che l'attività di cui trattasi non dia luogo ad un'offerta di beni o di servizi su un mercato determinato non sarebbe pertinente alla luce della giurisprudenza e della prassi della Commissione. Quello che conterebbe è il fatto che tale attività possa essere qualificata intrinsecamente e obiettivamente come attività economica.

95. D'altronde, la motivazione enunciata al punto 61 della sentenza impugnata, ove il Tribunale ha escluso la natura economica dell'attività di elaborazione delle norme in virtù del fatto che tali norme sono successivamente adottate dal Consiglio di Eurocontrol, sarebbe in contraddizione con quella enunciata ai punti 59 e 60 della medesima sentenza, nei quali il Tribunale ha distinto l'elaborazione delle norme tecniche dalla loro adozione.

96. A tale riguardo occorre rilevare che dai motivi illustrati ai punti 91 e 92 della presente sentenza emerge che l'intera attività di normalizzazione tecnica di Eurocontrol si ricollega all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri e, di conseguenza, non presenta carattere economico.

97. Ne consegue che il motivo in esame, con il quale la Selex contesta i motivi della sentenza impugnata in base ai quali il Tribunale ha affermato che la ricorrente non aveva dimostrato che l'attività di normalizzazione tecnica consistesse nell'offrire beni o servizi su un mercato determinato, è privo di oggetto ».

Quanto, invece, al motivo attinente allo snaturamento del contenuto della decisione controversa, la Corte ha osservato:

« 98. Con il motivo in parola la Selex sostiene che il Tribunale, affermando ai punti 15 e 48 della sentenza impugnata che la decisione controversa si fondava sulla duplice constatazione che Eurocontrol non fosse un'impresa e che, in ogni caso, i comportamenti in discussione non fossero contrari all'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], ha snaturato il contenuto della suddetta decisione, che si basa esclusivamente sulla valutazione della natura economica dell'attività considerata e non contiene nessun apprezzamento in merito all'esistenza di un abuso di posizione dominante. Il Tribunale avrebbe in realtà riprodotto una formula di stile impiegata dalla Commissione, senza verificare se alla stessa corrispondesse effettivamente una benché minima motivazione, ed avrebbe sostituito la propria motivazione a quella sviluppata appunto dalla Commissione.

99. A questo riguardo è sufficiente affermare che tale motivo è inconferente, posto che il Tribunale ha respinto il ricorso per il fatto che le norme del Trattato sulla concorrenza non erano applicabili all'attività di normalizzazione tecnica di Eurocontrol, senza pertanto esaminare il secondo motivo sollevato dalla ricorrente, relativo ad un manifesto errore di valutazione quanto alla pretesa violazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] da parte di Eurocontrol.

100. Di conseguenza, tale motivo deve essere respinto».

10 settembre 2009, Akzo Nobel NV e a. c. Commissione, causa C-97/08 P, Racc. I-8237.

La Akzo Nobel NV (in prosieguo: la «Akzo Nobel»), la Akzo Nobel Nederland BV (in prosieguo: la «Akzo Nobel Nederland»), la Akzo Nobel Chemicals International BV (in prosieguo: la «Akzo Nobel Chemicals International»), la Akzo Nobel Chemicals BV (in prosieguo: la «Akzo Nobel Chemicals») e la Akzo Nobel Functional Chemicals BV (in prosieguo: la «Akzo Nobel Functional Chemicals») chiedono alla Corte di giustizia l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 2007, causa T-112/05, Akzo Nobel e a./Commissione (Racc. pag. II-5049), con la quale è stato respinto il loro ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 9 dicembre 2004, 2005/566/CE, relativa a un procedimento ai sensi dell'art. 81 del Trattato CE (oggi art. 101, par. 1, TFUE) e dell'art. 53 dell'accordo SEE (Caso C.37.533 - Cloruro di colina). In tale decisione, la Commissione ha contestato alle destinatarie un'infrazione unica e continuata dell'art. 81, par. 1, CE (ora art. 101 TFUE) e, a decorrere dal 1 gennaio 1994, dell'art. 53, par. 1, dell'accordo 2 maggio 1992 sullo Spazio economico europeo. Secondo gli accertamenti effettuati dalla Commissione, cui fa riferimento il Tribunale nella sentenza impugnata, i fatti all'origine della controversia sono i seguenti. Dopo avere ricevuto, nell'aprile 1999, l'istanza di un produttore americano intesa ad ottenere l'applicazione di misure di clemenza, la Commissione avviava un'indagine sul settore del cloruro di colina a livello mondiale, indagine che ha riguardato il periodo compreso tra il 1992 e la fine del 1998. Il cloruro di colina è utilizzato prevalentemente nell'industria dei mangimi come additivo alimentare. Le cinque società appartenenti al gruppo Akzo Nobel, appartengono ai produttori di cloruro di colina. Nel periodo oggetto dell'indagine della Commissione, la Akzo Nobel, società madre del gruppo, deteneva, direttamente o indirettamente, la totalità del capitale delle altre ricorrenti. Per ciò che riguarda lo Spazio economico europeo (SEE), veniva attuata un'intesa a due livelli diversi, ma strettamente connessi, vale a dire il livello mondiale e quello europeo. A livello mondiale, diverse società nordamericane ed europee, tra cui le cinque società appartenenti al gruppo Akzo Nobel, partecipavano ad attività anticoncorrenziali tra il giugno 1992 e l'aprile 1994. Soltanto le società europee, tra le quali figuravano anche le ricorrenti, partecipavano alle riunioni di attuazione dell'intesa a livello europeo, durata dal marzo 1994 all'ottobre 1998. La Commissione ha considerato gli accordi conclusi a livello mondiale ed europeo quali unica infrazione complessa e

continuata concernente il SEE, cui i produttori nordamericani hanno partecipato per un certo tempo e quelli europei per tutto il periodo oggetto dell'indagine. In data 9 dicembre 2004 la Commissione ha emanato la decisione controversa. All'art. 1 di tale decisione, essa ha accertato che diverse imprese, tra cui le cinque società appartenenti al gruppo Akzo Nobel, avendo partecipato ad una serie di accordi e di pratiche concordate concernenti la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati nonché ad azioni concertate contro i concorrenti nel settore del cloruro di colina nel SEE, avevano violato l'art. 81, par. 1, CE (ora art. 101 TFUE) e l'art. 53 dell'accordo SEE. Per ciò che riguarda, più precisamente, la Akzo Nobel, la Commissione ha ritenuto che essa costituisse un'unica entità economica insieme alle altre persone giuridiche del gruppo Akzo Nobel destinatarie della decisione controversa e che fosse tale entità economica ad aver partecipato all'intesa. La Commissione ha concluso che la detta società era in grado di esercitare un'influenza determinante sulla politica commerciale delle sue controllate, delle quali essa deteneva, direttamente o indirettamente, l'intero capitale sociale, e che era possibile presumere che ciò fosse effettivamente avvenuto. La Commissione ha dunque ritenuto che sussistesse una mancanza di autonomia commerciale delle controllate della Akzo Nobel, il che l'ha indotta a indirizzare la decisione controversa nei confronti di quest'ultima, nonostante il fatto che essa stessa non avesse partecipato all'intesa. La Commissione ha considerato che l'assenza di autonomia commerciale delle società operative o delle unità commerciali del gruppo Akzo Nobel risultasse provata anche dai documenti prodotti dalla Akzo Nobel durante il procedimento amministrativo. In particolare sul principio di responsabilità personale dell'impresa, la Corte ha osservato:

«54. Si deve rilevare, in limine, che il diritto comunitario in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese (sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione, Racc. pag. I-123, punto 59), e che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento (v., segnatamente, sentenze Dansk Rørindustri e a./Commissione [8 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Racc. pag. I-5425], punto 112; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a., Racc. pag. I-289, punto 107, nonché 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, FENIN/Commissione, Racc. pag. I-6295, punto 25).

55. La Corte ha inoltre precisato che la nozione di impresa, nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenza 14 dicembre 2006, causa C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Racc. pag. I-11987, punto 40).

56. Qualora un ente di tal genere violi le regole della concorrenza, esso è tenuto, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere di tale infrazione (v., in tal senso, sentenze 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Commissione/Anic Partecipazioni, Racc. pag. I-4125, punto 145; 16 novembre 2000, causa C-279/98 P, Cascades/Commissione, Racc. pag. I-9693, punto 78, nonché 11 dicembre 2007, causa C-280/06, ETI e a., Racc. pag. I-10893, punto 39).

57. L'infrazione al diritto comunitario in materia di concorrenza deve essere imputata in maniera inequivocabile alla persona giuridica alla quale potranno essere inflitte ammende e la comunicazione degli addebiti dev'essere inviata a quest'ultima (v., in tal senso, sentenze Aalborg Portland e a./Commissione, cit., punto 60, e 3 settembre 2009, cause riunite C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler e a./Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 38). È parimenti necessario che la comunicazione degli addebiti indichi a che titolo a una persona giuridica vengano addebitati i fatti invocati.

58. Secondo costante giurisprudenza, il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza,

alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante (v., in tal senso, sentenze [14 luglio 1972, causa 48/69] Imperial Chemicals Industries/Commissione [Racc. pag. 619], punti 132 e 133; [14 luglio 1972, causa 52/69] Geigy/Commissione [Racc. pag. 787], punto 44; 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215, punto 15, nonché [16 novembre 2000, causa C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, Racc. pag. I-9925; in prosieguo: la “sentenza Stora”], punto 26), in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (v., per analogia, le citate sentenze Dansk Rørindustri e a./Commissione, punto 117, nonché ETI e a., punto 49).

59. Infatti, ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa, ai sensi della giurisprudenza citata supra ai punti 54 e 55. Così, il fatto che una società controllante e la propria controllata costituiscano una sola impresa ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] consente alla Commissione di emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione.

60. Riguardo al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata che abbia infranto le norme comunitarie in materia di concorrenza, da un lato, tale società controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento di tale controllata (v., in tal senso, sentenza Imperial Chemical Industries/Commissione, cit., punti 136 e 137), e, dall'altro, esiste una presunzione semplice secondo cui la detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata (v., in tal senso, citate sentenze AEG /Commissione, punto 50, e Stora, punto 29).

61. Alla luce di tali considerazioni è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato (v., in tal senso, sentenza Stora, cit., punto 29).

62. Come giustamente rilevato dal Tribunale al punto 61 della sentenza impugnata, se è pur vero che la Corte, ai punti 28 e 29 della citata sentenza Stora, ha menzionato, oltre alla detenzione del 100% del capitale della controllata, altre circostanze, quali la mancata contestazione dell'influenza esercitata dalla controllante sulla politica commerciale della propria controllata e la rappresentanza comune delle due società durante il procedimento amministrativo, ciò non toglie che tali circostanze siano state rilevate dalla Corte solo con l'obiettivo di mostrare tutti gli elementi su cui il Tribunale aveva fondato il suo ragionamento e non per subordinare l'applicazione della presunzione menzionata al punto 60 della presente sentenza alla produzione di indizi supplementari relativi all'effettivo esercizio di un'influenza della società controllante.

63. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto dichiarando che, nel caso in cui la società controllante detenga il 100% delle quote della propria controllata, esiste la presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata.

64. Di conseguenza, dal momento che la Commissione non è tenuta, per quanto attiene all'imputabilità dell'infrazione, a produrre, nella fase della comunicazione degli addebiti, elementi ulteriori rispetto alla prova relativa alla detenzione da parte della società controllante del capitale delle proprie controllate, l'argomento delle ricorrenti relativo alla violazione dei diritti della difesa non può essere accolto.

65. Per quanto attiene alla censura formulata contro il punto 62 della sentenza impugnata, è sufficiente rilevare che dal medesimo non risulta affatto che il Tribunale avrebbe limitato le possibilità di invertire la presunzione menzionata supra al punto 60 soltanto ai casi in cui la società controllante abbia emesso direttive. Al contrario, dai punti 60 e 65 della sentenza impugnata si evince

che il Tribunale ha adottato una posizione relativamente ampia al riguardo, dichiarando, segnatamente, che incombe alla società controllante sottoporre alla valutazione del Tribunale ogni elemento relativo ai vincoli organizzativi, economici e giuridici che intercorrono tra la stessa e la propria controllata, idonei a dimostrare che esse non costituiscono un'unica entità economica.

66. Ne consegue che il primo capo dell'unico motivo dedotto dalle ricorrenti a sostegno della loro impugnazione deve essere respinto in quanto infondato ».

Con riguardo alla nozione di politica commerciale di una controllata, la Corte ha osservato:

« 72. Come rilevato supra al punto 58, il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante segnatamente quando, pur avendo una personalità giuridica distinta, tale controllata non determina in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma applica sostanzialmente le istruzioni impartite dalla società controllante.

73. Ne risulta, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 87-94 delle sue conclusioni, che il comportamento della controllata sul mercato non può costituire l'unico elemento in grado di determinare la responsabilità della società controllante, essendo piuttosto uno dei segni dell'esistenza di un'unità economica.

74. Dallo stesso punto 58 della presente sentenza risulta inoltre che, al fine di stabilire se una controllata determini in maniera autonoma il suo comportamento sul mercato, devono essere presi in considerazione non soltanto gli elementi indicati al punto 64 della sentenza impugnata, ma altresì tutti gli elementi pertinenti relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici che legano tale controllata alla società controllante, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono essere elencati in modo tassativo.

75. Ne consegue che il Tribunale non ha commesso alcun errore di diritto per quanto riguarda il settore nel quale la società controllante esercita l'influenza sulla propria controllata.

76. Tale conclusione non è contraddetta dall'argomento delle ricorrenti relativo a una responsabilità oggettiva.

77. Va rilevato in proposito che, come risulta dal punto 56 della presente sentenza, il diritto comunitario in materia di concorrenza si fonda sul principio della responsabilità personale dell'entità economica che ha commesso l'infrazione. Orbene, se la società controllante rientra in tale unità economica, che, come affermato supra al punto 55, può essere costituita da più persone giuridiche, tale società controllante è considerata responsabile in solido dei comportamenti anticoncorrenziali unitamente alle altre persone giuridiche che formano tale unità. Infatti, anche se la società controllante non partecipa direttamente all'infrazione, essa esercita, in tale ipotesi, un'influenza determinante sulle controllate che hanno partecipato ad essa. In tale contesto ne deriva che la responsabilità della società controllante non può essere considerata una responsabilità oggettiva.

78. Conseguentemente, il secondo capo del motivo unico dedotto dalle ricorrenti a sostegno della loro impugnazione non può essere accolto, ragion per cui l'impugnazione deve essere dichiarata infondata in toto ».

26 settembre 2010, CNOP e CCG c. Commissione, causa T-23/09, non ancora pubblicata in Raccolta.

Il Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) e il Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) sono, insieme all'Ordre national des pharmaciens (ONP), enti di diritto francese destinatari della decisione della Commissione delle Comunità europee 29 ottobre 2008, C (2008) 6494, caso COMP/39510, che ordina loro di sottoporsi ad un'ispezione, conformemente all'art. 20, par. 4, del regolamento n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 CE (oggi art. 101 TFUE) e 82 CE (oggi art. 102 TFUE) (in

prosiegua: la «decisione impugnata»). Avverso tale decisione, tali enti propongono un'impugnazione avanti il Tribunale, lamentando, fra i vari motivi, la violazione dell'art. 20, par. 4, del regolamento n. 1/2003, il quale impone alla Commissione che intende disporre un'ispezione di motivarla indicando l'oggetto e lo scopo. Il Tribunale, sulla nozione di associazione d'impresa, ha osservato:

« 70. Nella fattispecie, per quanto riguarda la qualificazione dell'ONP e dei ricorrenti come associazioni di imprese nel senso di cui all'art. 20, n. 4, del regolamento n. 1/2003, occorre ricordare che, nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento e che costituisce un'attività economica qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un mercato determinato (sentenza *Wouters e a.* [9 febbraio 2002, causa C-309/99, Racc. I-1577], punto 42, punti 46 e 47).

71. Occorre constatare che i farmacisti, per lo meno i farmacisti indipendenti, offrono, in cambio di un corrispettivo, in particolare servizi di distribuzione di medicinali al dettaglio e assumono i rischi economici di tale attività. Occorre quindi concludere che tali persone esercitano attività economiche e, di conseguenza, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 81 CE, 82 CE e 86 CE (v., in tal senso e per analogia, sentenze della Corte 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, Racc. pag. I-6451, punti 76 e 77, e *Wouters e a.*, cit. supra al punto 42, punti 48 e 49). I ricorrenti non contestano peraltro che un certo numero di farmacisti membri dell'ONP possano essere qualificati come imprese nel senso del diritto della concorrenza, esercitando la loro professione come liberi professionisti e assumendone così i rischi economici.

72. D'altra parte, oltre ai farmacisti titolari o titolari aggiunti di farmacia, membri della sezione A, anche alcuni membri della sezione G, cioè i direttori e direttori aggiunti dei laboratori di biologia medica, rispondono ai criteri della nozione di impresa. Infatti, sebbene, come affermano i ricorrenti, la maggioranza dei farmacisti rientranti nella sezione G svolgano un'attività lavorativa subordinata in laboratori di analisi di biologia medica privati e pubblici, almeno una parte dei membri di tale sezione possono essere qualificati come imprese nel senso del diritto della concorrenza, come hanno d'altronde confermato i ricorrenti all'udienza, in risposta ad un quesito posto dal Tribunale.

73. Tuttavia i ricorrenti affermano che il fatto che una parte dei loro membri non possano essere qualificati come imprese implica che gli organi rappresentativi di cui trattasi non possono rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE].

74. Si deve rilevare che tale argomento è contraddetto dalla giurisprudenza. Nella sentenza *FNCBV e a./Commissione* [13 dicembre 2006, cause riunite T-217/03 e T-245/03, Racc. II-4987], cit. supra al punto 53, il Tribunale ha concluso che i sindacati che raggruppano e rappresentano agricoltori, imprese ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], potevano essere qualificati come associazioni di imprese ai fini dell'applicazione di tale disposizione nonostante il fatto che essi potevano anche riunire i coniugi di detti agricoltori, in particolare per il motivo che, secondo il Tribunale, la mera circostanza che un'associazione di imprese possa raggruppare anche persone o entità non qualificabili come imprese non basta a privare di tale carattere l'associazione ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] (sentenza *FNCBV e a./Commissione*, cit. supra al punto 53, punto 55).

75. I ricorrenti contestano la pertinenza di detta sentenza rilevando che il Tribunale ha altresì accertato in essa la circostanza che i coniugi di agricoltori generalmente partecipano alle attività dell'azienda di famiglia. Tali coniugi eserciterebbero quindi un'attività economica, il che non avverrebbe per la maggior parte dei membri dell'ONP. Orbene, anche se il Tribunale ha effettivamente menzionato tale circostanza al punto 55 della sentenza *FNCBV e a./Commissione*, cit. supra al punto 53, l'argomento dei ricorrenti non può essere accolto, poiché detto punto indica chiaramente che, «in ogni caso», la mera circostanza che taluni membri non siano imprese non è sufficiente ad escludere l'associazione di cui trattasi dall'ambito di applicazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE].

76. L'ONP e i ricorrenti sono quindi organismi che raggruppano e rappresentano un certo numero di professionisti, tra cui i farmacisti di laboratorio e i direttori di laboratori di biologia medica, che

possono essere considerati imprese ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE].

77. Tale circostanza è sufficiente per concludere che la Commissione ha potuto qualificare l'ONP e i ricorrenti come associazioni di imprese ai sensi dell'art. 20, n. 4, del regolamento n. 1/2003 (v., in tal senso, sentenza FNCBV e a./Commissione, cit. supra al punto 53, punti 53 e 54) e ha legittimamente potuto sottoporli ad un'ispezione in forza di tale disposizione. In particolare, è possibile che, in tale qualità, detti organismi abbiano potuto adottare decisioni contrarie all'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], ipotesi che la Commissione, conformemente al suo compito, ha il diritto di verificare, in particolare sulla base di prove raccolte nel corso di un'ispezione.

78. Gli argomenti dei ricorrenti vertenti sulla sentenza *Wouters e a.*, cit. supra al punto 42, non sono idonei a modificare tale conclusione. Infatti, la questione che è stata decisa in quella sentenza era se un ordine professionale, come l'ordine olandese degli avvocati, in sede di adozione di un dato regolamento, dovesse essere considerato come un'associazione di imprese o, al contrario, come un'autorità pubblica (sentenza *Wouters e a.* cit. supra al punto 42, punto 56). Orbene, nel caso di specie la questione se, nell'esercizio delle loro prerogative concrete, i ricorrenti siano esclusi dall'applicazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] o se, al contrario, taluni dei loro atti debbano essere considerati come decisioni di associazioni di imprese nel senso di cui a tale disposizione è manifestamente prematura e dovrà essere eventualmente decisa nell'ambito della decisione finale che si pronuncia sulle censure accolte dalla Commissione. Del resto, la sentenza *Wouters e a.* conferma chiaramente che gli ordini professionali non sono a priori esclusi dalla sfera di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] (v., in tal senso, sentenza *Wouters e a.*, cit. supra al punto 42, punto 59, e giurisprudenza ivi citata).

79. Inoltre, occorre altresì rilevare che l'ispezione disposta dalla decisione impugnata non riguardava esclusivamente eventuali decisioni di associazioni di imprese ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], oggetto della causa *Wouters e a.*, cit. supra al punto 42, ma anche l'eventuale partecipazione dei ricorrenti ad accordi e/o pratiche concordate tra i farmacisti riuniti in Francia nell'ONP, nonché una violazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

80. D'altra parte, risulta dal fascicolo che vi sono numerose decisioni del Consiglio della concorrenza francese che accertano l'esistenza di infrazioni compiute dall'ONP e/o dai suoi organi al diritto della concorrenza e che la Corte di cassazione francese ha confermato almeno una di tali decisioni. Contrariamente a quanto affermano i ricorrenti e indipendentemente dalla circostanza che le decisioni riguardassero la sezione A e non la sezione G dell'ONP, si tratta di un indizio supplementare che consentirebbe alla Commissione di giudicare che l'ONP e i ricorrenti non potevano essere a priori esclusi dal campo di applicazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], poiché la sezione A e la sezione G annoveravano taluni membri che potevano essere qualificati come imprese e l'esistenza di funzioni di interesse pubblico definite con legge non esclude, per ciascuna di tali sezioni, che esse possano adottare atti al di fuori di tale quadro giuridico ed in violazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE].

81. Infine, per quanto riguarda il riferimento dei ricorrenti alle sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes e a.* [19 maggio 2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, Racc. pag. I-4171] e *Commissione/Italia* [19 maggio 2009, causa C-531/06, Racc. pag. I-4103], cit. supra al punto 62, da cui risulterebbe che è possibile per uno Stato, nel contesto della tutela di principi fondamentali, come la sanità pubblica, disciplinare le condizioni di iscrizione, da parte di un organismo, ad una professione a sua volta regolamentata, si deve constatare che tali sentenze riguardano, in sostanza, l'applicazione degli artt. 43 CE e 56 CE, relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, a normative nazionali relative alle condizioni di esercizio della professione di farmacista. Orbene, tali sentenze sono prive di pertinenza per la soluzione della controversia, poiché risulta dalla giurisprudenza che la circostanza che talune norme non costituiscano restrizioni alla libera circolazione in quanto per natura sono estranee all'attività economica non implica né che l'attività interessata esuli necessariamente dall'ambito di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE né che le dette norme non soddisfino i presupposti per l'applicazione proprie dei detti articoli (v., in tal senso e per

analogia, sentenza della Corte 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, Meca-Medina e Majcen/Commissione, Racc. pag. I-6991, punto 31).

82. Da quanto precede risulta che la Commissione ha potuto considerare al momento dell'adozione della decisione impugnata che l'ONP e i ricorrenti fossero associazioni di imprese nel senso dell'art. 20, n. 4, del regolamento n. 1/2003. Non risulta quindi accertata alcuna violazione di tale disposizione da parte della Commissione laddove ha qualificato i destinatari della decisione impugnata come associazioni di imprese ».

1.2 Nozione di impresa e imputabilità del comportamento illecito di società controllate alle loro controllanti; nozione di “complice”

20 gennaio 2011, *General Química e a. c. Commissione*, causa C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21

La General Química SA (in prosieguo: la «GQ») è una società di diritto spagnolo che produce taluni prodotti chimici a base di gomma. Essa è controllata al 100% dalla Repsol Química SA (in prosieguo: la «RQ»), a sua volta controllata al 100% dalla Repsol YPF SA (in prosieguo: la «RYPF»). La Commissione, con la sua decisione, ha dichiarato la RQ e la RYPF, sotto la denominazione collettiva «Repsol», congiuntamente e solidalmente responsabili di un'infrazione commessa dalla GQ. Al riguardo, la Commissione ha esposto in tale decisione che la società controllante può essere considerata a priori responsabile del comportamento illecito delle sue controllate, nelle quali detiene il 100% del capitale sociale, ma che le è possibile capovolgere la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante su di esse. La Commissione ha precisato, in particolare, che tale capovolgimento della presunzione non può risultare dall'affermazione che la società controllante non ha partecipato direttamente all'intesa o non era informata della sua esistenza o non ha incoraggiato le sue controllate ad adottare un comportamento illecito. La Commissione ha anche considerato che l'affermazione secondo cui la RQ e la RYPF non assumevano la responsabilità dell'attività quotidiana né la gestione operativa della GQ non era sufficiente a ribaltare detta presunzione. Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale l'8 marzo 2006, i ricorrenti hanno proposto un ricorso con il quale hanno chiesto il parziale annullamento della decisione. Essendo il ricorso stato integralmente respinto dal Tribunale, i ricorrenti hanno presentato impugnazione innanzi la Corte che, in tema di imputazione della responsabilità per una violazione all'articolo 81, paragrafo 1, CE (articolo 101, paragrafo 1, TFUE) dalla GQ, ha osservato:

« [...] 35. La Corte ha [...] precisato che la nozione di impresa, nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenze 14 dicembre 2006, causa C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Racc. pag. I-11987, punto 40; Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 55, nonché 1 luglio 2010, causa C-407/08 P, Knauf Gips/Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 64).

36. Qualora tale soggetto economico violi le norme in materia di concorrenza, è tenuto, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere di tale infrazione (sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 56 e giurisprudenza citata).

37. Per quanto riguarda la questione relativa alle circostanze in cui una persona giuridica che non ha commesso l'infrazione possa tuttavia essere sanzionata, deriva da costante giurisprudenza che il comportamento di una controllata può essere ascritto alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, alla luce in particolare dei nessi economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche (sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 58 nonché giurisprudenza citata).

38. Infatti, ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa ai sensi dell'art. 81 CE (ora articolo 101 TFUE) e, pertanto, la Commissione può emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione (v., in tal senso, sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 59).

39. Al riguardo, la Corte ha precisato che, con riferimento al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, la quale abbia infranto le norme dell'Unione in materia di concorrenza, da un lato, tale società controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento della controllata e, dall'altro, esiste una presunzione relativa secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata (v. sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, punto 60 e giurisprudenza citata).

40. Alla luce di tali considerazioni è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà conseguentemente considerare la società controllante responsabile in solido per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che questa società controllante, sulla quale incombe l'onere di invertire tale presunzione, non fornisca elementi di prova sufficienti, idonei a dimostrare che la sua controllata tiene un comportamento autonomo nel mercato (v. citate sentenze Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, punto 29, nonché Akzo Nobel e a./Commissione, punto 61).

41. Quindi, contrariamente a quanto fatto valere dalle ricorrenti, il Tribunale ha giustamente osservato, al punto 60 della sentenza impugnata, che, anche se è vero che la Corte ha richiamato, ai punti 28 e 29 della citata sentenza Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, altre circostanze oltre alla detenzione del 100% del capitale della controllata, come l'assenza di contestazione dell'influenza esercitata dalla società controllante sulla politica commerciale della sua controllata e la comune rappresentanza delle due società durante il procedimento amministrativo, ciò non toglie che siffatte circostanze sono state rilevate dalla Corte soltanto al fine di esporre l'insieme degli elementi sui quali il Tribunale aveva basato la sua argomentazione in tale controversia, e non per subordinare l'applicazione della presunzione suddetta alla produzione di indizi supplementari relativi all'esercizio effettivo di un'influenza della società controllante sulla sua controllata (v., in tal senso, sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 62).

42. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto dichiarando, ai punti 59-63 della sentenza impugnata, che, nel caso in cui la società controllante detenga il 100% delle quote della propria controllata, esiste la presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata [...] ».

Sulla seconda parte del primo motivo, vertente su errori nella valutazione dell'esistenza di un'influenza determinante di una società controllante sul comportamento di una sua controllata al 100%, il Tribunale ha, invece, osservato:

« [...] 50. Per quanto riguarda la prima censura vertente sull'errore di diritto che il Tribunale avrebbe commesso riducendo le possibilità per la società madre di ribaltare la presunzione d'influenza determinante sul comportamento di una controllata della quale detiene il 100% del capitale, va osservato che, al punto 65 della sentenza impugnata, tale giudice ha giustamente constatato che spetta alla società controllante sottoporre alla sua valutazione ogni elemento relativo ai nessi organizzativi, economici e giuridici tra essa e la sua controllata, idonei a dimostrare che esse non costituiscono un'entità economica unica.

51. Dalla giurisprudenza della Corte risulta infatti che, per ribaltare la presunzione secondo cui una società controllante che detiene il 100% del capitale sociale della sua controllata esercita effettivamente un'influenza determinante su di essa, spetta a detta società controllante sottoporre alla

valutazione del giudice dell'Unione ogni elemento relativo ai vincoli organizzativi, economici e giuridici che intercorrono tra la stessa e la sua controllata, idonei a dimostrare che essi non costituiscono un'unica entità economica (v. sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 65).

52. Occorre inoltre precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, tale presunzione, alla luce della sua natura relativa, potendo essere ribaltata in ogni fattispecie mediante il ricorso a tutti gli elementi menzionati dal Tribunale, non conduce ad un'automatica attribuzione di responsabilità alla società controllante, che detiene la totalità del capitale sociale della sua controllata, il che sarebbe in contrasto con il principio della responsabilità individuale su cui è basato il diritto concorrenziale dell'Unione [...] ».

16 giugno 2011, *Air liquide*, causa T-185/06, ECLI:EU:T:2011:275

L'Air liquide, SA pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude, ricorrente, è una società di diritto francese che deteneva all'epoca dei fatti il 100% del capitale della Chemoxal SA, che commercializzava perossido d'idrogeno (in prosieguo: l'«HP») e perborato di sodio (in prosieguo: il «PBS»). Nel novembre del 2002 la Degussa AG ha informato la Commissione dell'esistenza di un'intesa nei mercati dell'HP e del PBS e ha richiesto l'applicazione della comunicazione della Commissione relativa alla non imposizione di ammende e alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese. La Degussa ha fornito alla Commissione le prove materiali che le hanno consentito di effettuare, il 25 e il 26 marzo 2003, talune verifiche negli uffici di determinate imprese. Dopo aver sentito le imprese interessate, la Commissione ha adottato la decisione 3 maggio 2006, C (2006) 1766 def. nei confronti di Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Chemicals Holding AB, EKA Chemicals AB, Degussa, Edison SpA, FMC Corp., FMC Foret SA, Kemira OYJ, la ricorrente, Chemoxal, Snia SpA, Caffaro Srl, Solvay SA, Solvay Solexis SpA, Total SA, Elf Aquitaine SA e Arkema SA (Caso COMP/F/38.620 – Perossido di idrogeno e perborato). L'infrazione accertata è consistita prevalentemente nello scambio tra concorrenti di informazioni rilevanti in termini commerciali e di informazioni riservate concernenti il mercato e le imprese, nella limitazione e nel controllo della produzione e delle capacità potenziali ed effettive di questa, nell'assegnazione di quote di mercato e di clienti nonché nella fissazione e nel monitoraggio del rispetto degli obiettivi di prezzo. La ricorrente e la Chemoxal sono state ritenute responsabili «in solido» dell'infrazione (punto 406 della decisione impugnata). In applicazione dell'art. 25, n. 1, lett. b), del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli (101 e 102 TFUE), la Commissione ha constatato che il suo potere sanzionatorio si era prescritto nei confronti della ricorrente e della Chemoxal, la cui partecipazione all'infrazione era cessata oltre cinque anni prima del compimento dei primi atti dell'inchiesta. La Commissione ha ritenuto tuttavia di avere un legittimo interesse ad accertare l'infrazione di cui trattasi nei confronti di dette società (punti 366-369 della decisione impugnata). Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 17 luglio 2006, la ricorrente ha proposto ricorso chiedendo al Tribunale di annullare l'art. 1, lett. i), della decisione impugnata, nella parte in cui la Commissione ha accertato la sua partecipazione all'infrazione per il comportamento illecito della sua controllata. A tale riguardo, il Tribunale ha osservato:

« [...] 21. Secondo costante giurisprudenza, il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra i due enti giuridici (v. sentenza della Corte 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, Akzo Nobel e a./Commissione, Racc. pag. I-8237, punto 58 e giurisprudenza ivi citata).

22. Infatti, in una simile situazione la società controllante e la sua controllata fanno parte di una

stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa, ai sensi dell'art. 81 CE [art. 101 TFUE] (sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, punto 21 supra, punto 59).

23. Nel caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, la quale abbia infranto le norme dell'Unione in materia di concorrenza, da un lato, tale società controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento della controllata e, dall'altro, esiste una presunzione relativa secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata (v. sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, punto 21 supra, punto 60 e giurisprudenza ivi citata).

24. In simili circostanze, è sufficiente che la Commissione dimostri che l'intero capitale di una controllata è detenuto dalla sua società controllante per presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà conseguentemente considerare la società controllante responsabile dell'infrazione di cui trattasi, a meno che questa società controllante, sulla quale incombe l'onere di confutare detta presunzione, non fornisca elementi di prova sufficienti in grado di dimostrare che la sua controllata tiene un comportamento autonomo nel mercato (v., in tal senso, sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, punto 21 supra, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

25. Al fine di stabilire se una controllata determini in maniera autonoma il suo comportamento sul mercato, devono essere presi in considerazione tutti gli elementi pertinenti relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici che legano tale controllata alla società controllante, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono essere quindi elencati in modo tassativo (sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, punto 21 supra, punto 74; v. altresì, in questo senso, sentenza del Tribunale 12 dicembre 2007, causa T-112/05, Akzo Nobel e a./Commissione, Racc. pag. II-5049, punto 65) [...] ».

29 settembre 2011, *Elf Aquitaine c. Commissione europea*, causa C-521/09 P, Raccolta, non ancora pubblicata.

Alla fine del 1999 la Commissione europea ha avviato un'indagine su un'intesa relativa all'acido monocloroacetico, a seguito di una denuncia di uno dei partecipanti a detta intesa. In seguito, la Commissione ha ritenuto che, in sostanza, le imprese interessate da detta decisione avessero partecipato ad un cartello, in violazione dell'art. 81 CE (ora art. 101 TFUE). All'esito di tale procedura la Commissione ha ritenuto che il fatto che Elf Aquitaine detenesse il 98% delle azioni dell'Atofina fosse sufficiente ad imputarle la responsabilità delle azioni della propria controllata. Essa ha inoltre considerato che la circostanza che l'Elf Aquitaine non avesse partecipato alla produzione e alla commercializzazione dell'AMCA non impedisse di considerarla come un'unica entità economica con le unità operative del gruppo. L'ammenda inflitta all'Elf Aquitaine e all'Arkema, a titolo di responsabilità congiunta e solidale, ammonta a EUR 45 milioni. A seguito di impugnazione il Tribunale confermava integralmente la decisione della Commissione. La società, pertanto, proponeva appello alla Corte di giustizia contestando, inter alia, una violazione delle norme relative all'imputabilità delle sanzioni in materia di diritto della concorrenza. Sul punto, la Corte di giustizia ha osservato che:

«53 A questo riguardo, è opportuno innanzi tutto ricordare che, ai sensi di una giurisprudenza costante, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento. Su questo punto la Corte ha precisato, da un lato, che la nozione di impresa, collocata in tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa designa un'unità economica anche se, dal punto di vista giuridico, tale unità economica è costituita da più persone fisiche o giuridiche e, dall'altro, che tale entità economica, laddove violi le regole dettate in materia di concorrenza, è tenuta, secondo il principio di

responsabilità personale, a rispondere dell'infrazione (v. sentenze 20 gennaio 2011, causa C-90/09 P, General Química e a./Commissione, Racc. pag. I-1, punti 34-35 e giurisprudenza ivi citata, nonché 29 marzo 2011, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, ArcelorMittal Luxembourg/Commissione e Commissione/ArcelorMittal Luxembourg e a., Racc. pag. I-2239, punto 95).

54 Emerge da una giurisprudenza costante che il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante, in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (v. citate sentenze della Corte, Akzo Nobel e a./Commissione, punto 58, nonché General Química e a./Commissione, punto 37).

55 In una siffatta situazione, atteso che la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa ai sensi dell'art. 81 CE, la Commissione può infatti emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione (v. citate sentenze Akzo Nobel e a./Commissione, punto 59, nonché General Química e a./Commissione, punto 38).

56 Al riguardo, la Corte ha precisato che, con riferimento al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, la quale abbia infranto le norme dell'Unione in materia di concorrenza, da un lato, tale società controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento della controllata e, dall'altro, esiste una presunzione relativa secondo la quale detta società controllante esercita effettivamente una siffatta influenza (in prosieguo: la «presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante») (v., segnatamente, sentenze 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG-Telefunken/Commissione, Racc. pag. 3151, punto 50; Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 60; General Química e a./Commissione, cit., punto 39, nonché ArcelorMittal Luxembourg/Commissione e Commissione/ArcelorMittal Luxembourg e a., cit., punto 97).

57 Alla luce di tali considerazioni è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata è detenuto dalla controllante per presumere che quest'ultima eserciti effettivamente un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà conseguentemente considerare la società controllante responsabile in solido per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che detta società controllante, sulla quale incombe l'onere di superare tale presunzione, non fornisca elementi di prova sufficienti, idonei a dimostrare che la sua controllata tiene un comportamento autonomo sul mercato (v. sentenze 16 novembre 2000, causa C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, Racc. pag. I-9925, punto 29; Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 61; General Química e a./Commissione, cit., punto 40, nonché ArcelorMittal Luxembourg/Commissione e Commissione/ArcelorMittal Luxembourg e a., cit., punto 98).

58 Dalla giurisprudenza risulta anche che, al fine di stabilire se una controllata determini in maniera autonoma il suo comportamento sul mercato, deve essere preso in considerazione l'insieme degli elementi pertinenti relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti tra la controllata e la controllante, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono essere elencati in modo tassativo (v., in questo senso, sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punti 73 e 74).

59 La presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante mira in particolare a raggiungere un equilibrio tra l'importanza, da un lato, dell'obiettivo consistente nel reprimere i comportamenti contrari alle norme della concorrenza, segnatamente all'art. 101 TFUE, e a prevenirne la ripetizione e, dall'altro, le esigenze poste da taluni principi generali del diritto dell'Unione come, segnatamente, quelli della presunzione di innocenza, della personalità delle pene e della certezza del diritto nonché i diritti della difesa, ivi compreso il principio della parità delle armi. È appunto per questa ragione che essa è relativa, come risulta dalla giurisprudenza esposta al punto 56 della presente sentenza.

60 Occorre peraltro ricordare che, da un lato, tale presunzione si fonda sulla constatazione secondo la quale, salvo circostanze del tutto eccezionali, una società che possiede la totalità del capitale di una controllata può, in considerazione di questa sola parte di capitale, esercitare un'influenza determinante sul comportamento di detta controllata e, dall'altro, che la mancanza di esercizio effettivo di questo potere di ingerenza può normalmente essere ricercata nel modo più utile nella sfera dei soggetti contro cui detta presunzione opera.

61 Ciò premesso, se per una parte interessata fosse sufficiente confutare tale presunzione avanzando semplici affermazioni non comprovate, la presunzione stessa verrebbe largamente privata della sua utilità.

62 Del resto, dalla giurisprudenza emerge che una presunzione, anche se difficilmente superabile, resta entro limiti accettabili fintanto che è proporzionata al legittimo scopo perseguito, che esiste la possibilità di apportare la prova contraria e che i diritti della difesa sono garantiti (v., in questo senso, sentenza 23 dicembre 2009, causa C-45/08, Spector Photo Group e Van Raemdonck, Racc. pag. I-12073, punti 43 e 44, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, § 101 e seguenti).

2 Febbraio 2012, *EI du Pont de Nemours and Company c. Commissione europea*, causa C-172/12 P, Raccolta, non ancora pubblicata.

Con decisione del 5 dicembre 2007 la Commissione ha accertato che diversi produttori di gomma sintetica avevano preso parte ad un cartello attraverso cui coordinare gli aumenti dei prezzi della gomma sintetica, fissare prezzi minimi, ripartire i clienti e scambiarsi informazioni sensibili. Tra i destinatari di tale decisione figurano le società EI DuPont, società madre del gruppo DuPont, con sede negli Stati Uniti e quotata in borsa; DPE LLC, società interamente controllata da EI DuPont (ma in precedenza controllata congiuntamente in parti uguali da EI DuPont e dalla Dow Chemical Company (Dow) anch'essa destinataria della decisione) e DPE SA società interamente controllata da DPE LLC. Poiché anche la società madre EI DuPont è stata ritenuta solidalmente responsabile della condotta posta in essere dalle società controllate, in particolare della DPE LLC, davanti al Tribunale la società madre ha fatto valere la sua estraneità alla condotta anticoncorrenziale posta in essere dalla controllata. Avendo il Tribunale confermato la decisione della Commissione, la EIDuPont ha proposto appello davanti alla Corte di giustizia. Sullo specifico punto della responsabilità solidale della società madre per le condotte anticoncorrenziali poste in essere da una società figlia interamente controllata, la Corte ha osservato:

41 It should be pointed out first of all that, in accordance with the settled case-law of the Court of Justice, the conduct of a subsidiary can be imputed to its parent company, in particular where, although it has separate legal personality, that subsidiary does not decide independently on its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company, regard being had in particular to the economic, organisational and legal links between those two legal entities (Case C-97/08 P Akzo Nobel and Others v Commission [2009] ECR I-8237, paragraphs 58 and 72, and Joined Cases C-628/10 P and C-14/11 P Alliance One International and Standard Commercial Tobacco v Commission and Commission v Alliance One International and Others [2012] ECR I-0000, paragraph 43).

42 In such a situation, because the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of Article 81 EC, the Commission may address a decision imposing fines to the parent company, without having to establish the personal involvement of the latter in the infringement (see Akzo Nobel and Others v Commission, paragraph 59, and Alliance One International and Standard Commercial Tobacco v Commission and Commission v Alliance One International and Others, paragraph 44).

43 The Court of Justice has also stipulated that account must be taken of all the relevant factors relating to the economic, organisational and legal links which tie the subsidiary to the parent company, which may vary from case to case and cannot therefore be set out in an exhaustive list (see, to that effect, *Akzo Nobel and Others v Commission*, paragraph 74, and *Case C-521/09 P Elf Aquitaine v Commission* [2011] ECR I-8947, paragraph 58).

44 In paragraphs 58 to 60 of the judgment under appeal, the General Court therefore cited the case-law setting out the test for imputing to a parent company the competition infringement committed by its subsidiary. It rightly found that, in order to be able to impute the conduct of a subsidiary to the parent company, the Commission cannot merely find that the parent company is in a position to exercise decisive influence over the conduct of its subsidiary, but must also check whether that influence was actually exercised (see, to that effect, *Case 107/82 AEG-Telefunken v Commission* [1983] ECR 3151, paragraph 50).

45 It should be noted in that regard that the rule that it is necessary to check whether the parent company actually exercised decisive influence over its subsidiary applies only where the subsidiary is not wholly owned by its parent company. According to the settled case-law of the Court of Justice, where the entire capital of the subsidiary is owned, there is no longer any requirement to carry out such a check since, in those circumstances, there is a presumption of decisive influence on the part of the parent company, which has the burden of rebutting that presumption (see *Alliance One International and Standard Commercial Tobacco v Commission* and *Commission v Alliance One International and Others*, paragraphs 46 and 47 and the case-law cited).

46 More specifically, with regard to the claim that the General Court misconstrued the term ‘a single undertaking’, it must be stated that, in paragraph 58 of the judgment under appeal, the General Court pointed out that, according to the settled case-law of the Court of Justice, in competition law the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purposes of the subject-matter of the agreement in question, even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal (*Case-170/83 Hydrotherm Gerätebau* [1984] ECR 2999, paragraph 11; *Case C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* [2006] ECR I-11987, paragraph 40; and *Akzo Nobel and Others v Commission*, paragraph 55).

47 Where two parent companies each have a 50% shareholding in the joint venture which committed an infringement of the rules of competition law, it is only for the purposes of establishing liability for participation in the infringement of that law and only in so far as the Commission has demonstrated, on the basis of factual evidence, that both parent companies did in fact exercise decisive influence over the joint venture, that those three entities can be considered to form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of Article 81 EC.

48 It must therefore be held that, as regards the verification process of the assessment carried out by the Commission, the General Court did not misconstrue the term ‘a single undertaking’.

49 *EI DuPont*, in support of its first ground of appeal, also relies on other arguments, set out in paragraphs 34 and 35 above: first, that it cannot exercise decisive influence over DDE bearing in mind that DDE has separate legal personality from that of the parent companies; and secondly, that, since the joint control exercised by parent companies over their full-function joint venture gives them only a negative power to block the latter’s strategic decisions, that control cannot imply the existence of the parent company’s decisive influence over the subsidiary. In that regard, it must be noted that the General Court did not find the existence of *EI DuPont*’s decisive influence over the subsidiary solely on the basis of the possibility that the parent companies could exercise joint control over that subsidiary, but that it relied on its own assessment of the economic, organisational and legal factors which tied DDE to its two parent companies, as determined by the Commission in its decision of 5 December 2007.

50 In that regard, suffice it to state that, since the Commission found that Dow exercised a decisive influence over DDE’s conduct on the basis of factors which, unless they have been distorted, cannot be called into question on appeal, those claims must be held to be unfounded.

51 As regards El DuPont's argument, set out in paragraph 36 above, that the fact that parent companies are deemed to exercise joint control in accordance with the EC Merger Regulation does not mean that they incur liability under Article 81 EC by reason of the conduct of the joint venture, it must be pointed out that, as is clear from the case-law cited in paragraph 43 above, the evidence of such influence must be assessed having regard to all the economic, organisational and legal links between the subsidiary and the parent company.

52 In this case the General Court concluded from all the evidence, in particular the control exercised by DDE's two parent companies over its strategic business decisions, that those companies did in fact exercise decisive influence. Accordingly, it rightly pointed out in paragraph 78 of the judgment under appeal that the autonomy which a joint venture enjoys within the meaning of Article 3(4) of the EC Merger Regulation does not mean that that joint venture also enjoys autonomy in relation to adopting strategic decisions, and that it is therefore not under the decisive influence of its parent companies for the purposes of Article 81 EC.

53 Consequently, it must be stated that, contrary to what El DuPont claims, the General Court's finding in paragraphs 78 and 79 of the judgment under appeal relating to the single nature of the undertaking in the light of competition law, is not incompatible with the EC Merger Regulation, and therefore does not lead to a misleading and inconsistent application of competition law.

19 luglio 2012, *Alliance One International Inc., Standard Commercial Tobacco Co. Inc., c. Commissione*, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, ECLI:EU:C:2012:479

La World Wide Tobacco España SA (in prosieguito: la «WWTE»), la Agroexpansión SA (in prosieguito: la «Agroexpansión») e la Tabacos Españoles SL (in prosieguito: la «Taes») sono tre delle quattro imprese di prima trasformazione di tabacco greggio in Spagna (in prosieguito, queste quattro imprese congiuntamente: i «trasformatori»). Tra il 1995 e il 5 maggio 1998 due terzi del capitale della WWTE erano di proprietà della Trans-Continental Leaf Tobacco Corp. Ltd (in prosieguito: la «TCLT»), una controllata al 100% della Standard Commercial Tobacco Co. Inc. (in prosieguito: la «SCTC»), essa stessa controllata al 100% dalla Standard Commercial Corp. (in prosieguito: la «SCC») (divenuta la Alliance One International Inc. [in prosieguito: l'«AOI»]). Il 3 e il 4 ottobre 2001, la Commissione ha svolto talune verifiche ai sensi dell'articolo 14 del regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, nei locali, segnatamente, della WWTE, al fine di controllare informazioni secondo cui i trasformatori ed i produttori spagnoli di tabacco greggio avrebbero violato l'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE). Il 20 ottobre 2004, la Commissione ha accertato l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale costituita dalla fissazione del prezzo medio di consegna delle singole varietà di tabacco greggio, senza distinzione tra le qualità. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 21 gennaio 2005, l'AOI, la SCTC e la TCLT hanno proposto un ricorso diretto all'annullamento della decisione nella parte in cui le riguarda. Il Tribunale ha annullato la decisione controversa nella parte in cui essa riguarda la TCLT ed ha respinto il ricorso per il resto. La decisione del Tribunale è stata impugnata dai ricorrenti innanzi alla Corte che, con particolare riguardo alla determinazione del criterio giuridico che definisce la responsabilità delle società controllanti, ha osservato:

« [...] 43. [...] il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche (sentenze del 10 settembre 2009, Akzo Nobel e a./Commissione, C-97/08 P, Racc. pag. I-8237, punto 58; Elf Aquitaine/Commissione, cit., punto 54, nonché del 29 settembre 2011, Arkema/Commissione, C-520/09 P, Racc. pag. I-8901, punto 38).

44. In una situazione del genere, infatti, poiché la società controllante e la propria controllata fanno

parte di una stessa unità economica e formano pertanto una sola impresa ai sensi dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], la Commissione può emanare una decisione che infligga ammende alla società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione (v. sentenze citate Akzo Nobel e a./Commissione, punto 59; General Química e a./Commissione, punto 38, nonché Elf Aquitaine/Commissione, punto 55).

45. Al fine di stabilire se una controllata determini in maniera autonoma il proprio comportamento sul mercato, la Commissione è tenuta, in linea di principio, a prendere in considerazione l'insieme degli elementi pertinenti relativi ai vincoli organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra la controllata e la controllante, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono essere elencati in modo tassativo (v., in tal senso, sentenze citate Akzo Nobel e a./Commissione, punti 73 e 74, nonché Elf Aquitaine/Commissione, punto 58).

46. La Corte ha precisato che, nel caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, la quale abbia infranto le norme dell'Unione in materia di concorrenza, da un lato, tale società controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento della controllata e, dall'altro, esiste una presunzione iuris tantum secondo cui la società madre esercita effettivamente una siffatta influenza (sentenze del 29 marzo 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commissione e Commissione/ArcelorMittal Luxembourg e a., C-201/09 P e C-216/09 P, Racc. pag. I-2239, punto 97, nonché Elf Aquitaine/Commissione, cit., punto 56).

47. Ciò premesso, è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla società controllante per poter presumere che quest'ultima effettivamente eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale della controllata medesima. La Commissione potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare detta presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova, idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato (sentenze citate Akzo Nobel e a./Commissione, punto 61; Elf Aquitaine/Commissione, punto 57, nonché Arkema/Commissione, punto 41).

48. In via preliminare, va sottolineato che la presunzione stabilita dalla giurisprudenza menzionata ai punti 46 e 47 della presente sentenza è confutabile.

49. Inoltre, tale giurisprudenza non comporta che la Commissione sia tenuta a fondarsi esclusivamente su detta presunzione. Infatti, nulla impedisce a tale istituzione di accertare l'esercizio effettivo, da parte di una società controllante, di un'influenza determinante sulla sua controllata attraverso altri elementi di prova o attraverso una combinazione di siffatti elementi con detta presunzione.

50. Nella fattispecie, come ha constatato il Tribunale ai punti 134-147 della sentenza impugnata, risulta dalla decisione controversa ed è stato confermato dalla Commissione, nel corso del procedimento di primo grado, che tale istituzione aveva deciso, per la valutazione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sulle controllate da parte delle società controllanti, di considerare queste ultime responsabili solo qualora elementi di prova avessero confermato la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sulle controllate che deriva dal controllo dell'insieme del capitale di queste ultime da parte delle società controllanti (metodo cosiddetto della «duplice base») e che, pertanto, essa aveva rinunciato ad attenersi all'applicazione della sola presunzione d'influenza determinante.

51. È inoltre pacifico che tale approccio era motivato dal fatto che, al momento dell'adozione della decisione controversa, la Commissione nutriva dubbi, alla luce della giurisprudenza dell'epoca, sul punto di sapere se il controllo, da parte di una società controllante, dell'intero capitale della sua controllata consentisse, di per sé solo, di applicare la presunzione, sebbene questa non fosse stata confutata, e se detto controllo fosse quindi sufficiente al fine di dimostrare l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte di una società controllante sulla sua controllata.

52. Di conseguenza, è giocoforza constatare, da un lato, che la Commissione ha correttamente deciso

di adottare, per determinare la responsabilità delle società controllanti in questione, uno dei metodi su cui, alla luce della constatazione effettuata al punto 49 della presente sentenza, essa può legittimamente fondarsi per valutare l'esistenza di una siffatta influenza determinante [...] ».

11 luglio 2013, *Stichting Administratiekantoor Portielje, Gosselin Group NV c. Commissione*, causa C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514

La Gosselin Group NV (in prosieguito: la «Gosselin») è stata costituita nel 1983 e opera sotto tale denominazione dal 20 dicembre 2007. Dal 1^a gennaio 2002 il 92% delle sue azioni è detenuto dalla Portielje, mentre il rimanente 8% è detenuto dalla Vivet en Gosselin NV, a sua volta detenuta al 99,87% dalla Portielje. Quest'ultima è una fondazione che non esercita attività commerciale e «riunisce azionisti della cerchia della famiglia fondatrice allo scopo di garantire unità di gestione». La Commissione, a seguito di istruttoria, ha accertato alcune imprese, tra le quali figuravano la Portielje e la Gosselin, avevano partecipato a un'intesa nel settore dei servizi internazionali di trasloco in Belgio, fissando i prezzi, ripartendosi i clienti e manipolando la procedura di invito alla presentazione di offerte, e avevano commesso, quindi, un'infrazione unica e continuata dell'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE). L'intesa era volta, in particolare, a stabilire e a mantenere prezzi elevati e a ripartire il mercato assumendo varie forme, quali accordi sui prezzi (in prosieguito: l'«accordo sui prezzi»), accordi sulla ripartizione del mercato mediante un sistema di falsi preventivi, detti «preventivi di comodo» (in prosieguito: l'«accordo sui preventivi di comodo»), e accordi su un sistema di compensazioni finanziarie per le offerte respinte o nel caso di mancata presentazione di offerte, dette «commissioni» (in prosieguito: l'«accordo sulle commissioni»). Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 4 giugno 2008, la Portielje proponeva ricorso diretto, in via principale, all'annullamento della decisione nella parte in cui la riguarda. Nella sua decisione Tribunale ha statuito che la società controllante di un'impresa che ha commesso un'infrazione all'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE) non può essere sanzionata con una decisione recante applicazione di tale articolo, se non è essa stessa un'impresa. Al riguardo, ha affermato che il ricorso alla nozione di unità economica non può consentire di supplire alla mancanza di qualità d'impresa della società controllante e che occorre distinguere la nozione di impresa da quella di imputazione del comportamento di una controllata alla sua società controllante. La sentenza del Tribunale è stata oggetto di parziale impugnazione da parte della Commissione innanzi alla Corte che, in particolare circa l'ambito di applicazione ratione personae dell'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE), ha osservato:

« [...] 36. In limine, va ricordato che il diritto della concorrenza dell'Unione riguarda le attività delle imprese (sentenze del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Racc. pag. I-123, punto 59, nonché Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 54) e che la nozione di impresa si riferisce a qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Racc. pag. I-5425, punto 112, nonché Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 54). Detta nozione dev'essere intesa nel senso che si riferisce a un'unità economica sotto il profilo dell'oggetto dell'accordo in esame, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenze del 12 luglio 1984, Hydrotherm Gerätebau, 170/83, Racc. pag. 2999, punto 11, nonché Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 55).

37. Qualora un siffatto ente economico violi le norme sulla concorrenza, incombe ad esso, secondo il principio della responsabilità personale, rispondere di tale violazione (v., in tal senso, sentenze dell'8 luglio 1999, Commissione/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Racc. pag. I-4125, punto 145, nonché Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 56).

38. Quanto alla questione relativa alle circostanze in presenza delle quali una persona giuridica che

non sia autore dell'infrazione possa tuttavia essere sanzionata, risulta da costante giurisprudenza della Corte che il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante, in particolare, quando, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determina in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attiene, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra i due enti giuridici (sentenze Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 58 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 19 luglio 2012, Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Commissione e Commissione/Alliance One International e a., C-628/10 P e C-14/11 P, punto 43).

39. In una siffatta situazione, atteso che la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa ai sensi dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], la Commissione può infatti emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione (v. citate sentenze Akzo Nobel e a./Commissione, punto 59, nonché Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Commissione e Commissione/Alliance One International e a., punto 44).

40. Al riguardo, la Corte ha precisato che, nel caso particolare in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della propria controllata che abbia violato le norme dell'Unione in materia di concorrenza, esiste una presunzione semplice secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata (in prosieguo: la «presunzione di effettivo esercizio di un'influenza determinante») (sentenza dell'8 maggio 2013, ENI/Commissione, C-508/11 P, punto 47; v. anche, in tal senso, sentenze Akzo Nobel e a./Commissione, cit., punto 60 e giurisprudenza ivi citata; del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione, C-521/09 P, Racc. pag. I-8947, punti 56 e 63, nonché Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Commissione e Commissione/Alliance One International e a., cit., punto 46).

41. Alla luce di tali considerazioni è sufficiente che la Commissione provi che la totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato (v., in tal senso, citate sentenze Akzo Nobel e a./Commissione, punto 61; Elf Aquitaine/Commissione, punti 57 e 63; Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Commissione e Commissione/Alliance One International e a., punto 47, nonché ENI/Commissione, punto 47).

42. Tale giurisprudenza si fonda sulla premessa che possa imputarsi ad un ente giuridico la responsabilità del comportamento di un altro ente giuridico quando quest'ultimo non determini in modo autonomo il suo comportamento sul mercato. Conseguentemente, è inconferente il fatto che l'ente che detiene la totalità o la quasi totalità del capitale di un altro ente o che controlla la totalità o la quasi totalità delle quote sociali di tale altro ente (in prosieguo: l'«ente controllante») sia costituito nella forma giuridica di una fondazione piuttosto che di una società.

43. Ne consegue che, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 36 e 37 delle conclusioni, ai fini della sanzione dell'infrazione di un'impresa al diritto della concorrenza in forza dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE] in combinato disposto con l'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, è parimenti irrilevante la questione se ciascuno degli enti giuridici che costituiscono tale impresa svolga un'attività economica propria e, quindi, ognuno di essi, isolatamente considerato, corrisponda alla nozione giuridica di impresa ricordata supra, al punto 36.

44. L'unico elemento determinante ai fini della sanzione è la circostanza che tutti gli enti giuridici tenuti in solido, del tutto o in parte, al pagamento della stessa ammenda costituiscono insieme, con

l'ente la cui implicazione diretta nell'infrazione sia stata provata (in prosieguo: l'«autore dell'infrazione»), una sola impresa ai sensi dell'articolo 81 CE. Orbene, conformemente alla giurisprudenza ricordata supra, ai punti da 38 a 41, quel che rileva al riguardo è l'effettivo esercizio, da parte dell'ente controllante, di un'influenza determinante sull'autore dell'infrazione [...] ».

26 settembre 2013, *The Dow Chemical Company c. Commissione europea*, causa C-179/12 P, Raccolta, non ancora pubblicata.

*I fatti di causa sono quelli descritti a proposito della sentenza *El du Pont de Nemours and Company c. Commissione europea*, causa C-172/12 P. Sulla responsabilità solidale di Dow in ordine alla condotta anticoncorrenziale posta in essere dalla joint-venture DDE la Corte ha osservato:*

52 As a preliminary point, it must be observed that, according to settled case-law, the behaviour of a subsidiary can be imputed to the parent company, in particular where, despite having separate legal personality, that subsidiary does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company, regard being had in particular to the economic, organisational and legal links between those two legal entities (*Akzo Nobel and Others v Commission*, paragraphs 58 and 72, and *Joined Cases C-628/10 P and C-14/11 P Alliance One International and Standard Commercial Tobacco v Commission and Commission v Alliance One International and Others* [2012] ECR I-0000, paragraph 43)

53 In such a situation, because the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of Article 81 EC, the Commission may address a decision imposing fines to the parent company, without having to establish the personal involvement of the latter in the infringement (see *Akzo Nobel and Others v Commission*, paragraph 59, and *Alliance One International and Standard Commercial Tobacco v Commission and Commission v Alliance One International and Others*, paragraph 44).

54 The Court of Justice has stipulated that account must be taken of all the relevant factors relating to the economic, organisational and legal links which tie the subsidiary to the parent company, which may vary from case to case and cannot therefore be set out in an exhaustive list (see, to that effect, *Akzo Nobel and Others v Commission*, paragraph 74, and *Case C-521/09 P Elf Aquitaine v Commission* [2011] ECR I-8947, paragraph 58).

55 In paragraphs 73 and 75 of the judgment under appeal, the General Court therefore cited the case-law setting out the test for imputing to a parent company the competition infringement committed by its subsidiary. It rightly held that, in order to be able to impute the conduct of a subsidiary to the parent company, the Commission cannot merely find that the parent company is in a position to exercise decisive influence over the conduct of its subsidiary, but must also check whether that influence was actually exercised (see, to that effect, *Case 107/82 AEG-Telefunken v Commission* [1983] 3151, paragraph 50).

56 It should be noted in that regard that the principle that it is necessary to check whether the parent company actually exercised decisive influence over its subsidiary applies only where the subsidiary is not wholly owned by its parent company. According to settled case-law of the Court of Justice, where the entire capital of the subsidiary is owned, there is no longer any requirement to carry out such a check since, in those circumstances, there is a presumption of decisive influence on the part of the parent company which has the burden of rebutting that presumption (see *Alliance One International and Standard Commercial Tobacco v Commission and Commission v Alliance One International and Others*, paragraphs 46 and 47 and the case-law cited).

57 More specifically, with regard to the claim that the General Court misconstrued the terms 'single economic unit' and 'single undertaking', it must be stated that, in paragraph 73 of the judgment under appeal, the General Court pointed out that, according to the settled case-law of the Court of

Justice, in competition law the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purposes of the subject-matter of the agreement in question, even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal (Case 170/83 Hydrotherm Gerätebau [1984] ECR 2999, paragraph 11; Case C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio [2006] ECR I-11987, paragraph 40; and Akzo Nobel and Others v Commission, paragraph 55).

58 Where two parent companies each have a 50% shareholding in the joint venture which committed an infringement of the rules of competition law, it is only for the purposes of establishing liability for participation in the infringement of that law and only in so far as the Commission has demonstrated, on the basis of factual evidence, that both parent companies did in fact exercise decisive influence over the joint venture, that those three entities can be considered to form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of Article 81 EC.

59 It must therefore be held that, as part of the verification process of the assessment carried out by the Commission, the General Court did not misconstrue the terms 'single economic unit', 'single undertaking' and the 'existence of ... decisive influence'.

60 Dow, in support of the first part of its first ground of appeal, also relies on other arguments: first, that, since the joint control exercised by parent companies over their joint venture gives them only a negative power to block the latter's strategic decisions, that control cannot imply the existence of the parent company's decisive influence over the subsidiary; and, secondly, that there is no presumption that a shareholder which exercises only joint control has the power to impose a policy of compliance with the rules of competition law. In that regard, it must be pointed out, as is clear from the previous paragraph, that the General Court did not find the existence of Dow's decisive influence over the subsidiary solely on the basis of the possibility that the parent companies could exercise joint control over that subsidiary, but that it relied on its own assessment of the economic, organisational and legal factors which tied DDE to its two parent companies, as determined by the Commission in its decision of 5 December 2007.

61 In that regard, suffice it to state that, since the Commission found that Dow exercises a decisive influence over DDE's conduct on the basis of factors which, unless they have been distorted, cannot be called into question on appeal, those claims must be held to be unfounded.

62 As regards the criticism of paragraph 101 of the judgment under appeal, as set out in paragraph 41 above, relating to possible gains resulting from the illegal activities of the joint venture, suffice it to state that, since Dow's liability is based on the actual exercise of decisive influence, the General Court's explanation in paragraph 101 constitutes a ground that was included in the judgment purely for the sake of completeness.

63 According to settled case-law of the Court of Justice, complaints directed against grounds included in a judgment of the General Court purely for the sake of completeness cannot lead to the judgment being set aside and are therefore ineffective (see, inter alia, the order of 20 January 2009 in Case C-374/07 P Mebrom v Commission, paragraph 57, and Case C-96/09 P Anheuser-Busch v Budjovick Budvar [2011] ECR I-2131, paragraph 211)

64 As regards Dow's argument, set out in paragraph 42 above, that the General Court's approach is incompatible with the EC Merger Regulation, it must be stated, first, that decisive influence of one or more parent companies is not necessarily tied in with the day-to-day running of a subsidiary and, secondly, as is clear from the case-law cited in paragraph 54 above, evidence of such influence must be assessed having regard to all the economic, organisational and legal links between the subsidiary and the parent company.

65 In this case the General Court concluded from all the evidence, in particular the control exercised by DDE's two parent companies over its strategic business decisions, that those companies did in fact exercise decisive influence. Accordingly, it rightly pointed out in paragraph 93 of the judgment under appeal that the autonomy which a joint venture enjoys within the meaning of Article 3(4) of the EC Merger Regulation does not mean that that joint venture also enjoys autonomy in relation to

adopting strategic decisions, and that it is therefore not under the decisive influence of its parent companies for the purposes of Article 81 EC.

66 Consequently, it must be stated that, contrary to what Dow claims, the General Court's finding in paragraph 93 of the judgment under appeal is not incompatible with the EC Merger Regulation.

67 As for the claim relating to the General Court's failure to check whether decisive influence was actually exercised, it is in principle for the Commission, as the General Court pointed out in paragraph 76 of the judgment under appeal, to demonstrate, on the basis of factual evidence, including inter alia any management power one of the entities may have over the other, that the parent company does in fact exercise decisive control over its subsidiary.

68 In paragraphs 86 to 89 of the judgment under appeal, the General Court found that it was clear from the decision at issue that the Commission did not rely on any presumption of decisive influence in order to assess whether such influence was actually exercised by the parent companies over the joint venture. Contrary to what Dow claims, the General Court did consider carefully the factual evidence on which the Commission based its conclusion with regard to Dow's decision-making power over DDE's commercial policy, more particularly in paragraphs 81, 82 and 85 to 88 of the judgment under appeal.

69 Therefore, the General Court examined the specific circumstances of the case and concluded in paragraphs 95, 98 and 100 of the judgment under appeal that the Commission had not erred in law in finding that Dow, as one of DDE's two parent companies, had in fact exercised decisive influence over its conduct on the CR market.

70 As regards the arguments relating to the General Court's examination, in paragraphs 85 to 88 of the judgment under appeal, of the appointment of DDE's senior executives, of the decision to close the Maydown factory, of the implementation of the agreement referred to in paragraph 46 above and of the instruction to open an internal investigation, suffice it to state that they seek to have the Court of Justice re-examine the General Court's assessment of the evidence which the Commission relied upon.

71 In that regard, it should be recalled that it is clear from Article 256 TFEU and the first paragraph of Article 58 of the Statute of the Court of Justice of the European Union that the General Court has exclusive jurisdiction, first, to find the facts, except where the substantive inaccuracy of its findings is apparent from the documents submitted to it and, second, to assess those facts. When the General Court has found or assessed the facts, the Court of Justice has jurisdiction under Article 256 TFEU to review the legal characterisation of those facts by the General Court and the legal conclusions it has drawn from them (Case C-551/03 P *General Motors v Commission* [2006] ECR I-3173, paragraph 51; Case C-352/09 P *ThyssenKrupp Nirosta v Commission* [2011] ECR I-2359 paragraph 179; and judgment of 28 July 2011 in *Joined Cases C-471/09 P to C-473/09 P Diputación Foral de Vizcaya and Others v Commission*, paragraphs 54 and 55).

72 The Court has also stated that the appraisal of the facts by the General Court does not constitute, save where the clear sense of the evidence produced before it is distorted, a question of law which is subject, as such, to review by the Court of Justice (Case C-397/03 P *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v Commission* [2006] ECR I-4429, paragraph 85, and *ThyssenKrupp Nirosta v Commission*, paragraph 180).

73 Since no distortion has been alleged by Dow in this case, that argument must therefore be considered inadmissible.

74 It follows that the first part of the first ground of appeal must be rejected as being in part unfounded, in part ineffective and in part inadmissible.

75 As regards the second part of the first ground of appeal, alleging breach of the rights of the defence, suffice it to say that, as the General Court rightly held in paragraphs 105 to 108 of the judgment under appeal that the Commission had established to a sufficient legal standard that Dow had exercised decisive influence over DDE's conduct, it follows that the argument that Dow was aware of the infringement is just one additional element which, even if it were admissible, could not

be such as to invalidate that finding. Consequently, the considerations put forward by the General Court in that regard were included in the judgment purely for the sake of completeness.

76 According to settled case-law of the Court of Justice, cited in paragraph 63 above, complaints directed against grounds included in a judgment of the General Court purely for the sake of completeness cannot lead to the judgment being set aside and are therefore ineffective.

22 ottobre 2015, AC-Treuhand AG c. Commissione europea, causa C-194/14 P, Raccolta, non ancora pubblicata

Nel corso del 2004 la Commissione aveva accertato che un certo numero di imprese avesse violato gli (allora) articoli 81 CE e 53 dell'accordo sullo Spazio economico europeo, partecipando a un complesso di accordi e di pratiche concordate anticoncorrenziali che coprivano il territorio del SEE e riguardavano, da un lato, il settore degli stabilizzanti a base di stagno e, dall'altro, il settore dell'olio di soia epossidato e degli esteri. La AC-Treuhand, la cui sede principale è a Zurigo, è una società di consulenza che offre diversi servizi alle associazioni nazionali e internazionali e ai gruppi di interesse, compresi la gestione e l'amministrazione di associazioni professionali svizzere e internazionali nonché di federazioni e di organizzazioni non a scopo di lucro, la raccolta, il trattamento e la gestione dei dati del mercato, la presentazione delle statistiche del mercato e il controllo delle cifre comunicate presso i partecipanti. Con la propria decisione la Commissione ha ritenuto la AC-Treuhand responsabile di aver partecipato, per un certo periodo di tempo, a un insieme di accordi e di pratiche concordate all'interno del SEE, consistenti nella fissazione dei prezzi, nella ripartizione dei mercati per mezzo di quote di vendita, nella ripartizione dei clienti e nello scambio di informazioni commerciali sensibili, in particolare sui clienti, sulla produzione e sulle vendite. Nello specifico la Commissione ha ritenuto la AC-Treuhand responsabile di avere svolto un ruolo essenziale e analogo nelle infrazioni in questione, organizzando diverse riunioni alle quali quest'ultima ha assistito e partecipato attivamente, raccogliendo e fornendo ai produttori coinvolti dati sulle vendite dei mercati in questione, proponendo di agire in qualità di moderatore in caso di tensioni tra i suddetti produttori e incoraggiando i medesimi a raggiungere compromessi, tutto ciò dietro retribuzione. Per tale motivo alla AC-Treuhand sono state inflitte due ammende. Respinto dal Tribunale il ricorso proposto contro la decisione della Commissione, la AC-Treuhand ha impugnato la sentenza di primo grado chiedendone la riforma sul presupposto che il comportamento di un'impresa di consulenza che fornisce aiuto ad un'intesa mediante la prestazione di servizi non rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (ora art. 101, par. 1 TFUE) e, dall'altro, che tale interpretazione era ragionevolmente prevedibile al momento della commissione delle infrazioni. Davanti alla Corte di giustizia, pertanto, si trattava di stabilire se un'impresa di consulenza possa essere ritenuta responsabile di un'infrazione al predetto articolo qualora contribuisca attivamente e con piena cognizione di causa ad attuare o a monitorare un'intesa tra produttori attivi in un mercato distinto da quello su cui essa stessa opera. Sul punto, la Corte di giustizia ha così risposto:

«30 Qualora si tratti, come nel caso di specie, di accordi e di pratiche concordate aventi un oggetto anticoncorrenziale, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la Commissione, al fine di poter concludere nel senso della partecipazione di un'impresa all'infrazione e della sua responsabilità per tutti i diversi elementi che include, deve dimostrare che l'impresa interessata aveva inteso contribuire con il proprio comportamento agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti ed era a conoscenza dei comportamenti materiali progettati o adottati da altre imprese per conseguire tali obiettivi, o poteva ragionevolmente prevederli ed era disposta ad accettarne il rischio (v., in tal senso, sentenze Commissione/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, punti 86 e 87, nonché

Aalborg Portland e a./Commissione, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, punto 83).

31 A tale riguardo, la Corte ha in particolare statuito che le modalità passive di partecipazione all'infrazione, quale la presenza di un'impresa a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale senza esservi manifestamente opposta, rappresentano una complicità idonea a far sorgere la sua responsabilità nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, dal momento che il fatto di approvare tacitamente un'iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi, ha l'effetto di incoraggiare la continuazione dell'infrazione e pregiudica la sua scoperta (v., in tal senso, sentenza Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punti 142 e 143 nonché giurisprudenza ivi citata).

32 Certamente la Corte ha già rilevato, quando è stata chiamata a valutare se sussistesse un «accordo» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, che si trattava dell'espressione della volontà concordante delle parti di comportarsi nel mercato in un determinato modo (v. in tal senso, in particolare, sentenza ACF Chemiefarma/Commissione, 41/69, EU:C:1970:71, punto 112). Inoltre la Corte ha considerato che i criteri del coordinamento e della collaborazione costitutivi di una «pratica concordata», ai sensi della stessa disposizione, devono essere intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire nel mercato comune (v., in particolare, sentenza Commissione/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, punto 116).

33 Tuttavia da tali considerazioni non risulta che le nozioni di «accordo» e di «pratica concordata» presuppongano una limitazione reciproca della libertà d'azione in uno stesso mercato in cui sarebbero presenti tutte le parti.

34 Inoltre dalla giurisprudenza della Corte non si può dedurre che l'articolo 81, paragrafo 1, CE riguardi solo le imprese attive nel mercato interessato dalle restrizioni della concorrenza, o in mercati posizionati a monte, a valle o nei pressi del medesimo, o le imprese che limitano la loro autonomia di comportamento in un determinato mercato in forza di un accordo o di una pratica concordata.

35 Da una giurisprudenza consolidata della Corte risulta infatti che il testo dell'articolo 81, paragrafo 1, CE si riferisce in generale a tutti gli accordi e le pratiche concordate che, in rapporti orizzontali o verticali, falsano la concorrenza nel mercato comune, indipendentemente dal mercato in cui le parti sono attive, così come dal fatto che solo il comportamento commerciale di una di esse sia interessato dai termini degli accordi in questione (v., in tal senso, sentenze STM, 56/65, EU:C:1966:38, pag. 264; Consten e Grundig/Commissione, 56/64 e 58/64, EU:C:1966:41, pag. 461; Musique Diffusion française e a./Commissione, da 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, punti da 72 a 80; Binon, 243/83, EU:C:1985:284, punti da 39 a 47, nonché Javico, C-306/96, EU:C:1998:173, punti da 10 a 14).

36 Occorre anche rilevare che il principale obiettivo dell'articolo 81, paragrafo 1, CE è di assicurare il mantenimento di una concorrenza non falsata nel mercato comune. Orbene, l'interpretazione di tale disposizione sostenuta dalla AC-Treuhand potrebbe ridurre la piena efficacia del divieto sancito da detta disposizione, in quanto un'interpretazione siffatta non consentirebbe che si negasse il contributo attivo di un'impresa ad una restrizione della concorrenza per il solo fatto che il suo contributo non riguarda un'attività economica relativa al mercato rilevante sul quale tale restrizione si materializza o ha per obiettivo di materializzarsi.

37 Nel caso di specie, secondo le constatazioni di fatto svolte dal Tribunale al punto 10 della sentenza impugnata, la AC-Treuhand ha svolto un ruolo essenziale e analogo nelle due infrazioni in questione, organizzando diverse riunioni alle quali essa ha assistito e partecipato attivamente, raccogliendo e fornendo ai produttori di stabilizzatori termici dati sulle vendite nei mercati in questione, proponendo di agire in qualità di moderatore in caso di tensioni tra tali produttori e incoraggiando i medesimi a raggiungere compromessi, tutto ciò dietro retribuzione.

38 Ne risulta che il comportamento tenuto dalla AC-Treuhand si inserisce direttamente negli sforzi dei produttori di stabilizzatori termici relativi tanto alla negoziazione quanto al controllo dell'applicazione degli obblighi sottoscritti dai medesimi nell'ambito delle intese, dato che lo scopo stesso dei servizi forniti dalla AC-Treuhand sulla base dei contratti di prestazione di servizi conclusi con i suddetti produttori era la realizzazione, con piena cognizione di causa, degli obiettivi anticoncorrenziali di cui trattasi, vale a dire, come risulta dal punto 4 della sentenza impugnata, la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati e dei clienti nonché lo scambio di informazioni commerciali sensibili.

39 In simili circostanze, contrariamente a quanto sostenuto dalla AC-Treuhand, anche se i suddetti contratti di prestazione di servizi sono stati formalmente conclusi separatamente dagli impegni assunti dai produttori di stabilizzatori termici stessi, e malgrado il fatto che la AC-Treuhand è un'impresa di consulenza, non si può ritenere che gli interventi di quest'ultima, in tale qualità, costituissero meri servizi periferici, senza un nesso con gli obblighi assunti dai produttori e le conseguenti restrizioni della concorrenza».

16 giugno 2016, *Evonik Degussa et AlzChem c. Commission*, causa C-155/14 P, EU:C:2016:446

Con la decisione C (2009) 5791, del 22 luglio 2009, la Commissione ha constatato che i principali fornitori di carburo di calcio e di magnesio utilizzati nelle industrie siderurgica e del gas avevano violato l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 53 dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE), partecipando, nel periodo compreso tra il 7 aprile 2004 e il 16 gennaio 2007, a un'infrazione unica e continuata. Quest'ultima si traduceva in una ripartizione dei mercati, in una fissazione di quote, in una ripartizione della clientela, in una fissazione dei prezzi e in uno scambio di informazioni commerciali riservate relative ai prezzi, ai clienti e ai volumi di vendita nel SEE, ad eccezione dell'Irlanda, della Spagna, del Portogallo e del Regno Unito.

Il detto procedimento è stato avviato a seguito di una domanda di immunità, ai sensi della comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (GU 2002, C 45, pag. 3), depositata dalla Akzo Nobel NV.

*Le imprese di cui al procedimento principale hanno domandato alla Corte di Giustizia l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 23 gennaio 2014, *Evonik Degussa e AlzChem/Commissione* (T-391/09, ECLI:EU:T:2014:22), con la quale il Tribunale ha parzialmente respinto il loro ricorso avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione di cui sopra nella parte relativa alle ricorrenti, nonché, in subordine, la domanda di riforma di detta decisione, diretta, da un lato, all'annullamento dell'ammenda loro inflitta ovvero alla riduzione del relativo importo e, dall'altro, a porre a carico della SKW Stahl-Metallurgie GmbH l'intero importo dell'ammenda, in solido con le ricorrenti. La Corte, nell'esaminare il motivo di impugnazione, ha osservato:*

«14. Con il primo motivo, diretto contro i punti da 70 a 119 della sentenza impugnata, le ricorrenti contestano al Tribunale di aver violato l'articolo 81 CE nonché i principi della responsabilità personale, della presunzione d'innocenza e della responsabilità per colpa, avendo subordinato a requisiti troppo elevati l'inversione della presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte delle stesse ricorrenti sulla SKW, il che lo avrebbe indotto a non tener conto del carattere confutabile di tale presunzione.

15. Da un lato, esse contestano il diniego del Tribunale, enunciato ai punti da 102 a 107 della sentenza impugnata, di ammettere l'inversione di detta presunzione, sebbene le ricorrenti avessero fatto valere che la SKW aveva partecipato all'intesa controversa in violazione flagrante delle istruzioni

da loro espresse, riportate ai punti 91 e 102 della sentenza impugnata, imponendo all'amministratore unico della SKW di non concludere accordi con i concorrenti riguardanti prodotti di desolfurazione della ghisa. Secondo le ricorrenti, una situazione del genere dimostrerebbe l'assenza di esercizio effettivo di un'influenza determinante sulla SKW.

[...]

17. Le ricorrenti fanno inoltre valere che, ai fini dell'imputazione della responsabilità di una violazione dell'articolo 81CE, l'elemento essenziale non è unicamente la possibilità di esercitare un'influenza determinante, bensì l'esercizio effettivo di quest'ultima, il che risulterebbe confermato dal punto 62 della sentenza del 12 dicembre 2007, Akzo Nobel e a./Commissione (T-112/05, EU:T:2007:381). Orbene, in varie occasioni e, in particolare, riguardo al fatturato della SKW, menzionato nei punti da 108 a 113 della sentenza impugnata, il Tribunale si sarebbe limitato a un'influenza ipotetica basata su elementi speculativi e non avrebbe dimostrato l'esercizio effettivo di tale influenza determinante su quest'ultima società da parte delle ricorrenti.

18. Le ricorrenti contestano altresì al Tribunale di aver fatto derivare da una valutazione riguardante una situazione precedente al periodo dell'infrazione una conclusione concernente tale periodo, sebbene esse avessero affermato di non aver mai esercitato alcuna influenza determinante. Esse censurano inoltre il Tribunale per essersi limitato a valutare i rapporti esistenti tra le stesse ricorrenti e la SKW riguardo alla ripartizione delle quote sociali e al personale dirigente, senza aver concretamente esaminato se esse esercitassero effettivamente un'influenza determinante sulla propria controllata.

[...]

20. In particolare, il Tribunale avrebbe valutato erroneamente l'onere della prova nell'inversione della presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante, basandosi su un'eventuale influenza teorica delle ricorrenti sulla SKW e non sulla sua situazione concreta. A parere delle ricorrenti, non spettava loro dimostrare di non poter esercitare in generale alcuna influenza determinante sulla SKW, bensì, unicamente, che esse, nel caso concreto, non avevano effettivamente esercitato alcuna influenza del genere. Orbene, il Tribunale, ai punti 82, 83, 88, 89, 93, da 94 a 98 e da 108 a 113 della sentenza impugnata, si sarebbe basato unicamente sulla loro eventuale influenza teorica sulla SKW.

[...]

27. Si deve ricordare, in via preliminare, che, secondo costante giurisprudenza della Corte, la responsabilità del comportamento di una controllata può essere imputata alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche. Infatti, in una situazione del genere, atteso che la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa ai sensi dell'articolo 81 CE, la Commissione può emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione (v., in tal senso, sentenza del 5 marzo 2015, Commissione e a./Versalis e a., C-93/13 P e C-123/13 P, EU:C:2015:150, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

28. Sempre da costante giurisprudenza della Corte emerge che, nella particolare ipotesi in cui una società controllante detenga, direttamente o indirettamente, la totalità o la quasi totalità del capitale della propria controllata che abbia commesso un'infrazione alle regole di concorrenza dell'Unione europea, esiste una presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sulla sua controllata (sentenze del 29 settembre 2011, Elf Aquitaine/Commissione, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punto 56 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 5 marzo 2015, Commissione e a./Versalis e a., C-93/13 P e C-123/13 P, EU:C:2015:150, punto 41).

29. In una situazione del genere, è sufficiente che la Commissione dimostri che la totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata sia detenuta, direttamente o indirettamente, dalla propria

società controllante per considerare soddisfatta detta presunzione. Di conseguenza, la Commissione potrà ritenere la società controllante responsabile del comportamento della propria controllata e obbligata in solido al pagamento dell'ammenda inflitta a quest'ultima, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di ribaltare detta presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova, idonei a dimostrare la condotta autonoma sul mercato da parte della propria controllata (v., in tal senso, sentenza del 5 marzo 2015, Commissione e a./Versalis e a., C-93/13 P e C-123/13 P, EU:C:2015:150, punti 42 e 43 e giurisprudenza ivi citata).

30. Pertanto, una presunzione del genere, qualora risulti acquisita, circostanza che non è contestata dalle ricorrenti nella specie, implica, salvo la sua inversione, che l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte della società controllante sulla propria controllata sia considerato accertato e autorizza la Commissione a ritenere la prima responsabile del comportamento della seconda, senza dover fornire prove supplementari.

31. Infatti, una volta che la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sia stata acquisita, spetta alla sola società controllante che detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della propria controllata confutare detta presunzione.

32. Per ribaltare tale presunzione, una società controllante, nell'ambito dei ricorsi diretti contro una decisione della Commissione, deve sottoporre alla valutazione del giudice dell'Unione ogni elemento relativo ai vincoli organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra la stessa e la sua controllata, idonei a dimostrare che essi non costituiscono un'unica entità economica (v., in tal senso, sentenza del 20 gennaio 2011, General Química e a./Commissione, C-90/09 P, EU:C:2011:21, punto 51 e giurisprudenza ivi citata).

33. Al fine di valutare se la controllata determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato o si attenga, in sostanza, alle istruzioni impartite dalla propria società controllante (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2013, Commissione/Stichting Administratiekantoor Portielje, C-440/11 P, EU:C:2013:514, punto 38 e giurisprudenza ivi citata), il giudice dell'Unione è tenuto a prendere in considerazione l'insieme degli elementi pertinenti, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono quindi essere elencati in modo tassativo (sentenza del 26 settembre 2013, The Dow Chemical Company/Commissione, C-179/12 P, ECLI:EU:C:2013:605, punto 54).

34. Nell'ambito di detto esercizio, spetta al Tribunale effettuare una valutazione riguardante fatti contemporanei al periodo dell'infrazione, lasciando impregiudicata, tuttavia, la possibilità di basarsi su elementi concernenti un periodo precedente a quest'ultimo, purché esso sia in grado di comprovare la pertinenza di detti elementi per il periodo dell'infrazione e non trasponga automaticamente a tale periodo le conclusioni derivanti dalla valutazione di elementi precedenti a quest'ultimo ».

18 gennaio 2017, *Toshiba Corp c. Commission européenne*, causa C-623/15 P, ECLI:EU:C:2017:21

Con decisione del 5 dicembre 2012, la Commissione ha inflitto ammende per un importo complessivo di circa 1,47 miliardi di euro a sette imprese per aver posto in essere due intese in violazione dell'art. 101 TFUE. Le intese consistevano in una fissazione dei prezzi, in una ripartizione dei mercati e dei clienti, nonché in una limitazione della produzione. Inoltre, le imprese partecipanti si erano scambiate con regolarità informazioni commercialmente sensibili. La Commissione ha inflitto alla Toshiba un'ammenda di 28.048.000 euro individualmente e di 86.738.000 euro congiuntamente e in solido con la Panasonic e la loro controllata comune, MTPD. Il Tribunale, con sentenze del 9 settembre 2015 (Causa T-104/13, ECLI:EU:T:2015:610), ha annullato l'ammenda inflitta individualmente alla Toshiba ed ha ridotto da l'ammenda inflitta in solido alla Toshiba ed alla Panasonic/MTPD. Il Tribunale ha ritenuto che la Commissione non avesse sufficientemente dimostrato che la Toshiba fosse stata a conoscenza dell'esistenza dell'intesa, né che essa avesse inteso

contribuire, con la propria condotta, all'insieme degli obiettivi comuni perseguiti dai partecipanti all'intesa. La Toshiba, ritenendo di non essere stata in grado di esercitare un'influenza determinante sulla MTPD per l'intera durata dell'intesa e di non poter, quindi, essere ritenuta responsabile dell'infrazione commessa dalla MTPD, ha chiesto alla Corte di Giustizia di annullare la sentenza del Tribunale. La Corte, ha respinto l'impugnazione e ha confermato l'ammenda inflitta in solido alla Toshiba ed alla Panasonic/MTPD. In particolare, la Corte ha osservato che:

« 45. It should be pointed out that, according to settled case-law, liability for the conduct of a subsidiary can be imputed to its parent company in particular where, although it has separate legal personality, that subsidiary does not decide independently on its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company, having regard in particular to the economic, organisational and legal links between those two legal entities (judgment of 16 June 2016, *Evonik Degussa and AlzChem v Commission*, C-155/14 P, EU:C:2016:446, paragraph 27 and the case-law cited).

46. In examining whether the parent company is able to exercise decisive influence over the market conduct of its subsidiary, account must be taken of all the relevant factors relating to the economic, organisational and legal links which tie the subsidiary to its parent company and, therefore, account must be taken of the economic reality (judgment of 24 June 2015, *Fresh Del Monte Produce v Commission and Commission v Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P and C-294/13 P, EU:C:2015:416, paragraph 76 and the case-law cited).

47. Moreover, the exercise of decisive influence by a parent company over its subsidiary's conduct may be inferred from a body of consistent evidence, even if some of that evidence, taken in isolation, is insufficient to establish the existence of such influence (judgment of 24 June 2015, *Fresh Del Monte Produce v Commission and Commission v Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P and C-294/13 P, EU:C:2015:416, paragraph 77 and the case-law cited).

48. Lastly, the Court has previously held that the exercise of joint control, by two parent companies which are independent of each other, of their subsidiary does not, in principle, preclude a finding by the Commission of the existence of an economic unit comprising one of those parent companies and the subsidiary concerned (judgment of 24 June 2015, *Fresh Del Monte Produce v Commission and Commission v Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P and C-294/13 P, EU:C:2015:416 paragraph 78 and the case-law cited). It has also held that two parent companies each having a 50% shareholding in a joint venture may both be regarded as exercising decisive influence over the joint venture, in so far as the Commission has demonstrated it on the basis of factual evidence (see, to that effect, judgments of 26 September 2013, *EI du Pont de Nemours v Commission*, C-172/12 P, not published, EU:C:2013:601, paragraph 47, and of 26 September 2013, *The Dow Chemical Company v Commission*, C-179/12 P, not published, EU:C:2013:605, paragraph 58).

49. The General Court, in essence, referred to those considerations, in paragraphs 93 to 95, 98 and 99 of the judgment under appeal, and, taking them into account, it analysed, in paragraphs 104 to 121 of that judgment, the various elements invoked by the Commission in order to justify its conclusion relating to Toshiba's liability for the infringement committed by the joint venture. That analysis led the General Court to the conclusion, set out in paragraph 122 of the judgment under appeal, that, during the infringement period from 1 April 2003 to 12 June 2006, Toshiba had exercised, together with Panasonic, decisive influence over the joint venture's conduct on the market and that, consequently, the Commission had not erred in taking the view that Toshiba and Panasonic could be held jointly and severally liable for the joint venture's infringing conduct.

50. In that regard, it is necessary to reject, in the first place, Toshiba's argument that the General Court erred in law and disregarded the rules relating to the burden of proof and the taking of evidence in establishing a presumption of actual exercise of decisive influence by a parent company over a subsidiary's conduct on the market, as that argument is based on an incorrect and out-of-context reading of paragraph 101 of the judgment under appeal.

51. It is apparent from a combined reading of paragraphs 100 to 102 of the judgment under appeal that the General Court took the view, in essence, that, where it follows from the statutory provisions or contractual stipulations governing a joint venture that the conduct on the market of that subsidiary is determined jointly by its parent companies, it may reasonably be concluded that that conduct was indeed determined jointly, with the result that the parent companies must be regarded as having exercised decisive influence over their subsidiary, unless there is concrete evidence showing that the decisions in relation to the latter's conduct were actually taken by other procedures.

52. In so ruling, the General Court correctly applied the case-law of the Court of Justice according to which, as regards liability for an infringement of the competition rules, the factual evidence on which a party relies may be of such a kind as to require the other party to provide an explanation or justification, failing which it is permissible to conclude that the burden of proof has been discharged (judgment of 1 July 2010, *Knauf Gips v Commission*, C-407/08 P, EU:C:2010:389, paragraph 80 and the case-law cited), and it did not establish a presumption not laid down in the case-law ».

2. Intese vietate

2.1. Nozione

16 dicembre 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suker Unie » U.A. ed altri c. Commissione*, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 11, 113 e 114/73, Racc. 1663.

Nel 1967 il Consiglio delle Comunità europee adottava un regolamento, il 1009/67, che disciplinava la produzione di zucchero in Europa.

Infatti, poiché la produzione aveva assunto varie volte un carattere eccedentario, all'interno della Comunità, il Consiglio intendeva adottare provvedimenti atti a limitarla e ad equilibrare le quantità prodotte per ciascun paese.

Nel 1972 la Commissione inviava ad oltre diciassette imprese produttrici di zucchero, tra cui la Coöperatieve Vereniging « Suker Unie » U.A, una decisione con la quale contestava un'infrazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE.

Le imprese, infatti, tramite una fitta rete di accordi e di riunioni, mettevano in atto pratiche concordate che avevano lo scopo e l'effetto di proteggere quattro mercati, rispettivamente, quello italiano, quello olandese, quello della parte occidentale della Germania e quello meridionale dello stesso paese.

Inoltre, con lo stesso comportamento le imprese concordavano fra loro, in occasione delle gare per l'attribuzione delle restituzioni all'esportazione nei paesi terzi, l'importo delle restituzioni da chiedere ed i quantitativi da offrire.

La Corte ha osservato:

« 167. 1. Dal complesso dei fatti sopra riportati risulta che le ricorrenti hanno effettivamente tenuto, sul mercato, il comportamento loro contestato dalla Commissione.

168. Deve quindi ritenersi accertato che quasi tutte le esportazioni effettuate nei Paesi Bassi dalla R. T. e dai produttori belgi da essa controllati sono state destinate a produttori saccariferi olandesi, all'industria del latte ed all'industria chimica, ovvero alla denaturazione; che la R. T. non ha praticamente mai venduto alla clientela tradizionale dei produttori olandesi; che la R. T. ha costretto i commercianti-esportatori belgi a seguire tale politica di orientamento delle esportazioni.

169. I quantitativi così incanalati verso un numero ristretto di destinatari o di destinazioni sono stati notevoli, come risulta dalle cifre fornite dalla stessa R. T. nell'allegato 4 della replica.

170. Secondo dette cifre – che, pur presentando talora delle differenze in più o in meno rispetto a quelle prodotte dalla Commissione, si mantengono tuttavia nello stesso ordine di grandezza – la R. T. ha venduto, durante le quattro annate considerate nella decisione, rispettivamente alla S. U., alla C. S. M. e all'industria olandese del latte, 40 741, 35 099 e 48 000 tonnellate di zucchero raffinato o cristallino, vale a dire, in totale 123 840 tonnellate; queste cifre restano di notevole entità anche qualora non si tenga conto delle 10 587 tonnellate di zucchero cristallino temporaneamente cedute per ulteriore trasformazione, nel 1968/69 e nel 1969/70, dalla C. S. M. alla R. T. e da questa successivamente riesportate nei Paesi Bassi sotto forma di zucchero raffinato.

171. Come risulta da una statistica prodotta dalla Commissione (allegato 1 della controreplica 47-73, tabella VI), le forniture “controllate” – cioè quelle da produttore a produttore, quelle all'industria del latte e quelle destinate alla denaturazione od alla successiva esportazione nei paesi terzi – ammontavano, rispettivamente, durante ciascuna delle quattro annate in questione, al 70 per cento, 28,4 per cento, 79,3 per cento e 70 per cento del volume totale delle esportazioni belghe nei Paesi Bassi; la cifra relativamente bassa del 28,4 per cento si spiegherebbe, secondo la Commissione, col fatto che, nel 1969/70, tali esportazioni venivano effettuate per due terzi da produttori belgi indipendenti dalla R. T.

172. 2. La S. U. e la C. S. M. sostengono che la nozione di “pratica concordata” presuppone l'esistenza di un piano e lo scopo di eliminare in anticipo ogni incertezza relativa al comportamento futuro dei concorrenti: non sarebbe quindi sufficiente la reciproca consapevolezza che gl'interessati abbiano potuto avere del carattere parallelo o complementare delle rispettive decisioni; in tal modo si condannerebbe, infatti, qualsiasi tentativo di un'impresa di reagire nel modo più intelligente possibile ad azioni da parte dei concorrenti.

173. I criteri del coordinamento e della collaborazione, messi in evidenza nella giurisprudenza della Corte, non richiedono l'elaborazione di un vero e proprio “piano”, ma vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del trattato in materia di concorrenza, e secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato comune, anche riguardo alla scelta dei destinatari delle merci da lui offerte e vendute.

174. Se è vero che non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, la suddetta esigenza di autonomia vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto d'influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato.

175. Dai documenti sopra menzionati risulta che fra le imprese ricorrenti hanno avuto luogo dei contatti coi quali esse hanno per l'appunto perseguito lo scopo di eliminare in anticipo ogni incertezza relativa al futuro comportamento dei loro concorrenti.

176 l'argomento dedotto dalle ricorrenti va quindi respinto ».

20 giugno 1978, *Tepea BV c. Commissione*, causa 28/77, Racc. 1391.

La Watts Ltd., costituita, nel 1954, nel Regno Unito, era un'impresa per la fabbricazione e la vendita di apparecchi per la pulitura dei dischi fonografici che il titolare aveva inventato. Negli anni successivi la Watts Ltd. stipulava accordi verbali con i distributori di ogni paese, Paesi Bassi, Francia, Irlanda, Italia, Belgio e Danimarca, in modo che ogni distributore operasse come esclusivista nel territorio del paese per cui otteneva la concessione.

Nei Paesi Bassi il distributore era la società Theal NV.

Nel 1963 la Theal notificava alla Commissione l'accordo di concessione esclusiva riguardante apparecchi per la pulitura dei supporti fonografici.

L'accordo veniva ritenuto non contrario alle norme comunitarie sulla concorrenza fino all'entrata nella Comunità del Regno Unito nel 1 gennaio 1973, poiché l'isolamento di tale mercato non

ostacolava in modo rilevante le correnti di scambio tra gli Stati membri.

La Theal continuava a trarre profitto da detti accordi anche dopo questa data, avendo ottenuto il favore di tre sentenze tra il 1973 e 1975, che vietavano l'importazione diretta nei Paesi Bassi dei prodotti Watts.

Nel 1976 la Commissione adottava una decisione nei confronti delle società Theal e Watts Ltd. rilevando un'infrazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato (ora art. 101 TFUE).

Nel 1977, la Tepea, succeduta alla Theal e titolare del marchio omonimo, impugnò detta decisione.

La Corte ha osservato:

« 48. Finché il Regno Unito non ha aderito alla Comunità, le restrizioni della concorrenza conseguenti agli accordi Watts/Theal hanno avuto effetti reali solo sul commercio all'interno dei Paesi Bassi e nessun elemento del fascicolo consente di ritenere che l'isolamento di questo mercato nazionale abbia ostacolato in modo rilevante le correnti di scambio tra Stati membri inerenti ai prodotti Watts fino al 1° gennaio 1973, data in cui il Regno Unito è entrato a far parte della Comunità;

49. La Theal ha continuato a trarre profitto da detti accordi anche dopo questa data, poiché ha ottenuto sentenze, il 16 gennaio, il 5 giugno 1973 e il 30 maggio 1975, contro tre ditte, cui fu vietata l'importazione diretta nei Paesi Bassi dei prodotti Watts, ed essa ha continuato a scrivere ai rivenditori olandesi che avevano acquistato prodotti Watts direttamente o indirettamente presso grossisti nel Regno Unito, affermando che il loro comportamento costituiva violazione dei suoi diritti al marchio nei Paesi Bassi;

50. Considerando gli effetti concreti di detti accordi, si rileva che essi restringevano gli scambi intracomunitari in modo rilevante, poiché la vendita degli apparecchi di marca Watts nei Paesi Bassi rappresentava il 15 % delle vendite complessive di apparecchi per la pulizia dei dischi;

51. Date le considerazioni che precedono, è provato che dal 1° gennaio 1973 gli accordi Theal/Watts pregiudicavano il commercio tra Stati membri.

52. Il divieto di cui all'art. 85, n. 1, [ora art. 101 TFUE] per essere applicabile, implica inoltre la sussistenza di un altro presupposto: che l'accordo in questione abbia per oggetto o per effetto di restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito del mercato comune;

53. Gli accordi Theal/Watts avevano lo scopo e l'effetto essenziale di impedire il gioco della concorrenza nella zona protetta nell'ambito del mercato comune;

54. Risulta dall'attività degli importatori paralleli e dai rischi che vi erano connessi per chi la praticava, che nei Paesi Bassi vi era una domanda specifica per i prodotti Watts;

55. La condotta della Theal dimostra che essa temeva la concorrenza dei commercianti che si rifornivano a fonti diverse dai suoi depositi, in quanto i prodotti Watts rappresentavano oltre il 25 % del suo fatturato;

56. Dal complesso delle considerazioni di cui sopra risulta che gli accordi in questione, dal 1° gennaio 1973, poiché pregiudicavano il commercio tra Stati membri degli apparecchi per la pulizia dei dischi fonografici e avevano come effetto di privare i consumatori dei vantaggi derivanti dalla concorrenza effettiva tra prodotti di una stessa marca, che può derivare da sbocchi e fonti di approvvigionamento più numerose e da prezzi più bassi, sono incompatibili con il mercato comune e cadono sotto il divieto dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE].

57. Aggiungasi che questi accordi, che garantivano alla Theal la protezione territoriale assoluta, impedendo le importazioni parallele, protezione ulteriormente rafforzata dal divieto di esportare imposto dalla Watts, non contribuivano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti, né a promuovere il progresso tecnico od economico; essi non potevano perciò — anche se fossero stati regolarmente notificati o fossero andati esenti da notifica — fruire dell'esenzione ex art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], giacché non sussistevano i presupposti per l'applicazione di questa disposizione.

Sull'applicazione dell'art. 15, n. 2, del Regolamento n. 17.

58. A norma dell'art. 15, n. 2, la Commissione può infliggere ammende di 1000 UC o più, importo che può venir aumentato fino al 10 % del fatturato del precedente esercizio dell'impresa

contravventrice, allorché, intenzionalmente o per negligenza, essa contravviene all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE].

59. Il comportamento di cui si fa carico alla Theal è passibile di sanzioni a norma dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE];

60. Per stabilire l'entità dell'ammenda, si deve tener conto della durata e della gravità dell'infrazione».

14 luglio 1981, *Gherard Züchner c. Vereinsbank AG*, causa 172/80, Racc. 2021.

L'Amtsgericht di Rosenheim, in Germania, sottoponeva alla Corte una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

Tale questione derivava dalla lite sorta tra il sig. Züchner e la Bayerische Vereinsbank AG di Rosenheim.

Il sig. Züchner, titolare di un conto bancario presso la suddetta banca, aveva emesso, nei confronti di questo istituto, un assegno dell'importo di diecimila marchi (DM) all'ordine di un beneficiario residente in Italia. Per questa operazione di trasferimento, il suo conto veniva addebitato, dall'istituto bancario, di 15 DM, a titolo di commissione valutaria, prelievo pari allo 0,15% dell'importo trasferito.

Il titolare del conto bancario, sosteneva, in particolare, che vi fosse una pratica concordata tra tutte le banche, nel mercato comune o quanto meno nella Repubblica federale di Germania, per l'applicazione di quella stessa commissione per i trasferimenti di somme di uguale entità, effettuati verso altri Stati membri. Ritenendo che la riscossione di detta commissione fosse in contrasto con le disposizioni del Trattato il sig. Züchner adiva l'Amtsgericht di Rosenheim per la ripetizione dell'indebito nei confronti dell'istituto bancario.

La Corte ha osservato:

« 11. A norma dell'art. 85, n. 1, del trattato [ora art. 101 TFUE], «sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ».

12. Come la Corte ha precisato in particolare nella sentenza 14 luglio 1972 (causa 48/69, *Ici c / Commissione*, racc. pag. 619), la pratica concordata ai sensi dell'art. 85, n. 1, del trattato [ora art. 101 TFUE] è una forma di coordinamento fra imprese, che, senza esser stata spinta fino alla attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse ai rischi della concorrenza.

13. La Corte ha altresì affermato, nella sentenza 16 dicembre 1975 (*Suiker Unie c / Commissione*, cause 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, racc. pag. 1663), che i criteri del coordinamento e della collaborazione, caratteristici della pratica concordata, non richiedono l'elaborazione di un vero e proprio « piano », ma vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del trattato in materia di concorrenza e secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intende seguire sul mercato comune e le condizioni che egli intende riservare alla clientela.

14. Se è vero che non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, la suddetta esigenza di autonomia vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura delle merci o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato.

15. Secondo l'attore nella causa principale, nella fattispecie esiste una pratica concordata in quanto tutte le banche, o la maggior parte di esse, nell'ambito del mercato comune o quanto meno nella Repubblica Federale di Germania, applicano una commissione uniforme per i trasferimenti di

somme della stessa entità, effettuati verso altri Stati membri.

16. La convenuta nella causa principale non ha escluso che, per operazioni di trasferimento di questo genere, altre banche percepiscano una commissione di pari importo, sia nella Repubblica Federale di Germania, sia in altri Stati membri. Essa ha tuttavia precisato che un siffatto comportamento parallelo non è frutto di un accordo o di una pratica concordata fra dette banche, avente per oggetto o per effetto un risultato vietato dall'art. 85 del trattato [ora art. 101 TFUE]. Essa ha spiegato che la riscossione di tale commissione si giustifica in base ai costi inerenti a detti trasferimenti, fra l'altro in ragione della complessità delle operazioni di cambio che essi richiedono, ed ha d'altra parte rilevato che la commissione uniformemente percepita su qualsiasi trasferimento di una certa importanza rappresenta solo un contributo parziale al costo globale delle operazioni di trasferimento normalmente effettuate.

17. La circostanza che la commissione di cui trattasi trovi la propria ragion d'essere nelle spese inerenti al complesso delle operazioni di trasferimento all'estero normalmente effettuate dalle banche per conto della loro clientela, e che essa rappresenti quindi un parziale rimborso di dette spese, posto uniformemente a carico di tutti i beneficiari della prestazione, non esclude la possibilità che un parallelismo di comportamenti in questo campo possa, indipendentemente dalla sua motivazione, portare ad un coordinamento fra le banche rispondente ai criteri che caratterizzano la pratica concordata ai sensi dell'art. 85 del trattato [ora art. 101 TFUE].

18. Una pratica siffatta sarebbe, in ragione del suo stesso contenuto, relativo ad operazioni internazionali, atta a « pregiudicare il commercio fra Stati membri », ai sensi dell'articolo suddetto, dal momento che la nozione di « commercio » cui si riferisce questo articolo ha vasta portata e comprende anche gli scambi valutari.

19. Inoltre, essa sarebbe colpita dal divieto di cui all'art. 85, n. 1, del trattato [ora art. 101 TFUE], qualora fosse provato che ha lo scopo o l'effetto di incidere in modo non trascurabile sul gioco della concorrenza sul mercato dei trasferimenti valutari effettuati dalle banche da uno Stato membro all'altro.

20. Questa ipotesi si verificherebbe, in particolare, qualora una pratica concordata permettesse alle banche che vi partecipano di cristallizzare determinate situazioni e di privare così la loro clientela della effettiva possibilità di beneficiare di prestazioni più favorevoli, che siano loro offerte a condizioni normali di concorrenza.

21. Ciò implica una questione di fatto la cui valutazione è di esclusiva competenza del giudice del merito. A tal fine, si dovrà accertare se fra le banche che tengono un comportamento parallelo vi siano contatti o, quanto meno, scambi di informazioni riguardo, fra l'altro, al tasso delle commissioni effettivamente percepite per trasferimenti analoghi già effettuati o previsti per l'avvenire e se, tenuto conto delle condizioni del mercato di cui trattasi, il tasso della commissione uniformemente applicato non sia diverso da quello che deriverebbe dal libero gioco della concorrenza. Si dovranno inoltre prendere in considerazione il numero e l'importanza, sul mercato di scambi valutari tra Stati membri, delle banche partecipanti ad una pratica siffatta, nonché il volume dei trasferimenti per i quali viene percepita la commissione di cui è causa rispetto al volume globale dei trasferimenti effettuati dalle banche da uno Stato membro all'altro.

22. Per tutti questi motivi, la questione formulata dal giudice a quo va risolta affermando che il parallelismo di comportamento nella riscossione di una commissione bancaria uniforme per i trasferimenti di somme da uno Stato membro all'altro, trasferimenti effettuati dalle banche sui depositi della loro clientela, costituisce una pratica concordata, vietata dall'art. 85, n. 1, del trattato [ora art. 101 TFUE], qualora il giudice nazionale accerti che tale parallelismo di comportamento possiede le caratteristiche di coordinamento e di collaborazione che contraddistinguono una pratica del genere e che questa è atta a pregiudicare in misura rilevante la concorrenza sul mercato delle prestazioni relative a detti trasferimenti ».

25 ottobre 1983, Allgemeine Elektricita" s-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Commissione, causa 107/82, Racc. 3151.

La societa` tedesca Allgemeine Elektricita" s-Gesellschaft AEG-Telefunken AG (« AEG »), autorizzata dalla Commissione, creava un sistema di distribuzione selettivo per i prodotti di marca Telefunken fondato su contratti tipo stipulati con rivenditori specializzati nelle varie fasi della distribuzione. Successivamente, a seguito di alcuni reclami, la Commissione apriva un procedimento sospettando che l'effettiva applicazione del sistema di distribuzione selettivo da parte della AEG e delle sue affiliate non corrispondesse al modello che aveva costituito oggetto della notifica. Essa chiudeva il procedimento accertando l'esistenza di un'infrazione all'art. 85, par. 1, Trattato CEE (oggi art. 101, par. 1, TFUE). Avverso tale decisione la AEG proponeva ricorso sostenendo, tra l'altro, che i comportamenti di cui le si faceva carico nella decisione controversa, e cioe` la mancata ammissione di taluni commercianti al suo sistema distributivo e le iniziative intese ad influire sui prezzi, erano azioni unilaterali e non ricadevano quindi, in quanto tali, sotto l'art. 85, n. 1 (oggi art. 101, par. 1, TFUE), Trattato che riguarda unicamente gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate. Sul punto, la Corte ha osservato:

«32. Per valutare quest'argomento, si devono esaminare gli effetti giuridici dei sistemi di distribuzione selettivi.

33. Manifestamente, gli accordi che istituiscono un sistema di distribuzione selettivo influiscono necessariamente sulla concorrenza nel mercato comune. Come e` stato riconosciuto dalla Corte nella sua giurisprudenza, esistono tuttavia esigenze legittime, come la salvaguardia di un commercio specializzato, in grado di fornire prestazioni specifiche per prodotti di alto livello qualitativo e tecnologico, che giustificano la limitazione della concorrenza sui prezzi a vantaggio della concorrenza riguardante fattori diversi dai prezzi. In quanto mirano a raggiungere un risultato legittimo, che puo` contribuire a migliorare la concorrenza quando questa non si esplica unicamente sui prezzi, i sistemi di distribuzione selettivi costituiscono quindi un fattore di concorrenza conforme all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE].

34. Le limitazioni inerenti ad un sistema di distribuzione selettivo sono tuttavia ammesse soltanto alla condizione ch'esse mirino effettivamente a realizzare un miglioramento della concorrenza nel senso suddetto. Altrimenti, esse sarebbero prive di qualsiasi giustificazione, in quanto il loro solo effetto sarebbe quello di limitare la concorrenza sui prezzi.

35. Per garantire che i sistemi di distribuzione selettivi siano informati unicamente a questo scopo e non possano essere istituiti ed usati per raggiungere obiettivi non conformi al diritto comunitario, la Corte ha precisato, nella sentenza 25 ottobre 1977 (Metro/Commissione, Racc. pag. 1875), che questi sistemi sono ammissibili « purché la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti, questi requisiti siano richiesti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio ».

36. Ne consegue che l'applicazione di un sistema di distribuzione selettivo fondato su criteri diversi da quelli suddetti costituisce trasgressione dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE]. Lo stesso deve dirsi qualora un sistema in via di principio conforme al diritto comunitario venga applicato in pratica in modo incompatibile con tale diritto.

37. Una prassi del genere dev'essere infatti considerata illecita qualora il produttore, per difendere un livello di prezzi elevato o per escludere talune forme moderne di distribuzione, rifiuti l'ammissione a rivenditori che posseggono i requisiti qualitativi propri del sistema.

38. Un siffatto comportamento da parte del produttore non costituisce un'azione unilaterale dell'impresa, che – come sostiene la AEG – sarebbe sottratta al divieto dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], del Trattato. Esso rientra invece nei rapporti contrattuali esistenti fra l'impresa ed i rivenditori. In caso d'ammissione al sistema di un rivenditore, l'autorizzazione si basa infatti sull'accettazione, espressa o tacita, da parte dei contraenti, della politica perseguita dalla AEG con

l'esigere, fra l'altro, l'esclusione dalla rete distributiva di rivenditori che, pur avendo i requisiti per esservi ammessi, non siano disposti ad aderire a tale politica.

39. Si deve quindi ritenere che anche il rifiuto d'ammissione sia un atto che rientra nei rapporti contrattuali con i rivenditori autorizzati, in quanto esso mira a garantire il rispetto delle intese limitative del gioco della concorrenza che sono alla base dei contratti fra i produttori e i rivenditori autorizzati. Il rifiuto di ammettere rivenditori che rispondano ai criteri qualitativi sopramenzionati costituisce quindi la prova dell'illecita applicazione del sistema, qualora la sua frequenza basti ad escludere che si tratti di casi isolati, non rappresentativi di un comportamento sistematico».

8 novembre 1983, NV IAZ International Belgium e a. c. Commissione, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82, 110/82, Racc. 3369.

Alcuni produttori e importatori belgi stipulavano una convenzione concernente l'utilizzazione del marchio di conformita' NAVEWA - ANSEAU per lavabiancheria e lavastoviglie. Tale convenzione era intesa a sorvegliare i requisiti tecnici dei suddetti macchinari stabiliti, con regi decreti, per tutelare la qualita' dell'acqua potabile, mediante etichette di conformita'. La distribuzione delle etichette era affidata alla Communaute' de l'Electricite' («CEG») mentre l'Association Nazionale des Services d'Eau (« ANSEAU ») curava che gli apparecchi posti in vendita fossero muniti del marchio di conformita' fornendo altresì assistenza tecnica a condizioni nettamente meno favorevoli per i non aderenti alla convenzione che per i membri della stessa. La Commissione, con decisione del 17 dicembre 1981, dichiarava che determinate disposizioni della convenzione rendevano impossibili o quantomeno piu' difficili le importazioni parallele nel Belgio di lavabiancheria e lavastoviglie. Le societa' partecipanti alla convenzione adivano la Corte di giustizia chiedendo l'annullamento della decisione sostenendo, tra l'altro, che la convenzione non costituisse una violazione dell'art. 85, par.1, Trattato CEE (ora art. 101, par. 1, TFUE). La Corte, in proposito, ha osservato:

« 19. Anzitutto l'ANSEAU deduce che la convenzione non si puo' definire « accordo tra imprese » ai sensi della disposizione summenzionata. Infatti l'ANSEAU sarebbe un'associazione d'impresе che non svolge come tale alcuna attivita economica. L'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] potrebbe quindi applicarsi nei suoi confronti solo nei limiti in cui le imprese che aderiscono all'accordo sono giuridicamente vincolate dalla convenzione. Cio' non avverrebbe, poiche' , a norma tanto della convenzione quanto degli statuti dell'ANSEAU, questa avrebbe solo il potere di emettere raccomandazioni.

La Corte come gia' nelle sentenze 15 maggio 1975 (Frubo, 71/74, Racc. pag. 563) e 29 ottobre 1980 (van Landewyck, 209, 215 e 218/78, Racc. pag. 3125), afferma che l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE] si applica del pari alle associazioni d'impresе qualora la loro attivita o quella delle imprese ad esse aderenti miri a produrre gli effetti che esso intende reprimere. Si evince in particolare dalla seconda sentenza che una raccomandazione, anche se priva di effetto vincolante, non esula dalla sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1[ora art. 101 TFUE] se l'accettazione della raccomandazione da parte delle imprese destinatarie influisce in modo rilevante sul gioco della concorrenza nel mercato di cui trattasi.

Tenuto conto di questa giurisprudenza, si deve sottolineare, come ha giustamente fatto la Commissione, che le raccomandazioni emesse dall'ANSEAU in forza della convenzione e secondo le quali le imprese aderenti devono tenere conto del contenuto e dello scopo della convenzione e devono darne notizia ai consumatori hanno effettivamente avuto la conseguenza che le imprese erogatrici d'acqua negli agglomerati di Bruxelles, d'Anversa e di Gand hanno verificato presso gli utenti se le macchine allacciate alla rete idrica fossero munite dell'etichetta di conformita'. Dette raccomandazioni hanno quindi determinato il comportamento di gran parte dei soci dell'ANSEAU

ed hanno quindi esercitato una notevole influenza sul gioco della concorrenza.

L'ANSEAU [...] sostiene inoltre che la decisione non ha dimostrato in modo convincente che la convenzione avesse lo scopo di restringere la concorrenza. Esse deducono, a questo proposito, in primo luogo che il vero oggetto della convenzione era la salvaguardia del controllo di conformità e la riduzione delle spese amministrative e, in secondo luogo, che non tutte le parti avevano l'intenzione di restringere il gioco della concorrenza.

Quanto alla prima parte della tesi delle ricorrenti, si deve osservare che tanto il contenuto della convenzione, quanto la sua genesi e le circostanze della sua messa in atto manifestano chiaramente la volontà di riservare alle importazioni parallele, onde ostacolarle, un trattamento meno favorevole di quello riservato alle importazioni ufficiali.

41. Questa conclusione deriva anzitutto dal fatto che la convenzione è basata su un sistema unico di controllo mediante etichette di conformità, che ha sostituito il sistema di controllo precedente basato su elenchi di apparecchi autorizzati, e sul fatto che solo i produttori ed importatori esclusivi possono ottenere dette etichette. Essa discende del pari da determinate dichiarazioni fatte dalla CEG e dalla FCAE [Fe' de' ration du commerce de l'appareillage e' lectrique] durante le riunioni preparatorie. In dette riunioni, infatti, la CEG ha dichiarato di voler ottenere per i propri membri un trattamento che li favorisca rispetto ai non aderenti ed ha indicato di considerare la convenzione in progetto come un' « arma » contro le importazioni parallele. La FCAE, d'altro canto, ha sottolineato che il sistema degli elenchi di apparecchi autorizzati aveva l'inconveniente che le importazioni parallele si giovavano del pari dell'autorizzazione ottenuta dall'importatore ufficiale, senza tuttavia dover contribuire alle spese. Infine, l'intento di ostacolare le importazioni parallele si desume del pari dalle azioni che la CEG e l'ANSEAU hanno condotto dopo la stipulazione della convenzione, onde mettere in guardia commercianti e consumatori contro la vendita e l'acquisto di apparecchi non muniti dell'etichetta di conformità.

42. Di conseguenza, tenuto conto tanto del tenore della convenzione, quanto del suo contesto giuridico ed economico, nonché del comportamento delle parti contraenti, la convenzione ha lo scopo di restringere in misura rilevante il gioco della concorrenza nel mercato comune, nonostante essa miri nel contempo a tutelare la pubblica sanità ed a ridurre il costo del controllo di conformità. Questa constatazione conserva il suo valore anche se l'intenzione di restringere la concorrenza non è stata provata nei confronti di tutti gli aderenti alla convenzione.

43. L'ANSEAU [...] sost[iene] ancora che, contrariamente a quanto dichiarato nella decisione, la convenzione non aveva effetti restrittivi per la concorrenza.

44. Dalle considerazioni che precedono si desume che la convenzione è atta a rendere più difficili, se non impossibili, le importazioni parallele di lavabiancheria e lavastoviglie e può quindi pregiudicare il commercio fra Stati membri. Dato che dal fascicolo risulta che la quota di mercato detenuta dalle imprese aderenti è di circa il 90 % e quindi molto rilevante, se ne deve concludere che la convenzione aveva effetti restrittivi per la concorrenza.

45. Da queste considerazioni discende del pari che, contrariamente a quanto sostiene l'ANSEAU, la convenzione incide sull'interscambio comunitario in misura che va considerata rilevante».

24 ottobre 1991, *Atochem SA c. Commissione*, causa T-3/89, Racc. II- 1177.

Il mercato del polipropilene dell'Europa occidentale, prima del 1977, veniva quasi esclusivamente rifornito da unità produttive impiantate in Europa, e precisamente da dieci imprese produttrici: la Montedison, la Hoechst AG, la Imperial Chemical Industries e la Shell International Chemical Company Ltd, che disponevano di una quota del 64% del mercato e l'Enichem Anic Spa in Italia, la Rhone-Poulenc SA in Francia, Alcudia in Spagna, la Chemische Werke Huls e BASF AG in Germania nonché la Chemie Linz AG in Austria.

Allo scadere dei brevetti di controllo, nel 1977, detenuti dalla Montedison, altri sette produttori entravano nello stesso settore petrolchimico, tra cui, in Francia, la ATO Chemie SA, divenuta in seguito Atochem SA.

L'avvento dei nuovi produttori comportava un incremento sostanziale della capacità produttiva, alla quale, per vari anni, non corrispondeva un adeguato aumento della domanda. Questo implicava un basso tasso di utilizzazione della capacità di produzione, che tuttavia sarebbe aumentato dal 60 al 90 % negli anni dal 1977 al 1983.

La posizione della ATO Chemie SA sul mercato del polipropilene era quella di un piccolo produttore che disponeva di una quota di mercato del 3,1-3,2 %.

Venivano effettuati dai funzionari della Commissione gli accertamenti previsti dal reg. n. 17/62 presso undici imprese produttrici tra cui la ATO Chemie SA. Dopo una serie di audizioni intercorse tra il 1984 e il 1985, la Commissione, nel 1986, emetteva una decisione secondo la quale la maggior parte delle aziende petrolchimiche veniva multata per la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

Alla ricorrente veniva contestata l'infrazione per il periodo dal 1978 al novembre 1983 e le veniva inflitta un'ammenda di 1.750.000 ECU.

Il Tribunale ha osservato:

« 192. La decisione (punto 89, primo capoverso) ricorda che l'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE] cita espressamente come restrittivi della concorrenza gli accordi che direttamente o indirettamente stabiliscono prezzi di vendita o ripartiscono i mercati tra i produttori. Orbene, tali sarebbero appunto le caratteristiche essenziali degli accordi in esame.

193. Secondo la decisione (punto 89, secondo, terzo e quarto capoverso), lo scopo fondamentale dell'istituzione di un sistema di riunioni periodiche e della continua collusione tra i produttori sarebbe stato quello di realizzare incrementi di prezzi mediante un complesso di accordi generali e particolari. Progettando un'azione comune in materia di prezzi, consistente nel determinare, per ogni tipo e moneta nazionale, prezzi obiettivo da applicare a partire da una data concordata, i produttori avrebbero cercato di eliminare gli eventuali rischi di qualsiasi tentativo di aumento unilaterale. Così, l'obiettivo finale dei vari sistemi di quote e degli altri meccanismi intesi a conciliare le disparità di interessi tra i produttori già affermati sul mercato e i nuovi arrivati sarebbe stato quello di creare condizioni artificiali di stabilità, favorevoli agli aumenti dei prezzi.

194. Nel perseguire tali obiettivi, i produttori avrebbero mirato ad organizzare il mercato del polipropilene su una base che sostituisse al libero gioco delle forze concorrenziali una collusione istituzionalizzata e sistematica tra i produttori: il risultato era un'intesa (decisione, punto 89, quinto capoverso).

195. Nella decisione (punto 90, primo e secondo capoverso) si rileva che, siccome l'oggetto dell'accordo è manifestamente anticoncorrenziale, non è strettamente necessario, ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE], dimostrare che anche l'effetto di tale accordo è pregiudizievole alla concorrenza. Nella fattispecie, però, le risultanze probatorie evidenzerebbero che l'accordo ha prodotto veramente un effetto sostanziale sulle condizioni di concorrenza.

196. Secondo la decisione (punto 90, terzo e quarto capoverso), l'accordo conseguito nelle riunioni su prezzi obiettivo per ciascuna qualità e in ciascuna valuta nazionale sarebbe stato attuato dai produttori impartendo istruzioni in materia di prezzi ai propri uffici vendite o agenti nazionali, che a loro volta dovevano informare i clienti in merito ai nuovi livelli di prezzo. In tal modo, ai clienti sarebbe stato applicato un prezzo base uniforme in ciascuna moneta per ciascuna qualità. Vero è che singoli clienti beneficiavano di speciali condizioni o sconti, che alcuni produttori rinviavano l'applicazione dell'aumento previsto o facevano concessioni e che alcuni produttori, per certi tipi e in certi paesi, fissavano perfino prezzi effettivi lievemente inferiori agli obiettivi, sia pur nei limiti di un'azione generale condotta da tutti gli altri. Resterebbe peraltro il fatto che la fissazione di un particolare livello di prezzo e la sua successiva presentazione sul mercato come "prezzo di listino" o

“prezzo ufficiale” significavano che per ciò stesso le opportunità dei clienti di negoziare con i produttori venivano già limitate e che i clienti venivano privati di molti dei vantaggi di cui altrimenti avrebbero beneficiato grazie al libero gioco delle forze concorrenziali.

197. La decisione (punto 90, ultimo capoverso) sottolinea che le prove documentali, compresi i rapporti sulla situazione di mercato degli stessi produttori, dimostrano l'esistenza sul mercato di iniziative concertate in materia di prezzi coinvolgenti tutti i produttori e lo stretto rapporto intercorrente tra queste iniziative e il sistema di riunioni regolari.

198. La decisione (punto 91, primo capoverso) riconosce che il livello di prezzi raggiunto era generalmente inferiore agli “obiettivi” e che le iniziative in materia di prezzi tendevano a perdere il proprio dinamismo, concludendosi talvolta con un netto calo dei prezzi in questione; tuttavia essa rileva che i grafici ai quali gli stessi produttori si richiamavano mostrano nel corso degli anni uno stretto parallelismo tra l'andamento dei prezzi obiettivo e la dinamica dei prezzi praticati. Nel periodo durante il quale furono attuate le iniziative conosciute in materia di prezzi, i prezzi raggiunti ogni mese si sarebbero accostati all'obiettivo concordato. In caso di un improvviso “collasso” (ad esempio, a causa di un calo dei prezzi del propilene), questo sarebbe stato bloccato fissando un nuovo obiettivo molto inferiore, ristabilendo così la tendenza al rialzo. Questa tattica avrebbe ottenuto un particolare successo nel periodo luglio/novembre 1983.

199. Secondo la decisione (punto 91, secondo capoverso), negli anni in cui era in funzione un sistema le forniture della maggior parte dei produttori non si sarebbero in genere discostate nettamente dalle quote o obiettivi assegnati.

200. La decisione (punto 91, terzo capoverso) replica alla ricorrente, che ha richiamato l'attenzione sugli scarti esistenti tra i suoi obiettivi originari in termini quantitativi e le sue forniture effettive in un determinato anno (in particolare nel 1980), sostenendo che tale fenomeno smentisce l'esistenza di un sistema di quote, che nel corso di tale anno gli obiettivi in termini di quantitativi vennero riveduti di continuo e che la divisione concordata del mercato era stata intesa da tutti i partecipanti in termini di quote di mercato. Così, se da un lato la ricorrente ha fatto presente l'aumento progressivo del quantitativo venduto ogni anno nell'Europa occidentale (da 39 000 tonnellate nel 1979 a 45 000 tonnellate nel 1982), dall'altro la quota di mercato da essa realizzata si sarebbe mantenuta in realtà sempre costante (fra il 3,1% e il 3,2%), corrispondendo quasi esattamente all'obiettivo percentuale assegnato a quest'impresa per ciascun anno. Parimenti, le modifiche della quota di mercato di taluni produttori dal 1977 in poi non dimostrerebbero l'esistenza di una concorrenza priva di qualunque restrizione, in quanto quote od obiettivi sarebbero stati concordati in modo da tener conto delle ambizioni dei nuovi arrivati e in quanto le imprese di maggiore importanza avrebbero accettato una certa riduzione delle rispettive quote di mercato nell'intento di incrementare i livelli dei prezzi (decisione, punto 91, ultimo capoverso).

201. La decisione (punto 92, primo capoverso) conclude che il fatto che la monopolizzazione del mercato fosse incompleta e non escludesse interamente l'azione di forze concorrenziali non osta all'applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE]: a causa del numero elevato di produttori e della disparità dei loro interessi commerciali nonché della mancanza di misure coattive da applicare nel caso di mancata osservanza, da parte di un produttore, delle disposizioni concordate, un'intesa non sarebbe stata in grado di controllare totalmente le attività dei partecipanti. Inoltre la decisione (punto 92, ultimo capoverso) respinge l'argomento delle imprese, secondo cui in mancanza degli accordi gli sviluppi del mercato sarebbero stati i medesimi, affermando che ciò che sarebbe potuto succedere è una questione puramente teorica, ma è significativo che i produttori stessi avrebbero riconosciuto l'efficacia delle loro riunioni quando, nel maggio 1982, respinsero il suggerimento di non tenerne più, in quanto ritennero preferibile, in una situazione di equilibrio tra offerta e domanda, prendere misure attive per un rialzo dei prezzi, anziché rimettersi a tal fine al gioco del mercato.

202. Peraltro, nella decisione (punto 73) si sostiene che in ogni caso la Commissione non ha mai inteso affermare che con il sistema delle riunioni periodiche si siano potute controllare in tutto e per

tutto le operazioni e le vendite dei produttori o che tale sistema sia stato l'unico fattore a incidere sui prezzi del polipropilene. Le prove su cui si basa la Commissione dimostrerebbero infatti che i produttori hanno riconosciuto che sul mercato incidevano fattori – quali le fluttuazioni della domanda o gli aumenti di prezzo delle materie prime – che sfuggivano al loro controllo. Per decidere l'entità, i tempi di attuazione, le modalità e le prospettive di successo di un'iniziativa programmata in materia di prezzi, i produttori hanno dovuto tener conto di tali fattori di mercato. Tuttavia uno degli scopi principali delle riunioni sarebbe stato quello di cercare di coordinare le reazioni dei produttori a questi fattori. Può anche darsi che i prezzi siano stati determinati in gran parte dalle condizioni dell'offerta e della domanda, ma dalle prove documentali risulterebbe che attraverso i loro sistemi di controllo dei volumi o delle quote i produttori cercavano di alterare tali condizioni.

B - Argomenti delle parti

203. La ricorrente sostiene che l'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE] vieta le “intese e pratiche concordate” non soltanto quando pregiudicano il commercio tra Stati membri, ma anche quando hanno un oggetto o un effetto anticoncorrenziale. Essa afferma che nessuno di questi due elementi sarebbe presente nel caso della ATO, in quanto l'indipendenza della sua politica commerciale escluderebbe che il suo comportamento abbia potuto avere lo scopo di pregiudicare la libera concorrenza.

204. Secondo la ricorrente, la Commissione non sarebbe nemmeno stata in grado di dimostrare l'esistenza di un effetto sul mercato, dato che la sua dimostrazione consisterebbe unicamente in affermazioni di principio (decisione, punti 90-92), mentre la Commissione riconoscerebbe in un'altra parte della sua decisione (punto 73) che le condizioni dell'offerta e della domanda hanno potuto determinare il prezzo. Così, si contesterebbe ai produttori di aver “tentato di alterare” tali condizioni attraverso i loro sistemi di controllo dei volumi o delle quote.

205. La ricorrente sostiene che l'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE] non potrebbe trovare applicazione nei suoi confronti poiché, anche supponendo che si sia verificato un simile tentativo di alterazione, quest'ultimo non avrebbe sortito effetti sul mercato e poiché ATO non vi avrebbe partecipato e non si sarebbe assoggettata a controlli in materia di volumi né a sistemi di quote o di determinazione di prezzi.

206. La ricorrente sostiene che la Commissione si trova in presenza di una contraddizione che le è impossibile risolvere. Infatti, la Commissione riterrebbe di aver trovato nei documenti in suo possesso, in particolare negli scritti di uno dei partecipanti, la prova incontestabile dell'esistenza dell'accordo, per di più nella forma da essa illustrata, ma tale descrizione teorica non corrisponderebbe per nulla a quanto effettivamente rilevato in merito sia al comportamento della ricorrente, sia al funzionamento del mercato del polipropilene.

207. Per parte sua, la Commissione fa riferimento ai punti della decisione summenzionati dalla ricorrente per replicare alle affermazioni secondo cui, da un lato, non ci sarebbero stati effetti sul mercato e, dall'altro, tale assenza di effetti osterebbe all'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE].

C - Giudizio del Tribunale

208. Il Tribunale constata che l'argomento della ricorrente tende unicamente a dimostrare che la sua partecipazione alle riunioni periodiche di produttori di polipropilene non ricadeva nel divieto posto dall'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE], in quanto il suo comportamento concorrenziale sul mercato dimostrerebbe che tale partecipazione era priva sia di scopi sia di effetti anticoncorrenziali.

209. L'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE] vieta, in quanto incompatibili con il mercato comune, tutti gli accordi tra imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra Stati membri e che abbiano lo scopo o l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, in particolare quelli consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione e nel ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento.

210. Il Tribunale ricorda che dai giudizi da esso espressi sulla ricostruzione dei fatti compiuta dalla Commissione risulta che le riunioni periodiche alle quali la ricorrente ha partecipato assieme a dei concorrenti avevano lo scopo di restringere la concorrenza all'interno del mercato comune, segnatamente mediante la fissazione di obiettivi in materia di prezzi e di quantitativi di vendita e che, di conseguenza, la partecipazione della ricorrente a tali riunioni non era priva di scopo anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE].

211. Ne discende che la Commissione ha giustamente ritenuto che la ricorrente, partecipando alle riunioni periodiche di produttori di polipropilene tra il 1978 e il settembre 1983, si sia associata ai produttori di polipropilene tra i quali sono intervenuti concorsi di volontà riguardanti iniziative in materia di prezzi, provvedimenti destinati a facilitare l'attuazione di tali iniziative e degli obiettivi in materia di volumi di vendita per il 1979, il 1980 e la prima metà del 1983 nonché, per il 1981 e il 1982, provvedimenti di limitazione delle vendite mensili facendo riferimento a un periodo precedente, e che essa ha in tal modo violato l'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE], partecipando a un accordo e a una pratica concordata.

212. Da tutto quanto precede discende che il complesso delle censure della ricorrente riguardanti la ricostruzione dei fatti e l'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE], operate dalla Commissione nell'atto impugnato, deve essere respinto ».

17 dicembre 1991, Hercules Chemicals NV-SA c. Commissione, causa T-7/89, Racc. II-1711.

Il mercato del polipropilene dell'Europa occidentale, prima del 1977, veniva quasi esclusivamente rifornito da unità produttive impiantate in Europa, e precisamente da dieci imprese produttrici: la Montedison, la Hoechst AG, la Imperial Chemical Industries e la Shell International Chemical Company Ltd, che disponevano di una quota del 64% del mercato e l'Enichem Anic Spa in Italia, la Rhone-Poulenc SA in Francia, Alcludia in Spagna, la Chemische Werke Huls e BASF AG in Germania nonché la Chemie Linz AG in Austria.

Allo scadere dei brevetti di controllo, nel 1977, detenuti dalla Montedison, altri sette produttori entravano nello stesso settore petrolchimico, tra cui, in Belgio la Hercules Chemicals NV-SA.

L'avvento dei nuovi produttori comportava un incremento sostanziale della capacità produttiva, alla quale, per vari anni, non corrispondeva un adeguato aumento della domanda. Questo implicava un basso tasso di utilizzazione della capacità di produzione, che tuttavia sarebbe aumentato dal 60 al 90 % negli anni dal 1977 al 1983.

La sua posizione sul mercato dell'Europa occidentale era quella di un produttore di media grandezza, che disponeva di una quota di mercato pari al 5-6,8% circa. Tuttavia la Hercules Chemicals NV-SA era il produttore più importante sul mercato statunitense.

Venivano effettuati dai funzionari della Commissione gli accertamenti previsti dal reg. n. 17/62 presso undici imprese produttrici tra cui l'impresa in questione. Dopo una serie di audizioni intercorse tra il 1984 e il 1985, la Commissione, nel 1986, emetteva una decisione secondo la quale la maggior parte delle aziende petrolchimiche veniva multata per la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

La Hercules Chemicals NV-SA, con l'accusa di aver preso parte, tra il 1977 e il 1983, a riunioni segrete per stabilire dei prezzi-obiettivo in concertazione con gli altri produttori, veniva multata con un'ammenda pari a 2 750 000 ECU.

Il Tribunale ha osservato:

« 258. Per definire la nozione di pratica concordata occorre rifarsi alla giurisprudenza della Corte, da cui risulta che i criteri del coordinamento e della collaborazione, messi in evidenza dalla stessa giurisprudenza, vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato CEE in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato comune. Se è vero che non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei

concorrenti, la suddetta esigenza di autonomia vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto d'influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato (sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, già citata, punti 173 e 174 della motivazione).

259. Nella fattispecie la ricorrente ha partecipato a riunioni aventi ad oggetto la fissazione di obiettivi in materia di prezzi e di quantitativi di vendita, nel corso delle quali imprese concorrenti si scambiavano informazioni sui prezzi che auspicavano venissero praticati sul mercato, sui prezzi che si proponevano di praticare, sul loro limite minimo di redditività, sulle limitazioni dei quantitativi di vendita che ritenevano necessarie, sui dati relativi alle loro vendite o sull'identità dei loro clienti. In tal modo la ricorrente ha preso parte, con i suoi concorrenti, ad una concertazione avente lo scopo di influire sul rispettivo comportamento sul mercato e di manifestare il comportamento che ciascun produttore si proponeva di tenere esso stesso sul mercato.

260. Pertanto, la ricorrente non ha soltanto perseguito lo scopo di eliminare anticipatamente l'incertezza quanto al comportamento futuro dei suoi concorrenti, ma ha dovuto necessariamente tener conto, direttamente o indirettamente, delle informazioni ottenute nel corso delle dette riunioni per definire la condotta che essa intendeva seguire sul mercato. Del pari, i suoi concorrenti hanno dovuto necessariamente tener conto, direttamente o indirettamente, per definire la condotta che essi intendevano seguire sul mercato, delle informazioni loro rivelate dalla ricorrente circa il comportamento che aveva deciso, o prevedeva, di tenere essa stessa sul mercato.

261. Ne consegue che giustamente, considerandone lo scopo, la Commissione ha qualificato, in subordine, pratiche concordate ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE] le riunioni periodiche di produttori di polipropilene alle quali la ricorrente ha partecipato tra l'inizio del 1979 e l'agosto 1983, nonché la sua partecipazione alla fissazione di obiettivi in materia di volumi di vendite per il periodo 1979-1982.

262. Quanto al se la Commissione potesse ritenere sussistente un'infrazione unica, qualificata nell'art. 1 della decisione "accordo e pratica concordata", il Tribunale ricorda che le varie pratiche concordate rilevate e i vari accordi conclusi si inserivano, data l'identità dei loro scopi, in sistemi di riunioni periodiche e di fissazione di obiettivi in materia di prezzi e di quote.

263. Si deve sottolineare che tali sistemi facevano parte di una serie di iniziative delle imprese di cui trattasi miranti ad un unico scopo economico, quello di falsare il normale andamento dei prezzi sul mercato del polipropilene. Sarebbe quindi artificioso frazionare tale comportamento continuato, caratterizzato da un'unica finalità, ravvisandovi più infrazioni distinte. Infatti, la ricorrente ha partecipato per anni ad un insieme integrato di sistemi costituenti un'infrazione unica che si è gradualmente concretata sia attraverso accordi sia attraverso pratiche concordate illecite.

264. Va rilevato che la Commissione poteva, inoltre, qualificare tale infrazione unica come "accordo e pratica concordata", poiché era composta ad un tempo da elementi che andavano qualificati "accordi" e da elementi da qualificare "pratiche concordate". Infatti, trattandosi di un'infrazione complessa, la duplice qualifica attribuita dalla Commissione nell'art. 1 della decisione dev'essere intesa non come una qualifica che richieda simultaneamente e cumulativamente la prova che ciascuno di tali elementi di fatto possieda gli elementi costitutivi di un accordo e di una pratica concordata, ma nel senso che essa designa un tutto complesso di elementi di fatto, taluni dei quali sono stati qualificati accordi ed altri pratiche concordate ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE], il quale non prevede qualifiche specifiche per questo tipo di infrazione complessa ».

8 luglio 1999, Commissione c. Anic Partecipazioni Spa, causa C-49/92, Racc. I-4125.

Con atto depositato il 19 febbraio 1992 la Commissione delle Comunità europee presentava ricorso,

avverso la sentenza del Tribunale di primo grado 17 dicembre 1991, causa T-6/89, Enichem Anic/Commissione (Racc. pag. II-1623; in la « sentenza impugnata »), con la quale quest'ultimo aveva parzialmente annullato l'art. 1 della decisione della Commissione 23 aprile 1986, 86/398/CEE, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/31.149 - Polipropilene; GUCE L 230, pag. 1; in seguito la « decisione polipropilene »), fissando l'importo dell'ammenda inflitta alla convenuta nell'art. 3 di tale decisione a 450 000 ECU, pari a LIT 662 215 500.

Nel controricorso depositato il 28 maggio 1992 l'Anic Partecipazioni SpA (già Anic SpA, poi Enichem Anic SpA; in seguito l'« Anic »), dopo aver concluso per il rigetto dell'impugnazione, chiedeva, a norma dell'art. 116 del regolamento di procedura della Corte, l'annullamento totale o parziale della sentenza impugnata, l'annullamento totale o parziale della decisione polipropilene, o la dichiarazione della sua inesistenza, nonché un'ulteriore riduzione dell'ammenda ad essa inflitta dalla suddetta decisione, già ridotta dalla sentenza impugnata, ovvero il rinvio dinanzi al Tribunale a tale scopo.

I fatti all'origine della controversia:

In seguito ad accertamenti effettuati simultaneamente presso diverse imprese del settore, la Commissione indirizzava a numerosi produttori di polipropilene richieste di informazioni ai sensi dell'art. 11 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17.

Le informazioni raccolte inducevano la Commissione a concludere che tra il 1977 e il 1983 i produttori interessati, contravvenendo all'art. 85 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE), avevano, con una serie di iniziative in materia di prezzi, fissato regolarmente prezzi-obiettivo ed avevano elaborato un sistema di controllo annuale delle vendite allo scopo di ripartirsi il mercato disponibile sulla base di quantitativi o di percentuali concordati.

Per questo motivo la Commissione avviava il procedimento previsto dall'art. 3, n. 1, del regolamento n. 17 ed inviava una comunicazione scritta degli addebiti a numerose imprese, di cui l'Anic non faceva parte.

Sulla base delle informazioni fornite da tali imprese nelle risposte scritte alla comunicazione degli addebiti, la Commissione decideva di estendere il procedimento all'Anic e alla Rhône-Poulenc SA, inviando loro, a questo scopo, una comunicazione degli addebiti analoga a quelle inviate alle altre imprese.

A conclusione del procedimento la Commissione adottava la decisione polipropilene, in cui constatava che l'Anic aveva violato l'art. 85, n. 1, del Trattato (ora art. 101 TFUE) partecipando con altre imprese, ad un accordo e ad una pratica concordata, in base ai quali i produttori fornitori di polipropilene nel territorio del mercato comune:

- si tenevano in contatto reciproco e si incontravano periodicamente in una serie di riunioni segrete per discutere e definire le proprie politiche commerciali;
- stabilivano periodicamente prezzi « obiettivo » (o minimi) per la vendita del prodotto in ciascuno Stato membro della Comunità;
- concordavano vari provvedimenti intesi a facilitare l'attuazione di tali prezzi-obiettivo
- aumentavano simultaneamente i prezzi in applicazione di detti obiettivi;
- si ripartivano il mercato assegnando a ciascun produttore un obiettivo o una quota di vendite annue o, in mancanza di un accordo definitivo riguardante l'intero anno, chiedendo ai produttori di limitare le proprie vendite di ciascun mese prendendo come base un periodo precedente.

La Commissione ingiungeva, inoltre, alle varie imprese interessate di porre immediatamente fine alle infrazioni e di astenersi per il futuro da qualsiasi accordo o pratica concordata che potesse avere oggetto od effetto identico o analogo. Essa ingiungeva loro altresì di porre fine a qualunque sistema di scambio d'informazioni normalmente coperte dal segreto commerciale, nonché di fare in modo che ogni sistema di scambio di informazioni generali fosse gestito in modo tale da escludere ogni informazione che consentisse di individuare il comportamento dei singoli produttori.

All'Anic veniva inflitta un'ammenda di 750 000 ECU, pari a LIT 1 103 692 500.

La Corte ha osservato:

« 81. (...) L'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] vieta gli accordi tra imprese e le decisioni di associazioni di imprese, compresi i comportamenti che costituiscono attuazione di tali accordi o decisioni, nonché le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio intracomunitario ed abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale. Di conseguenza, una violazione di tale articolo può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato. Tale interpretazione non può essere contestata sulla base del fatto che uno o più elementi di questa serie di atti o di questo comportamento continuato potrebbero altresì costituire di per sé una violazione del suddetto art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE].

82. Nel caso di specie, al punto 204 della sentenza impugnata il Tribunale ha osservato che gli accordi e le pratiche concordate accertati si inserivano, data l'identità dei loro scopi, nell'ambito di sistemi di riunioni periodiche, di fissazione di obiettivi in materia di prezzi e di quote, sistemi che facevano parte a loro volta di una serie di iniziative delle imprese di cui trattasi miranti ad un unico scopo economico, quello di falsare l'andamento dei prezzi. Esso ha ritenuto che fosse artificioso frazionare tale comportamento continuato, caratterizzato da un'unica finalità, ravvisandovi più infrazioni distinte, mentre si trattava al contrario di un'infrazione unica che si è gradualmente concretata sia attraverso accordi sia attraverso pratiche concordate.

83. Di conseguenza, il Tribunale ha potuto giustamente ritenere che un'impresa che avesse partecipato ad un'infrazione del genere attraverso comportamenti propri, rientranti nelle nozioni di accordo o pratica concordata aventi oggetto anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] e diretti a contribuire alla realizzazione dell'infrazione nel suo complesso, fosse responsabile, per tutta la durata della sua partecipazione alla detta infrazione, anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell'ambito della medesima infrazione. Tale è infatti il caso ove si accerti che l'impresa di cui trattasi era a conoscenza dei comportamenti illeciti delle altre partecipanti o che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi (...).

86. Innanzitutto, in caso di controversia sulla sussistenza di un'infrazione alle regole di concorrenza, spetta alla Commissione fornire la prova delle infrazioni che essa constata e produrre gli elementi di prova idonei a dimostrare l'esistenza dei fatti che integrano l'infrazione (sentenza 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, Baustahlgewebe/Commissione, Racc. pag. I-8417, punto 58). In quest'ambito spetta in particolare alla Commissione produrre tutti gli elementi che portino a concludere nel senso della partecipazione di un'impresa a una simile infrazione e della sua responsabilità per i diversi elementi che comporta.

87. Ove si tratti, come nel caso di specie, di accordi e pratiche concordate a scopo anticoncorrenziale, la Commissione deve in particolare provare che l'impresa ha inteso contribuire con il proprio comportamento agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti e che era a conoscenza dei comportamenti materiali previsti o attuati da altre imprese nel perseguire i medesimi obiettivi, oppure che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi. (...)

90. (...) il fatto che un'impresa non abbia preso parte a tutti gli elementi costitutivi di un'intesa o che abbia svolto un ruolo secondario negli aspetti cui ha partecipato dev'essere tenuto in considerazione nel valutare la gravità dell'infrazione e, all'occorrenza, nel determinare l'ammenda.(...)

99. (...) discende da una giurisprudenza costante che, ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza (sentenza 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 458, in particolare pag. 520; v., altresì, in questo senso sentenze 11 gennaio 1990, causa C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici/Commissione, Racc. pag. I-45, e 17 luglio 1997, causa C-219/95, Ferriere Nord/Commissione, Racc. pag. I-4411, punti 14 e 15). (...)

111. Al punto 205 il Tribunale ha ritenuto che la Commissione potesse qualificare questa infrazione unica come « accordo e pratica concordata » poiché era composta ad un tempo da elementi che andavano qualificati « accordi » e da elementi da qualificare « pratiche concordate » ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Secondo il Tribunale, trattandosi di un'infrazione

complessa, la duplice qualifica attribuita dalla Commissione nell'art. 1 della decisione polipropilene andava intesa non come una qualifica che richiedeva simultaneamente e cumulativamente la prova che ciascuno di tali elementi di fatto possedesse gli elementi costitutivi di un accordo e di una pratica concordata, ma nel senso che essa designava un insieme complesso di elementi di fatto, taluni dei quali erano stati qualificati accordi ed altri pratiche concordate ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], il quale non prevede qualifiche specifiche per questo tipo di infrazione complessa.

112. In secondo luogo va rilevato che, se l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] distingue il concetto di « pratica concordata » da quello di « accordi fra imprese » o di « decisioni di associazioni di imprese », ciò è dovuto all'intenzione di comprendere fra i comportamenti vietati da questo articolo forme diverse di coordinamento e di collusione tra imprese (v. in particolare, in tal senso, sentenza ICI/Commissione, citata, punto 64).

113. Da ciò non consegue peraltro che comportamenti aventi lo stesso oggetto anticoncorrenziale, e ciascuno dei quali, preso isolatamente, rientra nella nozione di « accordo », di « pratica concordata » o di « decisione di associazione di imprese », non possano costituire manifestazioni diverse di una sola infrazione all'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

114. Pertanto, il Tribunale ha potuto giustamente ritenere che una serie di comportamenti di più imprese costituisca espressione di un'infrazione unica, riconducibile in parte al concetto di accordo e in parte a quello di pratica concordata.

115. In terzo luogo, va ricordato che la nozione di pratica concordata ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza (v. sentenze Suiker Unie e a./Commissione, citata, punto 26, e 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione, Racc. pag. I-1307, punto 63).

116. La Corte ha aggiunto che i criteri del coordinamento e della collaborazione dovevano essere intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intende seguire sul mercato comune (v. sentenze Suiker Unie e a./Commissione, citata, punto 173; 14 luglio 1981, causa 172/80, Züchner, Racc. pag. 2021, punto 13; Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione, citata, punto 63, e Deere/Commissione, citata, punto 86).

117. Secondo questa stessa giurisprudenza, se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura della merce e delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato (v., in tal senso, le citate sentenze Suiker Unie e a./Commissione, punto 174; Züchner, punto 14 e Deere/Commissione, punto 87).

118. Di conseguenza, come risulta dalla lettera stessa dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione fra le imprese, un comportamento sul mercato successivo alla concertazione stessa e un nesso causale fra questi due elementi».

26 ottobre 2000, Bayer AG c. Commissione, causa T-41/96, Racc. II-3383.

La Bayer AG, società madre di uno dei principali gruppi chimico-farmaceutici europei, presente

in tutti gli Stati membri della Comunità attraverso le sue consociate, produceva e vendeva, sotto il marchio «Adalat» o « Adalate » una vasta gamma di medicinali destinati alla cura delle malattie cardiovascolari. Nella maggior parte degli Stati comunitari il prezzo dei medicinali è fissato direttamente o indirettamente, dalle autorità sanitarie nazionali. Conseguentemente, l'«Adalat» era venduto a prezzi differenti e, in particolare, in Spagna e in Francia il prezzo era in media inferiore del 40% rispetto a quello praticato nel Regno Unito. Sfruttando tale situazione, a partire dal 1989, alcuni grossisti stabiliti in Spagna e in Francia avevano iniziato ad esportare i farmaci «Adalat» nel Regno Unito. Il gruppo Bayer mutava pertanto la propria politica di fornitura, iniziando a non onorare integralmente gli ordinativi fatti alle sue consociate spagnola e francese dai grossisti stabiliti in Francia e in Spagna. Questi ultimi denunciavano la situazione alla Commissione che avviava un'indagine e quindi adottava una decisione con cui constatava che il divieto di esportare i prodotti «Adalat» dalla Francia e dalla Spagna in altri Stati membri, convenuto nel quadro delle relazioni di affari continuative tra Bayer Francia e Bayer Spagna e i loro grossisti, costituiva una violazione, da parte della Bayer AG, dell'art. 85, par. 1, Trattato CE (ora art 101, par. 1 TFUE). La Bayer adiva, allora, il Tribunale di primo grado, chiedendo l'annullamento della decisione della Commissione. Nel considerare l'esistenza di un accordo, il Tribunale ha osservato:

«70. In determinate circostanze si è dichiarato che misure prese o imposte in modo apparentemente unilaterale dal produttore nell'ambito dei rapporti continuativi intercorrenti con i suoi distributori costituivano un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato (sentenze della Corte 12 luglio 1979, cause riunite 32/78, da 36/78 a 82/78, BMW Belgium e a./Commissione, Racc. pag. 2435, punti 28-30; AEG/Commissione, [25 ottobre 1983, causa 107/82, Racc. pag. 3151], punto 38; Ford e Ford Europe/ Commissione, [17 settembre 1985, cause riunite 25/84 e 26/84, Racc. pag. 2725], punto 21; 22 ottobre 1986, causa 75/84, Metro/Commissione, detta « Metro II », Racc. pag. 3021, punti 72 e 73; Sandoz, [11 gennaio 1990, causa C-277/87, Racc. pag. I-45], punti 7-12, e 24 ottobre 1995, causa C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Racc. pag. I-3439, punti 16 e 17).

71. Si desume da tale giurisprudenza che occorre distinguere le ipotesi in cui un'impresa ha adottato una misura effettivamente unilaterale e quindi senza la partecipazione espressa o tacita di un'altra impresa da quella in cui il carattere unilaterale è solo apparente. Se le prime non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], le seconde vanno considerate come sintomatiche di un accordo tra imprese e possono perciò rientrare nell'ambito di applicazione del detto articolo. È il caso, in particolare, delle pratiche e delle misure restrittive della concorrenza che, adottate in apparenza in modo unilaterale dal produttore nell'ambito delle sue relazioni contrattuali con i propri rivenditori, sono tuttavia accettate, almeno tacitamente, da questi ultimi.

42. Orbene, da questa giurisprudenza si desume che la Commissione non può ritenere che un comportamento apparentemente unilaterale del produttore, adottato nell'ambito delle relazioni contrattuali intrattenute con i suoi rivenditori, possa in realtà essere fonte di un accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], se non si dimostra che le altre parti hanno assentito, espressamente o tacitamente, al comportamento adottato dal produttore (v. in tal senso, le citate sentenze BMW Belgium e a./Commissione, punti 28-30; AEG/Commissione, punto 38; Ford e Ford Europe/Commissione, punto 21; Metro II, punti 72 e 73; Sandoz, punti 7-12, e Bayerische Motorenwerke, punti 16 e 17) ».

8 ottobre 2002, Métropole Télévision SA (M6), Antena 3 de Televisión SA, Gestevisión Telecinco SA e SIC-Sociedade Independente de Comunicação SA c. Commissione, cause riunite T-185/00, T-216/00, T-299/00 e T-300/00, Racc. 0000.

M6, Antena 3, Telecinco e SIC, le quattro ricorrenti, avevano presentato senza successo, candidatura

all'Unione europea di radiotelevisione (UER). L'Eurovisione costituiva l'ambito principale degli scambi di programmi tra i membri dell'UER.

A seguito di una denuncia presentata dalla società Screensport, la Commissione indagava sulla compatibilità con l'art. 81 CE (ora art. 101 TFUE) delle norme sull'acquisizione collettiva e sulla ripartizione di diritti televisivi relativi ad avvenimenti sportivi nel sistema dell'Eurovisione. La denuncia verteva, in particolare, sul rifiuto dell'UER e dei suoi membri di concedere delle sublicenze per talune manifestazioni sportive.

In seguito all'adozione da parte dell'UER di norme relative alla concessione di sublicenze per lo sfruttamento dei diritti dell'Eurovisione, la Commissione adottava la decisione 2000/400 CEE con la quale accordava alla UER un'esenzione in base all'art. 81, n. 3 del Trattato (ora art. 101 TFUE).

Impugnando tale decisione le ricorrenti chiedevano al Tribunale l'interpretazione dell'art. 81 n. 1 e n. 3 del Trattato (ora art. 101 TFUE), il Tribunale ha osservato:

« 85. (...) la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione nell'applicazione dell'art. 81, n. 3, lett. b), CE [ora art. 101 TFUE], nel sostenere che, anche ipotizzando l'esistenza di un mercato del prodotto limitato a talune grandi manifestazioni sportive internazionali, il regime delle sublicenze garantisce l'accesso di terzi, in concorrenza con i membri dell'UER, ai diritti dell'Eurovisione e consente, di conseguenza, di evitare che la concorrenza in tale mercato venga eliminata.

86. Poiché la concessione da parte della Commissione di una decisione individuale di esenzione presuppone che l'accordo, o la decisione di un'associazione d'impresе soddisfi cumulativamente le quattro condizioni enunciate dall'art. 81, n. 3, CE [ora art. 101 TFUE], e che è sufficiente che manchi una delle quattro condizioni perché l'esenzione debba essere negata (v., in particolare, sentenze della Corte 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 457, in particolare pagg. 527 e 528, e sentenza del Tribunale 15 luglio 1994, causa T-17/93, Matra Hachette/Commissione, Racc. pag. II-595, punto 104), si deve annullare la decisione impugnata senza che occorra pronunciarsi né sugli altri motivi dedotti, né sulle domande di produzione di documenti formulate dalle ricorrenti nelle cause T-216/00 e T-300/00 ».

6 gennaio 2004, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV c. Bayer Commissione c. Bayer, cause riunite C-2/01 P e C-3/01 P, Racc. I-23.

Per la parte in fatto si rinvia alla sentenza del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2000 (causa T-41/96, Bayer AG c. Commissione, Racc. pag. II-3383, riportata supra in tale sezione), che ha annullato la decisione della Commissione n. 96/478, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 (ora art. 101 TFUE) Trattato CE. In virtù di tale annullamento, il Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV («BAI»), interveniente nel giudizio di primo grado, e la Commissione hanno impugnato la sentenza in parola dinanzi alla Corte di giustizia, sostenendo, tra l'altro, che il Tribunale fosse incorso in un errore di diritto nell'applicazione del citato art. 85 ed in una interpretazione eccessivamente restrittiva della nozione di « accordo » cui esso si riferisce. Con riguardo a tale nozione e alla prova inerente la sua sussistenza, la Corte ha in particolare osservato:

« 62. [...], si deve osservare che, nella [...] sentenza Commissione/Anic Partecipazioni [8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Racc. pag. I-4125], la Corte, [...], non ha modificato il principio in virtù del quale, in caso di controversia sulla sussistenza di un'infrazione alle regole di concorrenza, spetta alla Commissione fornire la prova dell'infrazione constatata da quest'ultima e fornire gli elementi idonei a dare valida prova dell'esistenza dei fatti che integrano l'infrazione.

36. Infatti, nella causa in esito alla quale è stata pronunciata la menzionata sentenza Commissione/Anic Partecipazioni, risultava che un «accordo» ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], era stato concluso nel corso di una riunione tra più partecipanti. La Corte ha quindi rilevato che un'impresa che abbia assistito alla riunione de qua e` soggetta all'onere della

prova ove intenda successivamente far valere di non aver voluto partecipare all'elaborazione dell'accordo così accertato. Ne consegue che, in tale causa, l'inversione dell'onere della prova è stata operata successivamente all'accertamento dell'esistenza di un accordo raggiunto in esito ad una riunione tra tre imprese. Inoltre, la possibilità offerta all'impresa interessata, cui incombeva l'onere della prova, consisteva nel sottrarsi all'accordo raggiunto, e non nel negarne l'esistenza stessa. Pertanto, il BAI non può utilmente invocare la menzionata sentenza Commissione/Anic Partecipazioni a sostegno del suo secondo motivo, il quale non è fondato e deve quindi essere respinto. [...]

37. Sia il BAI che la Commissione censurano la valutazione giuridica eccessivamente restrittiva in base alla quale il Tribunale ha ritenuto che non sussistesse alcun accordo relativo a un divieto di esportazione, rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 85, n.1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. [...]

38. La Commissione ritiene che la sentenza impugnata si ponga in contrasto con i precedenti giurisprudenziali concernenti la nozione di «accordo» ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] e che, così facendo, ridefinisca i criteri richiesti per provare l'esistenza di un divieto di esportazione e di un accordo in materia. L'interpretazione restrittiva di tali nozioni, nonché i più severi requisiti con riguardo alla prova della conclusione di un accordo tra un produttore e un grossista, avente ad oggetto un divieto di esportazione, rimetterebbero in discussione la politica condotta dalla Commissione nella lotta alle restrizioni della concorrenza fondate su un sistema di ostacoli alle importazioni parallele. [...]

68. Secondo la Bayer [...], gli argomenti relativi alla sfera di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], sarebbero manifestamente infondati. Le decisioni e la giurisprudenza relative all'applicazione di tale disposizione ai divieti di esportazione verterebbero esclusivamente su casi in cui un fabbricante aveva previamente concluso con dei distributori un accordo, espresso o tacito, riguardante il divieto medesimo, nell'ambito del quale il fabbricante verificava, a posteriori, se il detto divieto di esportazione fosse stato rispettato e infliggeva sanzioni alle imprese che non avessero rispettato i termini di tale accordo. Tale ipotesi non ricorrerebbe nella fattispecie in esame e, pertanto, i precedenti non sarebbero ad essa applicabili.

69. In realtà, il reale obiettivo della Commissione consisterebbe nell'ampliare la sfera di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] e nel far sì che gli «ostacoli alle importazioni parallele», afferenti al principio della libera circolazione delle merci di cui all'art. 30 del Trattato CE [ora art. 34 TFUE], vengano di per sé elevati, in pratica, ad infrazioni all'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Applicando tale disposizione, la Commissione mirerebbe espressamente, nella specie, ad una armonizzazione dei prezzi dei medicinali, senza procedere ad una armonizzazione delle normative degli Stati membri, laddove proprio queste ultime sarebbero la causa delle differenze di prezzo. Infatti, sarebbero gli Stati membri, e non l'industria farmaceutica, i responsabili della fissazione di prezzi diversi negli Stati membri per lo stesso medicinale. Tali distorsioni della concorrenza potrebbero essere eliminate solo con l'applicazione dell'art. 30 del Trattato [ora art. 34 TFUE] e con l'armonizzazione delle disposizioni nazionali relative alla fissazione dei prezzi dei medicinali.

70. Il proposito di utilizzare l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] per penalizzare un'impresa che non si trovi in posizione dominante e decida di rifiutare le forniture ad alcuni grossisti per impedire loro di effettuare importazioni parallele traviserebbe manifestamente le necessarie condizioni di applicazione dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE] medesimo e l'economia del Trattato, alla luce della quale, mentre le misure — adottate da uno Stato membro — che impediscano le esportazioni parallele sarebbero vietate dall'art. 30 del Trattato [ora art. 34 TFUE], i provvedimenti unilaterali presi da imprese private sarebbero sottoposti a limitazioni, in base ai principi del Trattato medesimo, solo ove si tratti di un'impresa che occupi una posizione dominante nel mercato, ai sensi dell'art. 86 dello stesso Trattato [ora art. 102 TFUE], cioè che non ricorre nella specie.

71. E' in tale contesto che occorre esaminare i diversi motivi vertenti su una asserita interpretazione eccessivamente restrittiva, da parte del Tribunale, della nozione di « accordo » ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. [...]

73. Con tali motivi, i ricorrenti contestano al Tribunale di aver considerato l'istituzione di un sistema di controlli sulla destinazione finale dei lotti di Adalat e di sanzioni nei confronti dei grossisti esportatori quale condicio sine qua non per la sussistenza di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

74. Tuttavia, dalla sentenza impugnata non emerge affatto che il Tribunale abbia ritenuto che un «accordo» relativo a un divieto di esportazione possa sussistere solo se esiste un siffatto sistema di controlli e di sanzioni dei grossisti.

75. Il Tribunale, nell'esame dell'asserito intento della Bayer di imporre un divieto di esportazione, ha ritenuto, da un lato, che « la Commissione non [abbia] sufficientemente dimostrato ne' che la Bayer Francia e la Bayer Spagna abbiano imposto un divieto di esportazione ai loro rispettivi grossisti, ne' che la Bayer abbia introdotto un controllo sistematico della reale destinazione finale delle confezioni di Adalat consegnate dopo l'adozione della sua nuova politica di consegne, ne' che la ricorrente (...) abbia subordinato la consegna di tale prodotto all'osservanza di tale asserito divieto di esportazione » (punto 109 della sentenza impugnata).

76. D'altro lato, nell'esame complementare relativo all'asserito intento dei grossisti di aderire alla politica della Bayer, il Tribunale ha ricordato, riferendosi a quanto aveva gia' dichiarato, che « la Commissione non ha sufficientemente dimostrato ne' che la Bayer abbia introdotto una politica di controllo sistematico della reale destinazione finale delle confezioni di Adalat consegnate, ne' l'esercizio di una politica fatta di minacce e sanzioni nei confronti dei grossisti esportatori, ne' , di conseguenza, che la Bayer Francia e la Bayer Spagna abbiano imposto un divieto di esportazione ai loro rispettivi grossisti, ne' , infine, che la consegna di tale prodotto fosse subordinata all'osservanza di tale asserito divieto di esportazione » (punto 119 della sentenza impugnata).

77. Dalla sentenza impugnata emerge che il Tribunale, affermando l'assenza di un sistema di controlli a posteriori e di sanzioni istituito dalla Bayer, intendeva in primo luogo rispondere all'argomento di fatto dedotto dalla Commissione, secondo cui la Bayer avrebbe imposto ai grossisti un divieto di esportazione, che sarebbe stato attuato individuando i grossisti esportatori e praticando ripetuti tagli nei volumi dei medicinali forniti, qualora fosse risultato che esportavano in tutto o in parte tali prodotti.

78. In secondo luogo, il Tribunale, in ogni caso, non ha ritenuto che l'assenza di un sistema di controlli a posteriori e di sanzioni implicasse di per se' l'assenza di un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Al contrario, tale assenza e' stata ritenuta uno degli elementi pertinenti dell'analisi relativa all'asserito intento della Bayer di imporre un divieto di esportazione e, conseguentemente, all'esistenza di un accordo nella specie. A tal riguardo, benché l'esistenza di un accordo non risulti necessariamente dalla sussistenza di un sistema di controlli a posteriori e di sanzioni, l'instaurazione di tale sistema puo` costituire, nondimeno, un indizio dell'esistenza di un accordo.

79. [...] occorre ribadire che la verifica dell'esistenza di tale sistema non e' sempre necessaria per poter ritenere che sia stato concluso un accordo in contrasto con tale disposizione [...].

52. Con riguardo agli argomenti della Commissione, [...] secondo cui un sistema di controlli a posteriori sarebbe stato imposto dal meccanismo preventivo di approvvigionamento istituito dalla Bayer, si deve rilevare che tali argomenti tendono a sottolineare il carattere unilaterale dei comportamenti di quest'ultima con riguardo alle restrizioni alle importazioni parallele.

53. Il solo fatto che la politica unilaterale di contingentamento istituita dalla Bayer, abbinata alla necessita` , per i grossisti, di disporre a livello nazionale di un assortimento completo, produca un effetto equivalente ad un divieto di esportazione non significa ne' che il produttore avesse imposto tale divieto, ne' che esistesse un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora

art. 101 TFUE].

54. Il Tribunale pertanto, nel rilevare che la Commissione non aveva sufficientemente dimostrato l'esistenza di un sistema di controlli a posteriori e di sanzioni dei grossisti, non ha commesso un errore di diritto. Si deve pertanto respingere il motivo del BAI e della Commissione, vertente sul fatto che un tale sistema di controlli a posteriori e di sanzioni dei grossisti non costituisce la condicio sine qua non dell'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. [...]

67. Dalla sentenza impugnata non emerge che il Tribunale abbia ritenuto che un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1 del Trattato [ora art. 101 TFUE], possa sussistere solo se uno dei partner commerciali esiga dall'altra parte un comportamento determinato.

68. Per contro, al punto 69 della sentenza impugnata, il Tribunale ha preso le mosse dal principio secondo cui la nozione di accordo, di cui all'art. 85, n. 1 del Trattato, [ora art. 101 TFUE], «si struttura sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà», il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse». Al punto 67 della sentenza medesima, ha inoltre ricordato che, perché esista un accordo ai sensi della detta disposizione, è sufficiente che le imprese interessate abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo.

69. Tuttavia, poiché la questione che si pone nella specie si estrinseca nell'accertare se un provvedimento adottato ovvero imposto in modo apparentemente unilaterale da un produttore nell'ambito delle relazioni continuative dal medesimo intrattenute con i propri grossisti sia costitutivo di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, [ora art. 101 TFUE], il Tribunale ha esaminato gli argomenti della Commissione, come esposti al punto 155 della decisione controversa, secondo cui la Bayer avrebbe violato la detta disposizione avendo previsto « un divieto di esportazione (...) che si inserisce nel quadro dei loro rapporti commerciali continuativi [della Bayer Francia e della Bayer Spagna] con i loro clienti », divieto che i grossisti « hanno accettato implicitamente » (punto 74 della sentenza impugnata).

70. Quanto all'argomento secondo il quale il Tribunale avrebbe ritenuto, contra ius, che fosse necessario provare un divieto espresso di esportare da parte della Bayer, dall'analisi compiuta dal Tribunale con riguardo al sistema di controllo della distribuzione dei lotti di Adalat forniti [...], emerge che esso non ha affatto richiesto la prova di un divieto espresso.

71. Quanto agli argomenti dei ricorrenti secondo cui il Tribunale avrebbe dovuto ammettere che la manifestazione dell'intento della Bayer di limitare le importazioni parallele poteva essere alla base di un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], e fuor di dubbio che l'esistenza di un accordo ai sensi della detta disposizione può essere dedotta dal comportamento delle parti interessate.

72. Tuttavia, tale accordo non si può fondare su ciò che è soltanto mera espressione di una politica unilaterale di una delle parti contraenti, che può essere eseguita senza interventi altrui. Infatti, ritenere che un accordo vietato ai sensi dell'art. 85, n. 1 del Trattato [ora art. 101 TFUE], possa essere dimostrato sulla sola base dell'espressione di una politica unilaterale volta a impedire le importazioni parallele produrrebbe come effetto una confusione della sfera di applicazione di tale disposizione con quella dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE].

73. Perché un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1 del Trattato [ora art. 101 TFUE], possa ritenersi concluso in virtù di una accettazione tacita, è necessario che la manifestazione di volontà di una delle parti contraenti volta a un fine lesivo della concorrenza costituisca un invito all'altra parte, espresso o tacito, alla realizzazione comune di tale scopo, tanto più che tale accordo non è, nel caso in esame, prima facie nell'interesse dell'altra parte, vale a dire i grossisti.

74. Pertanto, correttamente il Tribunale ha esaminato se il comportamento della Bayer consentisse di concludere che quest'ultima aveva preteso dai grossisti, come condizione dei loro futuri rapporti contrattuali, che essi si adeguassero alla sua nuova politica commerciale.

75. Con riguardo alla causa da cui è scaturita la [...] sentenza Sandoz prodotti

farmaceutici/Commissione [11 gennaio 1990, causa C-277/87, Racc. pag. I-45], invocata dai ricorrenti, e' pacifico che il produttore aveva ricercato la cooperazione dei grossisti al fine di eliminare o di ridurre le importazioni parallele, perche' la loro cooperazione, alla luce delle circostanze della detta causa, era necessaria per conseguire tale obiettivo. In tale contesto, l'inserimento, da parte del produttore, della dicitura «esportazione vietata» sulle fatture equivaleva ad una domanda volta a ottenere un dato comportamento da parte dei grossisti. Tale ipotesi non ricorre nella specie.

76. I ricorrenti hanno inoltre invocato le [...] sentenze AEG/ Commissione [25 ottobre 1983, causa 107/82, Racc. pag. 3151] e Ford/ Commissione [17 settembre 1985, cause riunite 25/84 e 26/84, Racc. pag. 2725], sostenendo che in tali sentenze la Corte, nel contesto di provvedimenti apparentemente unilaterali adottati dal produttore nei confronti dei suoi distributori, avrebbe affermato l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], senza essersi peraltro interrogata sulla sussistenza di un'esigenza da parte di tale produttore.

77. Tuttavia, nelle cause definite con le dette sentenze, non sussisteva la necessita' di dimostrare la conclusione di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Per contro, si poneva la questione se i provvedimenti adottati dai produttori si inserissero nel contesto degli accordi di distribuzione selettiva conclusi precedentemente tra i produttori e i distributori e, conseguentemente, se tali provvedimenti dovessero essere presi in considerazione al fine di valutare la compatibilita' dei detti accordi con le regole di concorrenza.

78. Nella causa sfociata nella menzionata sentenza AEG/Commissione il produttore, ai fini dell'applicazione di un accordo di distribuzione selettiva precedentemente ritenuto compatibile con l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], aveva cominciato a rifiutare l'ammissione al sistema di distribuzione a distributori che pure rispondevano ai requisiti qualitativi di tale accordo, al fine di difendere un livello di prezzi elevato o di escludere talune forme moderne di distribuzione. Si trattava pertanto di stabilire se la Commissione potesse basarsi sul comportamento adottato dal produttore in sede di esecuzione di un accordo di distribuzione selettiva per determinare se quest'ultimo, nella sua applicazione concreta, violasse l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

79. Nella causa da cui e' scaturita la menzionata sentenza Ford/ Commissione, e' stato precisato, al punto 12 della sentenza, che «le ricorrenti e la Commissione concordano nel ritenere che il problema principale sollevato dalla presente causa e' se la Commissione potesse negare al contratto di concessione della Ford AG l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato [ora art. 101 TFUE] poiche' detta impresa aveva cessato di fornire i modelli GD [con guida a destra] ai propri distributori tedeschi ».

80. Conseguentemente, essendo stata gia' accertata l'esistenza di un accordo idoneo a violare l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], nelle dette cause la Corte poteva limitarsi ad esaminare la questione se provvedimenti successivamente adottati da parte del produttore si inserissero nel contesto dell'accordo in questione e se essi dovessero, di conseguenza, essere presi in considerazione nell'esame della sua compatibilita' con la detta disposizione. Tale questione non corrisponde, pertanto, a quella in esame nella specie, consistente nell'accertare l'esistenza stessa di un accordo lesivo della concorrenza. Pertanto, i ricorrenti non possono invocare le menzionate sentenze AEG/ Commissione e Ford/Commissione a sostegno della loro tesi, secondo cui sussisterebbe un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

81. [...] il solo fatto che esista un ostacolo alle importazioni parallele non e' sufficiente a dimostrare l'esistenza di un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

82. Alla luce delle suesposte considerazioni, il motivo relativo alla necessita' che il produttore pretenda un determinato comportamento da parte dei grossisti deve essere respinto. [...]

73. Quanto all'eccezione di irricevibilita' sollevata dalla Bayer [...], occorre osservare che il motivo attinente al difetto di concordanza delle volonta' non vale affatto a mettere in discussione gli accertamenti di fatto compiuti dal Tribunale. Per contro, tale motivo e' volto a contestare la rilevanza giuridica attribuita dal Tribunale alla volonta' reale dei grossisti, malgrado

la loro asserita volontà dichiarata. Pertanto, l'eccezione di irricevibilità non è fondata.

74. Nel merito, occorre ricordare che il Tribunale ha preso le mosse dal principio generale secondo il quale, «perché esista un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], è sufficiente che le imprese interessate abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo» (punto 67 della sentenza impugnata). Dopo aver concluso, nel contesto dell'esame dell'asserito intento della Bayer di imporre un divieto di esportazione, che quest'ultima non aveva imposto tale divieto, il Tribunale ha effettuato un'analisi del comportamento dei grossisti al fine di determinare se sussistesse, nondimeno, un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

75. In tale contesto il Tribunale, da un lato, ha respinto la tesi secondo cui sarebbe stata dimostrata l'esistenza di un accordo per effetto di una accettazione tacita da parte dei grossisti dell'asserito divieto di esportazione poiché, come già rilevato dal Tribunale stesso, la Commissione non aveva sufficientemente dimostrato che la Bayer avesse introdotto tale divieto, né che la fornitura dei medicinali fosse subordinata all'osservanza di tale asserito divieto di esportazione (v. punti 119 e 122 della sentenza impugnata).

76. D'altro lato, cioè premesso, il Tribunale ha esaminato se, «considerato il reale comportamento dei grossisti successivo all'adozione, da parte della ricorrente, della sua nuova politica di restrizione delle forniture, la Commissione potesse concludere che essi vi avessero assentito» (punto 124 della sentenza impugnata).

77. Il Tribunale ha in tal modo cercato di determinare se, in assenza di un divieto di esportazione, i grossisti condividessero, tuttavia, la volontà della Bayer di impedire le importazioni parallele. Nel contesto di tale analisi, il Tribunale non ha compiuto alcun errore di diritto nel riferirsi alla «volontà reale» dei grossisti di continuare a effettuare ordinativi di medicinali per l'esportazione e per la domanda del mercato nazionale.

78. In ogni caso, come sottolineato dall'avvocato generale al paragrafo 108 delle proprie conclusioni, il motivo attinente alla mancata concordanza delle volontà presuppone l'esistenza di una volontà dichiarata da parte dei grossisti di allinearsi alla volontà della Bayer di impedire le importazioni parallele. Tuttavia, [...] il Tribunale ha rilevato che dai documenti forniti dalla Commissione non risultava che i grossisti avessero voluto dare alla Bayer l'impressione di voler ridurre i loro ordinativi a un livello determinato per venire incontro alla sua espressa volontà.

79. La strategia dei grossisti era volta, al contrario, a far credere alla Bayer, mediante una ripartizione degli ordinativi destinati all'esportazione tra le diverse agenzie, che il fabbisogno del mercato nazionale fosse aumentato. Lungi dal comprovare l'esistenza di un intento comune, tale strategia costituiva solo un tentativo dei grossisti di volgere a loro vantaggio l'applicazione della politica unilaterale della Bayer, la cui attuazione non dipendeva dalla loro cooperazione.

80. Alla luce delle susposte considerazioni, il motivo con il quale si deduce che erroneamente il Tribunale avrebbe accertato l'assenza di un intento comune della Bayer e dei grossisti con riguardo alla politica della prima, volta a ridurre le importazioni parallele, deve essere respinto in quanto non fondato. [...]

81. [...] i ricorrenti cercano di contestare la valutazione del Tribunale, secondo la quale la Commissione non avrebbe potuto «avvalersi efficacemente dei precedenti giurisprudenziali richiamati per mettere in causa l'analisi (...) in base alla quale il Tribunale ha concluso che, nel caso in esame, non è dimostrato l'assenso dei grossisti alla nuova politica della Bayer» (punto 159 della sentenza impugnata).

82. A tal riguardo, occorre ricordare che la presente causa solleva la questione dell'esistenza di un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Il semplice fatto della coesistenza di un accordo, in sé neutro, e di una misura restrittiva della concorrenza imposta in maniera unilaterale non equivale ad un accordo vietato dalla detta disposizione. Pertanto, il semplice fatto che una misura adottata da un produttore, avente come effetto di limitare la concorrenza, si inserisca nel contesto delle relazioni commerciali continuative tra quest'ultimo e i

suoi grossisti non può essere sufficiente per affermare l'esistenza di tale accordo.

83. La causa da cui è scaturita la menzionata sentenza Sandoz prodotti farmaceutici/Commissione riguardava un divieto di esportazione imposto da un produttore nel contesto di rapporti commerciali continuativi con i grossisti. La Corte ha ritenuto che sussistesse un accordo vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Tuttavia, come sottolineato dal Tribunale nei punti 161-162 della sentenza impugnata, tale conclusione si fondava sull'esistenza di un divieto di esportazione imposto dal produttore, che era stato tacitamente accettato dai grossisti. A tal riguardo, al punto 11 della detta sentenza Sandoz prodotti farmaceutici/Commissione, la Corte ha affermato che «gli ordinativi ripetuti e seguiti dai pagamenti senza che il cliente contestasse il prezzo indicato sulle fatture recanti la dicitura « esportazione vietata », costituivano una manifestazione tacita di assenso alle clausole contenute nella fattura ed al tipo di rapporti commerciali sottostanti alle relazioni d'affari fra la Sandoz PF e la clientela ». In tale causa, l'esistenza di un accordo vietato non si fondava, pertanto, sulla semplice circostanza che i grossisti avessero continuato a rifornirsi presso un produttore che aveva manifestato il proprio intento di impedire le esportazioni, ma sul fatto che un divieto di esportazione era stato imposto da quest'ultimo, ed era stato tacitamente accettato dai grossisti. Pertanto, i ricorrenti non possono invocare utilmente la menzionata sentenza Sandoz prodotti farmaceutici/Commissione a sostegno del loro motivo attinente all'errore di diritto in cui sarebbe incorso il Tribunale postulando l'acquiescenza dei grossisti alle misure imposte dal produttore.

84. Con riguardo alle cause da cui sono scaturite le menzionate sentenze AEG/Commissione, Ford/Commissione e Bayerische Motorenwerke/ALD [24 ottobre 1995, causa C-70/93, Racc. pag. I-3439], i ricorrenti non possono, tantomeno, invocare la loro applicabilità al caso in esame sostenendo che le relazioni commerciali nel settore del commercio all'ingrosso dei prodotti farmaceutici sarebbero paragonabili a un sistema di distribuzione selettiva come quello oggetto di tali cause. Come esposto *supra*, al punto 141, la questione pertinente è, infatti, quella dell'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

85. Orbene, come già rilevato *supra*, al punto 106, nelle menzionate sentenze AEG/Commissione e Ford/Commissione non sussisteva la necessità di dimostrare l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Infatti, essendo già stata accertata l'esistenza di un accordo idoneo a violare tale disposizione, si poneva la questione se i provvedimenti adottati dal produttore si inserissero nel contesto di tale accordo e, conseguentemente, se dovessero essere presi in considerazione nella valutazione della compatibilità del detto accordo con la disposizione medesima. A tal riguardo, il Tribunale ha correttamente rilevato che, nelle dette sentenze, la Corte aveva osservato che in caso di ammissione al sistema di distribuzione di un rivenditore l'autorizzazione di questi si fondava sull'accettazione della politica perseguita dal produttore (v. punto 170 della sentenza impugnata).

86. Tale analisi deve venire accostata alla menzionata sentenza Bayerische Motorenwerke/ALD, nella quale si trattava di decidere « se l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], del Trattato CEE debba essere interpretato nel senso che vieta ad un produttore di autoveicoli che vende i suoi veicoli attraverso un sistema di distribuzione selettiva di pattuire con i suoi concessionari che non verranno fornite vetture alle società di leasing indipendenti quando queste, pur non prevedendo alcuna opzione di acquisto, le mettano a disposizione di utilizzatori che hanno il domicilio o la sede sociale al di fuori del territorio contrattuale del concessionario interessato, o di incitare tali concessionari a tenere un comportamento analogo » (punto 14).

87. Ne discende che il Tribunale, escludendo l'applicabilità della giurisprudenza richiamata dal BAI e dalla Commissione alla specie, non è incorso in alcun errore di diritto. Pertanto, i motivi attinenti all'erronea applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], devono essere respinti».

26 gennaio 2005, Piau c. Commissione, causa T-193/02, Racc. II-209.

Il 20 maggio 1994 la Fe'de'ration internationale de football association (« FIFA ») adottava un regolamento volto a disciplinare l'attivita` degli agenti di giocatori. A seguito di alcune denunce, di cui una presentata dal signor Piau, la Commissione apriva un procedimento di indagine e notificava alla FIFA una comunicazione degli addebiti in data 19 ottobre 1999, definendo il regolamento una decisione di associazione di imprese ai sensi dell'art. 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) e mettendo in discussione la compatibilita` con tale disposizione delle restrizioni contenute nel detto regolamento, vale a dire il carattere obbligatorio della licenza, l'esclusione della sua attribuzione a persone giuridiche, il divieto a carico delle societa` e dei giocatori di ricorrere ad agenti non autorizzati, la richiesta di una garanzia bancaria e la previsione di sanzioni. Al termine del procedimento amministrativo, il 10 dicembre 2000 la FIFA adottava un nuovo regolamento per l'attivita` degli agenti di giocatori. Il signor Piau, tuttavia, informava la Commissione di voler tener ferma la denuncia, sostenendo che nel regolamento modificato permanevano le infrazioni all'art. 81, par. 1, CE (ora art. 101 TFUE) relativamente all'esame e all'assicurazione professionale e che ne erano state introdotte di nuove sotto forma di regole deontologiche, di modello standard di contratto e di [modalita` di] calcolo della remunerazione e che, inoltre, la Commissione non aveva esaminato la regolamentazione controversa alla luce del dettato dell'art. 82 Trattato CE (ora art. 102 TFUE). Con decisione 15 aprile 2002, la Commissione rigettava la denuncia del signor Piau che adiva il Tribunale di primo grado chiedendo l'annullamento della decisione. Riguardo alla natura del regolamento FIFA in questione, il Tribunale ha osservato:

«68. La Commissione, pur non avendo qualificato rispetto al diritto comunitario ne' la natura del regolamento che disciplina l'attivita` degli agenti di giocatori, ne' la FIFA in quanto autrice del medesimo, ha, nella decisione impugnata, esaminato la denuncia del sig. Piau sotto il profilo delle norme comunitarie in materia di concorrenza, in particolare dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE]. Orbene, tale disposizione e i poteri conferiti alla Commissione per assicurarne l'osservanza riguardano decisioni, accordi o pratiche di imprese o di associazioni di imprese, fermo restando che il diritto comunitario trova applicazione solo nella misura in cui agli atti ovvero ai comportamenti controversi e ai loro autori si applichi tale disposizione. Nel presente giudizio la Commissione ha indicato che, a suo parere, la FIFA costituiva un'associazione di imprese e il regolamento controverso una decisione di associazione di imprese, confermando cosi` l'analisi che aveva svolto nella comunicazione degli addebiti, condivisa dal sig. Piau ma contestata dalla FIFA.

42. Quanto, in primo luogo, alla nozione di associazione di imprese, e senza necessita` di pronunciarsi sulla ricevibilita` dell'argomentazione di un'interveniente che avversi la parte sostenuta, e` pacifico che la FIFA ha come membri associazioni nazionali costituite da societa` che esercitano economicamente il gioco del calcio. Ne consegue che tali societa` sono imprese nel senso dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] e che le federazioni nazionali che le raggruppano sono associazioni di imprese nel senso della medesima disposizione.

43. Il fatto che le federazioni nazionali raggruppino, oltre a societa` di professionisti, anche societa` di dilettanti non infirma tale conclusione. Al riguardo, occorre rilevare che la circostanza che un'associazione o una federazione sportiva qualifichi unilateralmente come « dilettanti » atleti o societa` non e` di per se` tale da escludere che questi ultimi esercitino attivita` economiche ai sensi dell'art. 2 CE (v., in tal senso, sentenza della Corte 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, Delie` ge, Racc. pag. I-2549, punto 46)

44. Inoltre, le federazioni nazionali, che ai termini dello statuto della FIFA sono tenute a partecipare alle competizioni da questa organizzate, devono corrisponderle una percentuale degli incassi lordi di ciascun incontro internazionale e sono riconosciute, sempre dal detto statuto, proprietarie insieme alla FIFA dei diritti esclusivi di diffusione e di trasmissione delle manifestazioni sportive di cui trattasi, esercitano anche a questo titolo un'attivita` economica (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 9 novembre 1994, causa T-46/92, Scottish

Football/Commissione, Racc. pag. II-1039). Anch'esse costituiscono, dunque, imprese nel senso dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE].

45. Siccome le federazioni nazionali sono associazioni di imprese nonche', date le attivita' economiche che esse esercitano, imprese, la FIFA, in quanto associazione che raggruppa le federazioni nazionali, e' a propria volta un'associazione di imprese nel senso dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE]. Infatti tale disposizione si applica alle associazioni solo nell'ipotesi in cui la loro attivita' o quella delle imprese associate produca gli effetti che essa vieta (v. sentenza della Corte 15 maggio 1975, causa 71/74, Frubo/Commissione, Racc. pag. 563, punto 30). L'ambito giuridico entro il quale sono adottate decisioni di imprese come pure la definizione giuridica di tale ambito data dai vari ordinamenti giuridici nazionali sono irrilevanti ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza (v. sentenza della Corte 30 gennaio 1985, causa 123/83, BNIC, Racc. pag. 391, punto 17).

46. Quanto, in secondo luogo, alla nozione di decisione di associazione di imprese, dal fascicolo risulta che l'attivita' degli agenti di giocatori consiste, ai termini dello stesso regolamento modificato, nel presentare « dietro compenso e sulla base di regole fisse (...) un calciatore ad una Societa' in vista di un impiego oppure (...) due societa' l'una all'altra in vista di concludere un contratto di trasferimento ». Trattasi, quindi, di un'attivita' economica di prestazione di servizi e non di un'attivita' peculiare al mondo dello sport nel senso definito dalla giurisprudenza (v. sentenze della Corte 14 luglio 1976, causa 13/76, Dona', Racc. pag. 1333, punti 14 e 15; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, Racc. pag. I-4921, punto 127; Delie' ge, cit., punti 64 e 69, e 13 aprile 2000, causa C-176/96, Lehtonen e Castors Braine, Racc. pag. I-2681, punti 53-60).

47. Da un lato, il regolamento per l'attivita' degli agenti di giocatori e' stato adottato dalla FIFA motu proprio e non in virtu' di poteri normativi che le sarebbero stati delegati dalle autorita' pubbliche per esercitare un compito riconosciuto di interesse generale riguardante l'attivita' sportiva (v., per analogia, sentenza della Corte 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punti 68 e 69). Tale regolamento non si giustifica neppure con la liberta' di organizzazione interna delle associazioni sportive (v. sentenze Bosman, cit., punto 81, e Delie' ge, cit., punto 47).

48. D'altro lato, vincolante per le federazioni nazionali membri della FIFA, che sono tenute a stabilire una regolamentazione analoga soggetta ad approvazione della FIFA, nonche' per le societa', per i giocatori e per gli agenti di giocatori, il detto regolamento esprime la volonta' della FIFA di coordinare il comportamento dei suoi membri verso l'attivita' degli agenti di giocatori. Esso costituisce, di conseguenza, una decisione di associazione di imprese nel senso dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] (v. sentenze della Corte 27 gennaio 1987, causa 45/85, Verband der Sachversicherer/Commissione, Racc. pag. 405, punti 29-32, e Wouters e a., cit., punto 71), la quale deve rispettare le norme comunitarie in materia di concorrenza poiche' essa produce effetti nella Comunita'.

49. Per quanto concerne la legittimazione, contestata dal ricorrente, della FIFA ad adottare una tale regolamentazione, che non ha un oggetto sportivo bensì disciplina un'attivita' economica periferica all'attivita' sportiva in questione e tocca liberta' fondamentali, c'e' effettivamente da interrogarsi sulla compatibilita' del potere normativo che si autoattribuisce un'organizzazione privata come la FIFA, il cui scopo statutario preminente e' la promozione del calcio [...], con i principi comuni agli Stati membri sui quali si fonda l'Unione europea.

50. Invero, il principio medesimo della regolamentazione di un'attivita' economica non concernente ne' le peculiarita' del mondo dello sport, ne' la liberta' di organizzazione interna delle associazioni sportive, da parte di un organismo di diritto che non ha ricevuto nessuna delega in tal senso dall'autorita' pubblica, come appunto e' la FIFA, non puo' essere prima facie ritenuto compatibile con il diritto comunitario, visto che e' questione segnatamente di rispettare liberta' civili ed economiche.

51. Una regolamentazione siffatta, che disciplina un'attivita' economica toccando liberta'

fondamentali, compete in linea di principio alle autorità pubbliche. Nondimeno, nell'ambito del presente giudizio, la competenza normativa esercitata, nella quasi totale assenza di regolamentazioni nazionali, dalla FIFA può essere verificata solo nei limiti in cui collide con le regole di concorrenza, rispetto alle quali si deve valutare la legittimità della decisione impugnata, senza che possano essere sindacate in questa sede le considerazioni sul fondamento giuridico della FIFA ad esercitare un'attività regolamentare, per quanto importanti.

52. Il presente giudizio verte, infatti, sulla legittimità di una decisione adottata dalla Commissione al termine di un procedimento aperto per una denuncia depositata in conformità del regolamento n. 17, per la cui trattazione la Commissione non poteva mettere in atto altri poteri che quelli di cui dispone in tale ambito. Il sindacato giurisdizionale è necessariamente circoscritto alle norme in materia di concorrenza e alla valutazione effettuata dalla Commissione sulle violazioni che il regolamento della FIFA vi avrebbe arrecato. Tale sindacato non può perciò estendersi ad altre disposizioni del Trattato se non quando la loro eventuale violazione riveli contestualmente una violazione del diritto della concorrenza, e non può neppure spingersi a verificare eventuali violazioni di principi fondamentali se non qualora queste integrino un'infrazione al diritto della concorrenza».

13 luglio 2006, Commissione c. Volkswagen, causa C-74/04 P, Racc. I-6585.

La Commissione ha impugnato, per ottenerne l'annullamento, la sentenza del Tribunale di primo grado del 3 dicembre 2003 (causa T-208/01, Volkswagen c. Commissione, Racc. pag. II-5141), con cui si annullava la decisione della Commissione n. 2001/711 che attestava la commessa violazione, da parte della Volkswagen AG (società capogruppo del gruppo Volkswagen, operante nel settore della produzione di automobili), dell'art. 81, par. 1, Trattato CE (ora art. 101 TFUE), per aver fissato i prezzi di rivendita del modello « Volkswagen Passat » ordinando ai suoi concessionari tedeschi di non concedere sconti ai clienti, o di concedere solo sconti limitati, sulle vendite di tale modello. Sulla base delle contestazioni della Commissione, con riguardo alla nozione di «accordo tra imprese » e all'onere della prova relativo alla sua sussistenza, la Corte di giustizia ha in particolare osservato:

«34. La Commissione sostiene, in sostanza, che il Tribunale non poteva ignorare, senza incorrere in un errore di diritto, che, sottoscrivendo un contratto di concessione, il concessionario acconsente ex ante a qualsivoglia misura adottata dal costruttore di automobili nell'ambito di tale relazione contrattuale.

72. A sostegno della propria tesi, la Commissione ha ricordato la costante giurisprudenza secondo la quale un invito rivolto da un costruttore di automobili ai propri distributori con cui intrattiene rapporti contrattuali costituisce non un atto unilaterale, ma un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], allorché si inserisce in un complesso di rapporti commerciali continuativi disciplinati da un accordo generale predeterminato.

73. Orbene, la giurisprudenza alla quale la Commissione fa riferimento non implica che qualsivoglia invito rivolto da un costruttore di automobili a concessionari costituisca un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] e non dispensa la Commissione dalla dimostrazione dell'esistenza, caso per caso, di un concorso di volontà delle parti del contratto di concessione.

74. Si deve rilevare che il Tribunale ha giustamente dichiarato, ai punti 30-34 della sentenza impugnata, che per poter costituire un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] è sufficiente che un atto o un comportamento apparentemente unilaterale sia espressione della comune volontà di almeno due parti, non essendo di per sé determinante il modo con cui tale comune volontà si manifesta.

75. Come precisato dalla Volkswagen [...], diversamente ragionando si invertirebbe l'onere della prova quanto all'esistenza di una violazione delle regole di concorrenza e si violerebbe il principio

della presunzione di innocenza.

76. La volontà delle parti può risultare tanto dalle clausole del contratto di concessione in questione, quanto dalla condotta delle parti e, in particolare, dall'eventuale esistenza di un assenso tacito dei concessionari all'invito del costruttore (v., in tal senso, sentenza 18 settembre 2003, Volkswagen/ Commissione, [causa C 338/00 P, Racc. pag. I 9189], punti 61-68).

77. Nel caso di specie, riguardo alla prima ipotesi, la Commissione ha dedotto l'esistenza di una volontà comune tra le parti dalle sole clausole del contratto di concessione in questione. Conseguentemente, il Tribunale doveva, come del resto ha fatto, procedere ad esaminare se gli inviti controversi siano esplicitamente previsti dal contratto di concessione o, quantomeno, se le clausole del medesimo autorizzino il produttore di automobili a fare uso di tali inviti.

78. A tale riguardo, occorre ricordare che al punto 20 della sentenza Ford/Commissione, [17 settembre 1985, cause riunite 25/84 e 26/84, Racc. pag. 2725,], la Corte ha respinto l'argomento relativo alla pretesa natura unilaterale di talune misure di distribuzione selettiva di autoveicoli, rilevando che gli accordi di concessione devono necessariamente rimettere determinati aspetti a decisioni successive da parte del produttore e che, nel contratto di concessione in questione, proprio decisioni di questo genere erano contemplate nell'allegato 1.

79. Allo stesso modo, al punto 64 della sentenza 18 settembre 2003, Volkswagen/Commissione, cit. supra, la Corte ha dichiarato che il Tribunale aveva giustamente ritenuto che le misure adottate dalla Volkswagen al fine di limitare le forniture di autoveicoli ai concessionari italiani, attuate con lo scopo manifesto di ostacolare le riesportazioni dall'Italia, si inserissero nei rapporti commerciali continuativi delle parti del contratto di concessione, fondandosi, segnatamente, sul fatto che il contratto di concessione in questione prevedeva la possibilità di limitare dette forniture.

80. In tale contesto occorre rilevare che dalla giurisprudenza della Corte non risulta che, nell'ambito di questo esame, la conformità o meno delle clausole del contratto di concessione con le regole di concorrenza sia necessariamente determinante. Ne consegue che il Tribunale, laddove afferma, ai punti 45 e 46 della sentenza impugnata, che clausole conformi alle regole di concorrenza non possono essere considerate quali autorizzazioni di inviti contrari a tali regole, e' incorso in un errore di diritto.

81. Infatti, non si può escludere, prima facie, che un invito, che sia contrario alle regole di concorrenza, possa essere considerato autorizzato da clausole apparentemente neutre di un contratto di concessione.

82. Di conseguenza, il Tribunale non poteva astenersi, senza incorrere in un errore di diritto, dall'esaminare caso per caso le clausole del contratto di concessione tenendo conto, all'occorrenza, di ogni altro fattore rilevante, quali gli scopi perseguiti da tale contratto alla luce del contesto economico e giuridico nel quale esso e' stato concluso.

83. Quanto alla seconda ipotesi, ossia in caso di assenza di disposizioni contrattuali pertinenti, l'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] presuppone l'assenso esplicito o tacito da parte dei concessionari alla misura adottata dal produttore di automobili (v. in tal senso, in particolare, sentenza BMW Belgio e a./Commissione, [12 luglio 1979, cause riunite 32/78, 36/78 82/78, Racc. pag. 2435], punti 28 30).

84. Nella specie, non avendo la Commissione dedotto l'esistenza di un assenso espresso o tacito da parte dei concessionari, tale seconda ipotesi non rileva nell'ambito della presente controversia.

85. Dalle suesposte considerazioni deriva che, per determinare se gli inviti controversi si siano inseriti nel complesso dei rapporti commerciali tra la Volkswagen ed i suoi concessionari, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare se essi erano previsti o autorizzati dalle clausole del contratto di concessione, tenendo conto degli obiettivi perseguiti da questo contratto in quanto tale, in considerazione del contesto economico e giuridico nel quale esso e' stato concluso. [...]

42. Per quanto riguarda le clausole del contratto di concessione, al punto 2 della sentenza impugnata, il Tribunale ha accertato nell'ambito della propria competenza esclusiva che, ai sensi

dell'art. 2, n. 1 o n. 6 del contratto medesimo, il concessionario s'impegna, in particolare, a difendere gli interessi dell'organizzazione distributiva Volkswagen e del marchio Volkswagen, nonché a rispettare tutte le esigenze volte al raggiungimento dello scopo contrattuale per quanto riguarda la distribuzione di automobili nuove e la promozione delle vendite.

43. Dal punto 2 della sentenza impugnata emerge parimenti che, ai sensi dell'art. 8, n. 1, del contratto di concessione, la Volkswagen dà indicazioni non vincolanti per quanto riguarda i prezzi per i consumatori finali e gli sconti.

44. Ai punti 62-68 della sentenza impugnata il Tribunale, nell'ambito dell'esame in concreto del contratto di concessione, ha rilevato che non si poteva ritenere che i detti articoli avessero autorizzato la Volkswagen a rivolgere indicazioni vincolanti ai concessionari riguardo al prezzo degli autoveicoli nuovi e che gli inviti controversi non costituivano un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE].

45. Correttamente il Tribunale si è fondato sulla formulazione delle clausole del contratto di concessione per valutarne il contenuto. La Corte non è tuttavia, competente, in via di principio, a controllare, nel quadro di un'impugnazione, le valutazioni operate dal Tribunale secondo cui tali clausole sarebbero state redatte in termini neutri o addirittura tendenti a vietare alla Volkswagen di impartire indicazioni vincolanti in tema di prezzi. Occorre tuttavia rilevare che il ragionamento del Tribunale, nella parte in cui si afferma che clausole conformi alle regole della concorrenza non possono essere considerate quali autorizzazioni di inviti contrari alle regole medesime, risulta inficiato da un errore di diritto.

46. Tuttavia, tale errore resta irrilevante in ordine alla fondatezza della conclusione alla quale è giunto il Tribunale, secondo cui gli inviti controversi non potrebbero essere qualificati, nella specie, come «accordi» ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE].

47. Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve rilevare che correttamente il Tribunale ha ritenuto, al punto 68 della sentenza impugnata, che la decisione controversa dovesse essere annullata.

48. Ne consegue che il ricorso deve essere respinto in quanto infondato».

11 luglio 2007, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, causa T-170/06, Racc. II-2601.

La Alrosa Company Ltd (in prosieguo: la «Alrosa»), è una società con sede in Mirny (Russia). Essa opera, in particolare, sul mercato mondiale della produzione e della fornitura di diamanti grezzi, in cui si trova al secondo posto. È essenzialmente presente in Russia. Conduce ivi attività di esplorazione, estrazione, valutazione e fornitura, nonché un'attività di gioielleria. La De Beers SA è una società con sede in Lussemburgo. Il gruppo De Beers, di cui essa è la principale società holding, opera anch'esso sul mercato mondiale della produzione e della fornitura di diamanti grezzi, in cui si trova al primo posto. È essenzialmente presente in Sudafrica, nel Botswana, in Namibia e in Tanzania, nonché nel Regno Unito. Conduce ivi attività di esplorazione, estrazione, valutazione, fornitura, di commercio e di fabbricazione, nonché un'attività di gioielleria, estendendosi pertanto su tutta la filiera del diamante. Il 5 marzo 2002 la Alrosa e la De Beers notificavano alla Commissione un accordo concluso il 17 dicembre 2001 tra la Alrosa e due consociate del gruppo De Beers, la City and West East Ltd e la De Beers Centenary AG (in prosieguo: l'«accordo notificato»), al fine di ottenere un'attestazione negativa o un'esenzione ai sensi del regolamento n. 17/1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 CEE (oggi artt. 101 e 102 TFUE). Tale accordo, che si inseriva nell'ambito dei rapporti commerciali intercorrenti da lunga data tra la Alrosa e la De Beers, verteva essenzialmente sull'attività di fornitura di diamanti grezzi. Il 3 giugno 2005 la Commissione, con una comunicazione, dichiarava di aver ricevuto impegni da parte della Alrosa e della De Beers nel corso del suo esame dell'accordo alla luce degli artt. 81 CE, 82 CE, 53 e 54 dell'accordo SEE e descriveva gli impegni offerti, invitando altresì i terzi interessati a presentarle osservazioni entro un mese, e comunicava l'intenzione di adottare una decisione con la quale gli impegni congiunti venivano resi obbligatori. In esito a tale pubblicazione, 21 terzi interessati

presentavano osservazioni alla Commissione. Il 25 gennaio 2006 la De Beers presentava individualmente impegni (in prosieguo: gli «impegni individuali della De Beers») a riscontro delle preoccupazioni espresse dalla Commissione alla luce dei risultati all'indagine di mercato. Gli impegni individuali della De Beers prevedevano la progressiva riduzione delle vendite di diamanti grezzi dalla Alrosa alla De Beers, il cui valore doveva passare da USD 600 milioni nel 2006 a USD 400 milioni nel 2008, nonché la loro successiva soppressione. Il 22 febbraio 2006 la Commissione adottava la decisione 2006/520/CE, in virtù della quale gli impegni suddetti, enumerati nell'allegato, divenivano vincolanti per la De Beers. Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale di primo grado il 29 giugno 2006, la Alrosa proponeva ricorso per l'annullamento della predetta decisione. Con riguardo all'assunzione di impegni, specie se individuali, da parte delle imprese oggetto di un procedimento per violazione degli artt. (101 e 102 TFUE), il Tribunale ha osservato:

« 86. Dal tenore letterale dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 risulta che la Commissione può, mediante decisione, rendere obbligatori gli impegni offerti dalle imprese interessate, quando sono tali da rispondere alle preoccupazioni espresse nella sua valutazione preliminare. Poiché le offerte presentate dalle imprese sono di per sé prive di effetti giuridici vincolanti, è la decisione della Commissione adottata ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003, ed essa soltanto, a comportare conseguenze giuridiche per le imprese.

87. Poiché questa decisione comporta la conclusione del procedimento di accertamento e di sanzione di un'infrazione alle norme sulla concorrenza, essa non può essere considerata una semplice accettazione da parte della Commissione di una proposta liberamente formulata da una controparte nei negoziati, ma costituisce un provvedimento vincolante che pone fine ad una situazione di infrazione in atto o in potenza, in occasione della quale la Commissione esercita il complesso delle prerogative conferitele dagli artt. 81 CE e 82 CE, con la sola particolarità che la presentazione di offerte di impegni da parte delle imprese interessate la esonera dalla prosecuzione del procedimento regolamentare imposto dall'art. 85 CE [ora art. 102 TFUE], e in particolare dall'obbligo di provare l'infrazione.

88. Rendendo obbligatorio un determinato comportamento di un operatore nei confronti dei terzi, una decisione adottata ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 può comportare indirettamente effetti giuridici erga omnes che l'impresa interessata non avrebbe potuto creare di per sé; la Commissione ne è pertanto l'unico autore, atteso che conferisce forza vincolante agli impegni offerti dall'impresa interessata e ne assume pertanto da sola la responsabilità. Essa infatti non è in alcun modo tenuta a prendere in considerazione, e a fortiori a prendere in considerazione tali e quali, le offerte di impegni presentate dalle imprese interessate.

89. Sebbene il regolamento n. 1/2003 non definisca la nozione di impresa interessata, dalle sue disposizioni si desume che tale qualifica si riferisce alle imprese cui è addebitabile il comportamento di cui trattasi e che sono passibili di sanzioni a causa di quest'ultimo.

90. In un procedimento ex art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] è pertanto in linea di principio interessata l'impresa che si trovi in una posizione dominante e il cui comportamento possa configurare un abuso. Se dovesse prevalere un'interpretazione secondo la quale tutte le imprese che possono essere lese da impegni comportamentali destinati a porre termine ad un abuso accertato o previsto debbono essere associate all'offerta di impegni in quanto imprese interessate, ne conseguirebbe l'impossibilità pratica di fare ricorso all'art. 9 del regolamento n. 1/2003 nella maggior parte delle situazioni contemplate dall'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

91. Per quanto riguarda la durata di applicazione della decisione che rende obbligatori degli impegni, va notato che, sebbene l'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1/2003 preveda che una decisione del genere può essere adottata per una durata determinata, tuttavia non lo impone. La formulazione definitiva dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 si distingue a questo proposito, come sottolineato giustamente dalla Commissione, da quella che era stata predisposta in sede di proposta di regolamento del Consiglio concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 [CE] e 82 [CE]

[COM(2000) 582 def.], che prevedeva che siffatta decisione «è adottata per un periodo di tempo determinato». Pertanto, nessuna ragione di principio vieta alla Commissione di rendere obbligatori impegni a tempo indeterminato.

92. Inoltre, per quanto l'art. 9 del regolamento n. 1/2003 non menzioni, a differenza dell'art. 7, n. 1, il principio di proporzionalità, il rispetto di tale principio si impone alla Commissione quando adotta decisioni su tal fondamento. Il principio di proporzionalità è infatti riconosciuto dalla costante giurisprudenza come costitutivo di un principio generale del diritto comunitario (sentenza Fedesa e a. [13 novembre 1990, causa C-331/88, Racc. pag. I-4023], punto 13).

93. Il 'considerando' 34 del regolamento n. 1/2003 espone del resto che, «conformemente ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità enunciati all'articolo 5 [CE], il presente regolamento non va al di là di quanto necessario per raggiungere il proprio obiettivo, che è quello di permettere un'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie».

94. La Commissione nelle sue osservazioni concorda sull'applicabilità del principio di proporzionalità alle decisioni adottate in applicazione dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003. Considera ciò nondimeno che tale principio non deve ricevere la stessa applicazione nell'ambito dell'art. 7, n. 1, e nell'ambito dell'art. 9, n. 1, del medesimo regolamento.

95. A questo proposito il Tribunale rileva, in primo luogo, che l'obiettivo dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003 è lo stesso di quello perseguito dall'art. 9, n. 1, e coincide con l'obiettivo principale del regolamento n. 1/2003, che è quello di garantire una efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato.

96. Per il conseguimento di tale obiettivo, la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta, offertale dal regolamento n. 1/2003, di rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate e di adottare una decisione ai sensi dell'art. 9 oppure di seguire la via prevista dall'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, che esige l'accertamento di un'infrazione.

97. Tuttavia, l'esistenza di tale margine di valutazione discrezionale circa la scelta della via da seguire non esonera la Commissione dall'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità quando decide di rendere obbligatori impegni offerti ai sensi dell'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1/2003.

98. In secondo luogo, secondo la costante giurisprudenza in materia, il principio di proporzionalità esige che gli atti delle istituzioni comunitarie non vadano oltre quanto è idoneo e necessario per conseguire lo scopo prefisso (sentenze del Tribunale 19 giugno 1997, causa T-260/94, Air Inter/Commissione, Racc. pag. II-997, punto 144, e Van den Bergh Foods/Commissione [23 ottobre 2003, causa T-65/98, Racc. pag. II-4653], punto 201), fermo restando che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva, e che gli oneri imposti non devono essere sproporzionati in relazione agli scopi perseguiti (sentenze della Corte 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder, Racc. pag. 2237, punto 21, e 9 marzo 2006, causa C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie e Natuur en Milieu, Racc. pag. I-2443, punto 28).

99. Il controllo della proporzionalità di una misura è pertanto un controllo oggettivo, poiché l'idoneità e la necessità della Decisione impugnata debbono essere valutate rispetto allo scopo perseguito dall'istituzione. Per le decisioni adottate in applicazione dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003, lo scopo è di porre termine all'infrazione accertata; per quelle adottate in applicazione dell'art. 9 del medesimo regolamento, lo scopo è di rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nell'ambito della valutazione preliminare, le quali giustificano che essa preveda l'adozione di una decisione che disponga la cessazione di un'infrazione.

100. Nell'ipotesi dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003, la Commissione deve accertare l'esistenza di un'infrazione, il che implica una definizione precisa del mercato di cui trattasi e, se del caso, dell'abuso addebitato all'impresa in questione. Nel contesto dell'art. 9, n. 1, del medesimo regolamento, effettivamente la Commissione non è tenuta a dimostrare formalmente l'esistenza di un'infrazione, come è del resto indicato nel 'considerando' 13 del regolamento n. 1/2003, ma deve ciò nondimeno dimostrare l'effettività delle preoccupazioni concorrenziali che giustificavano che essa prevedesse l'adozione di una decisione ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE e che

le consentono di imporre all'impresa interessata di rispettare taluni impegni, il che presuppone un'analisi del mercato ed un'identificazione dell'infrazione prevista meno definitive che nell'ambito dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003, benché quest'ultima debba essere sufficiente per consentire un controllo dell'idoneità dell'impegno.

101. Sarebbe infatti in contrasto con l'economia del regolamento n. 1/2003 che una decisione la quale, ai sensi dell'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, dovrebbe essere considerata non proporzionata all'infrazione accertata possa essere adottata facendo ricorso al procedimento ex art. 9, n. 1, sotto forma di un impegno reso obbligatorio, per il motivo che l'infrazione non ha potuto essere formalmente provata in tale contesto.

102. È già stato dichiarato, sulla base dell'art. 3 del regolamento n. 17, che gli oneri imposti alle imprese per porre termine ad un'infrazione al diritto della concorrenza non devono eccedere i limiti di quanto è idoneo e necessario per conseguire lo scopo prefisso, vale a dire il ripristino della situazione conforme al diritto in relazione alle norme che nella fattispecie sono state violate (sentenza RTE e ITP/Commissione [6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, Racc. pag. I-743], punto 93). La medesima interpretazione s'impone per quanto riguarda l'art. 7, n. 1, prima frase, del regolamento n. 1/2003, il cui tenore letterale è molto vicino a quello dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 17.

103. Ne consegue che la Commissione può, senza eccedere i poteri conferitile sia dalle regole di concorrenza del Trattato CE sia dal regolamento n. 1/2003, adottare, in forza dell'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, una decisione di divieto assoluto di qualsiasi rapporto commerciale futuro tra due imprese solo se una decisione del genere è necessaria per il ripristino della situazione preesistente all'infrazione (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 18 settembre 1992, causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. pag. II-2223, punti 51 e 52).

104. Nessuna considerazione pertinente dedotta dalla differenza tra l'art. 7 e l'art. 9 del regolamento n. 1/2003 consente di pervenire a una conclusione diversa per quanto riguarda i limiti che si impongono alla capacità della Commissione di disporre provvedimenti vincolanti ai sensi dell'art. 9, n. 1, del medesimo regolamento.

105. In terzo luogo, neppure la volontarietà degli impegni è atta ad esonerare la Commissione dal rispetto del principio di proporzionalità, poiché è la decisione della Commissione che li rende obbligatori. Il fatto che un'impresa ritenga, per ragioni sue proprie, che è opportuno in un certo momento presentare taluni impegni non significa che tali impegni siano per ciò stesso necessari.

106. Sotto il regime del vecchio regolamento n. 17, la Corte ha già dichiarato del resto che, in talune circostanze, gli obblighi che un impegno impone alle parti possono essere equiparati ad ingiunzioni dirette a far cessare l'infrazione (sentenza della Corte 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione, Racc. pag. I-1307, punto 181). Infatti la Corte ha dichiarato che, assumendo siffatto impegno, le imprese interessate si limitano, per propri motivi, ad assentire ad una decisione che la Commissione sarebbe stata competente ad adottare unilateralmente (sentenza Ahlström Osakeyhtiö e a., cit., punto 181).

107. La circostanza che gli impegni siano proposti da un'impresa non limita pertanto il sindacato del Tribunale sulla fondatezza della decisione della Commissione di renderli obbligatori.

108. Infine, il grado di controllo del Tribunale sulle analisi effettuate dalla Commissione sulla scorta delle regole di concorrenza del Trattato dipende dall'esistenza, implicita in ciascuna decisione considerata, di un margine di valutazione giustificato dalla complessità delle norme di natura economica da attuare. Tenuto conto dell'impatto delle decisioni adottate ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE sulle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato, l'ipotesi del controllo ristretto dev'essere riservata ai casi in cui la Decisione impugnata è fondata su una valutazione economica complessa, fatta eccezione per i settori, come quello delle concentrazioni, in cui l'esistenza di un potere discrezionale è essenziale per l'esercizio delle attribuzioni dell'istituzione regolatrice (sentenza della Corte 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. pag. I-987, punti 38-

40).

109. Effettivamente, nel settore del controllo delle concentrazioni, la Commissione dispone, per giurisprudenza costante, di un ampio margine di discrezionalità nel valutare la necessità di ottenere impegni per dissipare i seri dubbi posti da un'operazione (sentenza del Tribunale 30 settembre 2003, causa T-158/00, ARD/Commissione, Racc. pag. II-3825, punti 328 e 329). Il controllo limitato all'errore manifesto che il Tribunale esercita in questo settore è giustificato dal carattere prospettico dell'analisi economica effettuata dalla Commissione per poter concludere che l'operazione di cui trattasi non creerà o non rafforzerà una posizione dominante (sentenza del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punto 163).

110. Per contro, l'analisi che la Commissione è indotta ad effettuare nell'ambito di un procedimento avviato in forza del regolamento n. 1/2003 verte, indipendentemente dal fatto che si tratti di una decisione adottata a norma dell'art. 7, n. 1, ovvero dell'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1/2003, su pratiche esistenti. Questa circostanza non esclude evidentemente che siano richieste valutazioni economiche complesse, ma non permette che in loro assenza il controllo del Tribunale sulle decisioni della Commissione sia comunque limitato all'errore manifesto di valutazione.

111. Da quanto sopra considerato emerge che spetta al Tribunale, nel caso di specie, verificare se le misure rese obbligatorie dalla Decisione fossero idonee e necessarie per far cessare l'abuso identificato in sede di valutazione preliminare della Commissione ».

20 novembre 2008, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e a.*, causa C-209/07, Racc. I-8637.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 81, par. 1, CE (oggi art. 101, par. 1, TFUE). Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la Competition Authority (Autorità irlandese per la concorrenza) e, da un lato, la Beef Industry Development Society Ltd (in prosieguo: la «BIDS») e, dall'altro, la Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (in prosieguo: la «Barry Brothers»), in merito ad un accordo concluso fra la Barry Brothers e la BIDS per la razionalizzazione del settore delle carni bovine in Irlanda. L'accordo si inserisce in un accordo tipo teso a superare il problema della sovraccapacità strutturale che affligge il settore delle carni bovine in Irlanda, in particolare quello della trasformazione (macellazione e disossamento). L'accordo tipo, in sostanza, prevedeva un progetto di razionalizzazione in base al quale le capacità di trasformazione avrebbero dovuto essere ridotte del 25%. La BIDS intendeva realizzare tale obiettivo per mezzo di convenzioni tra le imprese che sarebbero rimaste e quelle che si sarebbero ritirate. L'accordo tipo prevede che le imprese che restano sul mercato indennizzino quelle che ne escono e che l'entità dell'indennizzo sia decisa dalle parti. In cambio le imprese uscenti si impegnano a: a) smantellare o dismettere gli impianti di trasformazione ovvero venderli unicamente a non residenti nell'isola di Irlanda o, eventualmente, alle imprese che restano purché queste si limitino ad utilizzarli come attrezzatura di riserva o come pezzi di ricambio; b) non utilizzare per la trasformazione delle carni bovine per un periodo di cinque anni i terreni su cui insistono gli impianti smantellati, e c) rispettare un divieto di concorrenza della durata di due anni sul mercato della trasformazione delle carni bovine in Irlanda nei confronti delle imprese che restano. L'accordo concluso fra la Barry Brothers e la BIDS veniva notificato dalla BIDS alla Competition Authority, la quale, dopo aver informato la BIDS, il 5 e il 26 giugno 2003, di ritenere gli accordi BIDS contrari all'art. 81, par. 1, CE (ora art. 101 TFUE), il 30 giugno 2003 chiedeva alla High Court (Corte irlandese d'appello e di primo grado per determinate controversie) di ingiungere alla stessa BIDS e alla Barry Brothers di astenersi dal darvi attuazione. Con sentenza del 27 luglio 2006 la High Court respingeva l'istanza dichiarando che l'accordo tra la BIDS e la Barry Brothers non ricadeva nel divieto sancito dall'art. 81, par. 1, CE e che non ricorrevano neppure i presupposti per l'applicazione del sistema di deroghe previsto al par. 3 del medesimo articolo. La Competition Authority impugnava, quindi, tale decisione dinanzi alla Supreme Court (Corte di cassazione irlandese), che decideva di sospendere il procedimento e di adire

la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale di interpretazione per chiedere al giudice comunitario se, in sostanza, accordi con caratteristiche identiche o simili a quelle degli accordi BIDS (ovvero il suddetto accordo e l'accordo tipo) debbano essere considerati restrittivi della concorrenza e vietati ai sensi dell'art. 81, par. 1, CE (ora art. 101 TFUE) per il loro solo oggetto o se, al contrario, per pervenire a una tale conclusione, sia prima necessario dimostrare che essi sortiscono effetti anticoncorrenziali. Sulla nozione di infrazione, la Corte ha osservato:

« 15. Si deve ricordare che, perché ricada nel divieto enunciato all'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], un accordo deve avere «per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune». Secondo una giurisprudenza costante a far data dalla sentenza 30 giugno 1966, causa 56/65, LTM (Racc. pagg. 261, 281), l'alternatività di tali condizioni, espressa dalla disgiunzione «o», rende necessario innanzitutto considerare l'oggetto stesso dell'accordo, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultimo deve trovare applicazione. Nel caso in cui, invece, l'analisi delle clausole dell'accordo non rivelasse un pregiudizio alla concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti e, per vietarlo, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovano che il gioco della concorrenza è stato di fatto sensibilmente impedito, ristretto o falsato.

16. Ai fini dell'applicazione del divieto di cui all'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] è dunque superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che quest'ultimo mira a impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (sentenze 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pagg. 457, 520, nonché 21 settembre 2006, causa C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione, Racc. pag. I-8725, punto 125). Tale esame dovrà essere condotto alla luce del contenuto dell'accordo e del suo contesto economico (sentenze 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Commissione, Racc. pag. 1679, punto 26, e 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, General Motors/Commissione, Racc. pag. I-3173, punto 66).

17. La differenza tra «infrazioni per oggetto» e «infrazioni per effetto» attiene alla circostanza che talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate per loro stessa natura nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza.

18. Nelle memorie scritte depositate dinanzi alla Corte, tanto la Competition Authority quanto il governo belga e la Commissione delle Comunità europee osservano che gli accordi BIDS hanno manifestamente un oggetto anticoncorrenziale che rende superflua l'analisi dei loro effetti concreti e li considerano conclusi in violazione del divieto enunciato all'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE].

19. Al contrario, la BIDS sostiene che detti accordi non rientrano nel novero delle infrazioni per oggetto ed andrebbero piuttosto analizzati alla luce dei loro effetti concreti sul mercato. Da un lato, infatti, essi non perseguirebbero uno scopo anticoncorrenziale e, dall'altro, non sortirebbero conseguenze dannose per i consumatori nonché, più in generale, per la concorrenza. Il loro scopo non sarebbe di pregiudicare la concorrenza o il benessere dei consumatori, ma di razionalizzare il settore delle carni bovine per renderlo più competitivo mediante la riduzione, non già la soppressione, delle sovraccapacità strutturali.

20. Quest'ultimo argomento va disatteso.

21. In effetti, per stabilire se un accordo rientri nel divieto enunciato all'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], si deve guardare al tenore delle sue disposizioni e agli scopi oggettivi che persegue. Al riguardo, quand'anche sia dimostrato che le parti di un accordo hanno agito senza alcuna intenzione soggettiva di restringere la concorrenza, bensì allo scopo di rimediare agli effetti di una crisi del settore, nulla cambierebbe ai fini dell'applicazione di detta disposizione. Si può ritenere, infatti, che un accordo abbia un oggetto restrittivo anche se non ha come unico obiettivo una restrizione della concorrenza, ma persegue altresì il conseguimento di altri obiettivi legittimi (sentenza General Motors/Commissione, cit., punto 64 e giurisprudenza ivi citata). Elementi come quelli invocati dalla BIDS possono essere eventualmente presi in considerazione solo nel contesto dell'art. 81, n. 3, CE

[ora art. 101 TFUE], per derogare al divieto sancito al n. 1 del medesimo articolo.

22. La BIDS fa valere altresì che la nozione di infrazione per oggetto dovrebbe essere interpretata in senso stretto. Rientrerebbero in tale categoria solo gli accordi che hanno per oggetto la fissazione orizzontale dei prezzi, la limitazione della produzione o la ripartizione dei mercati, accordi i cui effetti anticoncorrenziali sono a tal punto evidenti da non richiedere alcuna analisi economica. Gli accordi BIDS non sarebbero paragonabili a nessuno di detti accordi né ad altre forme di intese complesse. Un accordo vertente sulla riduzione di sovraccapacità strutturali non potrebbe essere assimilato ad un accordo di «limitazione della produzione» ai sensi dell'art. 81, n. 1, lett. b), CE [ora art. 101 TFUE]. Tale nozione alluderebbe, infatti, ad una limitazione dell'intera produzione del mercato e non a quella di singoli operatori che escono volontariamente dallo stesso senza provocare un calo della produzione.

23. Tuttavia, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 48 delle conclusioni, i tipi di accordo menzionati all'art. 81, n. 1, lett. a)-e), CE [ora art. 101 TFUE] non esauriscono le possibili ipotesi di collusioni vietate.

24. Occorre pertanto verificare se accordi con caratteristiche identiche o simili a quelle descritte dal giudice del rinvio abbiano per oggetto una restrizione della concorrenza.

25. Secondo la BIDS, un accordo che non incide sulla produzione totale di un mercato e non ostacola la libertà degli operatori di agire autonomamente non produce alcun effetto anticoncorrenziale. Nella causa principale l'uscita di taluni operatori dal mercato sarebbe irrilevante, perché le imprese che restano sarebbero in grado di soddisfare la domanda.

26. La BIDS aggiunge che, per come è strutturato, i trasformatori non possono alterare il mercato, dal momento che, per un 90%, la domanda è esterna all'Irlanda. Sul mercato irlandese la forza dei trasformatori sarebbe ampiamente controbilanciata dal potere di acquisto dei quattro grandi distributori; a tacere, poi, della concorrenza che potrebbero esercitare nuovi operatori che entrino sul mercato interessato.

27. La BIDS osserva che i casi in cui una limitazione dell'offerta è stata ritenuta integrare un'infrazione per oggetto concernevano accordi accessori ad accordi di fissazione orizzontale dei prezzi o di limitazione della produzione [decisioni della Commissione 17 dicembre 1980, 80/1334/CEE, relativa ad una procedura d'applicazione dell'articolo [81 CE] (IV/29.869 - Vetro greggio in Italia) (GU L 383, pag. 19), e 13 luglio 1994, 94/601/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo [81 CE] (IV/C/33.833 - Cartoncino) (GU L 243, pag. 1)], ai quali gli accordi BIDS non sono comparabili.

28. Sempre secondo la BIDS, la prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza non permettono di concludere per l'esistenza di una restrizione per oggetto [v., in particolare, decisioni della Commissione 4 luglio 1984, 84/380/CEE, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo [81 CE] (IV/30.810 - Fibre sintetiche) (GU L 207, pag. 17), e 29 aprile 1994, 94/296/CE, relativa ad un procedimento d'applicazione dell'articolo [81 CE] (IV/34.456 - Stichting Baksteen) (GU L 131, pag. 15), nonché sentenza del Tribunale 31 gennaio 2001, cause riunite T-197/97 e T-198/97, Weyl Beef Products e a./Commissione, Racc. pag. II-303].

29. Gli accordi BIDS non potrebbero essere paragonati al congelamento delle capacità previsto dalle convenzioni marittime di cui alla decisione della Commissione 19 ottobre 1994, 94/980/CE, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo [81 CE] (IV/34.446 - Trans Atlantic Agreement) (GU L 376, pag. 1), poiché detto congelamento non era sufficiente ad eliminare le sovraccapacità strutturali.

30. Infine, gli accordi BIDS non prevedrebbero né un congelamento o un mancato uso delle capacità né uno scambio di informazioni e neppure contingentamenti o altre misure volte a preservare le quote di mercato delle imprese che restano.

31. Al riguardo risulta dal fascicolo e dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio che l'oggetto degli accordi BIDS è modificare sensibilmente la struttura del mercato grazie ad un meccanismo destinato ad incoraggiare la fuoriuscita di imprese concorrenti.

32. Gli elementi portati all'attenzione della Corte dimostrano che gli accordi BIDS intendono

migliorare la redditività complessiva di imprese che offrono più del 90% dei servizi di trasformazione delle carni bovine sul mercato irlandese permettendo loro di avvicinarsi alla propria scala di efficienza minima e magari di raggiungerla. A tal fine gli accordi perseguono due obiettivi principali. Si tratta, da un lato, di aumentare il livello di concentrazione del mercato interessato riducendo in maniera significativa il numero di imprese che offrono servizi di trasformazione e, dall'altro, di eliminare quasi il 75% delle capacità di produzione eccedentarie.

33. Gli accordi BIDS mirano dunque essenzialmente a permettere a più imprese di attuare una politica comune che ha per oggetto di favorire l'uscita dal mercato di talune di loro e di ridurre così le sovraccapacità che, impedendo la realizzazione di economie di scala, pregiudicano la loro redditività.

34. È patente che questo tipo di accordi collide con la concezione intrinseca alle norme del Trattato CE in materia di concorrenza, in base alla quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la politica che intende praticare sul mercato. L'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] intende infatti evitare ogni forma di coordinamento che sostituisca scientemente una cooperazione pratica tra imprese ai rischi della concorrenza.

35. Nell'ambito della concorrenza, le imprese che hanno sottoscritto gli accordi BIDS non avrebbero avuto, in loro assenza, altro modo di migliorare la propria redditività che intensificare la loro rivalità commerciale o ricorrere ad operazioni di concentrazione. Grazie ai detti accordi, invece, esse possono risparmiarsi tale processo e condividere una parte importante dei costi necessari per accrescere il livello di concentrazione del mercato tramite, in particolare, il contributo di EUR 2 a capo da parte di ciascuna delle imprese che restano.

36. Non solo. Gli stessi mezzi attuati per raggiungere l'obiettivo degli accordi BIDS comportano restrizioni dall'oggetto anticoncorrenziale.

37. Quanto, in primo luogo, al contributo di EUR 11 a capo di bestiame abbattuto al di là della quota di produzione abituale di ciascuna delle imprese che restano, esso rappresenterebbe, secondo la BIDS, il prezzo che queste ultime devono pagare per acquisire la clientela delle imprese uscenti. Non si può non rilevare, tuttavia, come già ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 85 delle conclusioni, che in questo modo è ostacolato anche il naturale accrescimento delle quote di mercato ai danni di quelle delle imprese che restano le quali, dissuase da tale contributo, decidono di non oltrepassare la propria quota abituale di produzione. Tale misura rischia dunque di condurre taluni operatori a congelare la propria produzione.

38. Quanto, in secondo luogo, alle restrizioni imposte alle imprese uscenti relativamente alla disponibilità e all'utilizzo dei rispettivi impianti di produzione, gli accordi BIDS comportano altresì, per il loro stesso oggetto, restrizioni alla concorrenza, in quanto intendono evitare che tali impianti possano essere utilizzati da nuovi operatori che entrano sul mercato per competere con le imprese che restano. Come ha sottolineato la Competition Authority nelle proprie osservazioni scritte, infatti, siccome gli investimenti necessari a costruire un nuovo impianto di trasformazione sono ampiamente superiori ai costi di recupero di un impianto esistente, è evidente che le dette restrizioni intendono dissuadere ogni nuovo ingresso di concorrenti sull'intero territorio dell'isola d'Irlanda.

39. Infine, non inficia la constatazione del carattere anticoncorrenziale dell'oggetto degli accordi BIDS il fatto che dette restrizioni, così come la clausola di non concorrenza imposta alle imprese che si ritirano, siano limitate nel tempo. Come l'avvocato generale ha osservato al paragrafo 86 delle conclusioni, circostanze siffatte possono semmai essere prese in considerazione nell'ambito della verifica delle quattro condizioni cumulative stabilite dall'art. 81, n. 3, CE [ora art. 101 TFUE] per sottrarsi al divieto sancito al n. 1 del medesimo articolo.

40. Tutto ciò considerato, occorre rispondere alla questione sollevata che un accordo avente caratteristiche identiche o simili a quelle dell'accordo tipo concluso tra le dieci principali imprese trasformatrici di carni bovine in Irlanda, membri della BIDS, e che prevede in particolare una riduzione delle capacità di trasformazione dell'ordine del 25%, ha per oggetto di impedire, di restringere o di falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] ».

5 marzo 2009, Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, causa C-350/07, Racc. I-1513

*La Kattner Stahlbau GmbH (in prosieguo: la «Kattner») è una società a responsabilità limitata di diritto tedesco costituita il 13 novembre 2003, le cui attività, iniziate il 1 gennaio 2004, riguardano il settore della carpenteria nonché quello della produzione di scale e balconi. Il 27 gennaio 2004 la Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft (cassa previdenziale di categoria per il settore della costruzione meccanica e della carpenteria; in prosieguo: la «MMB») comunicava ufficialmente alla Kattner di essere l'ente di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali legalmente competente per quest'ultima ai sensi delle disposizioni del codice in materia previdenziale (Sozialgesetzbuch VII), nella sua versione risultante dalla legge 7 agosto 1996 (in prosieguo: l'«SGB VII») e di averla pertanto iscritta come membro della suddetta cassa previdenziale di categoria, con l'attribuzione, inoltre, di talune classi di rischio. Con lettera del 1 novembre 2004 la Kattner, avendo l'intenzione di stipulare un'assicurazione privata contro i possibili rischi, comunicava ufficialmente alla MMB il proprio recesso dal rapporto associativo obbligatorio a partire dalla fine del 2004. Il 15 novembre 2004, la MMB comunicava alla Kattner che, poiché essa rappresentava l'ente competente per legge relativamente all'assicurazione di quest'ultima contro gli infortuni e le malattie professionali, la risoluzione del rapporto associativo, oppure il recesso da esso, non erano giuridicamente possibili e che, di conseguenza, la richiesta della Kattner doveva essere respinta. A seguito di un reclamo, tale decisione veniva confermata dalla MMB in data 20 aprile 2005. Il ricorso giurisdizionale proposto dalla Kattner veniva respinto dal Sozialgericht Leipzig (Tribunale per le cause in materia previdenziale di Lipsia) il 21 novembre 2005. La Kattner presentava, quindi, un ricorso in appello dinanzi al Sächsisches Landessozialgericht (Tribunale regionale per le cause in materia previdenziale del Land Sassonia), ivi deducendo, innanzitutto, che l'obbligo d'iscrizione alla MMB restringeva la libertà di prestazione di servizi sancita agli artt. 49 e 50 CE (oggi artt. 56 e 57 TFUE). Inoltre, la Kattner sosteneva che la posizione di esclusiva di cui godeva la MMB violasse gli artt. 82 e 86 CE (oggi artt. 102 e 106 TFUE). Secondo la Kattner non sussistevano ragioni imperative di interesse pubblico atte a giustificare una posizione di monopolio degli enti tedeschi di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nel loro settore di competenza. Nella decisione di rinvio, il Sächsisches Landessozialgericht ha affermato che, esistendo talune differenze fondamentali tra il regime considerato nella causa principale e il regime legale italiano di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali oggetto della sentenza 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal* (Racc. pag. I-691), le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in tale sentenza non consentivano di rispondere a tutte le questioni che si ponevano nella controversia per la quale esso era stato adito. Il giudice del rinvio decideva, dunque, di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. Sulla nozione di impresa, in particolare, la Corte ha osservato:*

« 33. Mediante la prima questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 81 CE e 82 CE debbano essere interpretati nel senso che un ente quale la MMB, cui le imprese operanti in un ramo di attività e in un ambito geografico determinati sono obbligate ad iscriversi a titolo di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, costituisce un'impresa ai sensi di dette disposizioni.

34. Secondo costante giurisprudenza, nell'ambito del diritto della concorrenza il concetto di «impresa» comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (v., in particolare, sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, Racc. pag. I-1979, punto 21, nonché 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *ETI e a.*, Racc. pag. I-10893, punto 38).

35. Nella fattispecie, occorre anzitutto osservare che le casse previdenziali di categoria quali la MMB, in quanto enti di diritto pubblico, contribuiscono alla gestione del sistema previdenziale tedesco e svolgono a tale riguardo una funzione di carattere sociale priva di qualsiasi scopo lucrativo (v., in tal

senso, sentenza 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband e a., Racc. pag. I-2493, punto 51).

36. Infatti, come dichiarato dalla Corte in relazione al regime legale italiano di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, la copertura di tale rischio rientra da tempo nella previdenza sociale che gli Stati membri garantiscono a tutta la loro popolazione o a una parte di essa (sentenza [22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*, Racc. pag. I-691], punto 32).

37. Orbene, secondo costante giurisprudenza, il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare il loro sistema previdenziale (v., in particolare, sentenze 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*, Racc. pag. I-1931, punto 17; 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, Racc. pag. I-5473, punto 44, nonché 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, Racc. pag. I-4325, punto 92).

38. Inoltre, un regime legale di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali come quello su cui verte la causa principale persegue uno scopo sociale, in quanto prevede una tutela sociale obbligatoria per tutti i lavoratori (v., per analogia, sentenza *Cisal*, cit., punto 34).

39. Infatti, ai sensi dell'art. 1 dell'SGB VII, tale regime mira, da un lato, a prevenire con ogni mezzo adeguato gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nonché tutti i pericoli per la salute connessi all'attività lavorativa e, dall'altro, a ristabilire con ogni mezzo adeguato la salute e l'idoneità al lavoro degli assicurati nonché a indennizzare questi ultimi o i loro aventi diritto con prestazioni in denaro.

40. Si aggiunga che, come risulta dalle osservazioni presentate alla Corte, il suddetto regime mira a garantire una copertura contro i rischi di infortunio sul lavoro e di malattie professionali a tutte le persone tutelate, indipendentemente da qualsiasi colpa che possa essere ascritta all'infortunato oppure al datore di lavoro, e, quindi, senza che sia necessario ricercare la responsabilità civile della persona che trae profitto dall'attività rischiosa (v., per analogia, sentenza *Cisal*, cit., punto 35).

41. Per di più, lo scopo sociale di un siffatto regime di assicurazione è messo in luce anche dalla circostanza che, come risulta dagli atti presentati alla Corte, le prestazioni vengono erogate anche quando i contributi dovuti non siano stati versati, il che contribuisce manifestamente alla tutela di tutti i lavoratori assicurati contro le conseguenze economiche di infortuni sul lavoro (v., per analogia, sentenza *Cisal*, cit., punto 36).

42. Nondimeno, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, lo scopo sociale di un regime assicurativo non è di per sé sufficiente per escludere che l'attività considerata sia qualificata come attività economica (v., in tal senso, sentenze 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, Racc. pag. I-5751, punto 86; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, Racc. pag. I-6451, punto 118, nonché *Cisal*, cit., punto 37).

43. Occorre altresì esaminare in dettaglio, da un lato, se il regime in questione possa essere considerato come attuativo del principio della solidarietà e, dall'altro, in quale misura esso sia soggetto al controllo dello Stato, trattandosi di elementi idonei ad escludere il carattere economico di una data attività (v., in tal senso, sentenza *Cisal*, cit., punti 38-44) ».

4 giugno 2009, *T-Mobile Netherlands e a. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, causa C-8/08, Racc. I-4529.

Nel 2001 sul mercato dei Paesi Bassi cinque operatori, ossia la Ben Nederland BV (in prosieguo: la «Ben», successivamente T-Mobile), la KPN, la Dutchtone NV (in prosieguo: la «Dutchtone», successivamente Orange), la Libertel-Vodafone NV (in prosieguo: la «Libertel-Vodafone», successivamente Vodafone), nonché la Telfort Mobiel BV [divenuta O2 (Netherlands) BV, in prosieguo: la «O2 (Netherlands)» e, successivamente, Telfort], disponevano di una propria rete di telefonia mobile. Nel 2001, le quote di mercato di questi cinque operatori erano, rispettivamente, del 10,6%, 42,1%, 9,7%, 26,1% e 11,4%. La realizzazione di una sesta rete di telefonia mobile non era concepibile, dato che non venivano rilasciate nuove autorizzazioni. Pertanto, l'accesso al mercato dei

servizi di telecomunicazioni mobili era possibile solo attraverso la stipulazione di un contratto con uno o più dei predetti cinque operatori. Il 13 giugno 2001 si è tenuta una riunione dei rappresentanti degli operatori che offrono servizi di telecomunicazioni mobili sul mercato olandese. Nel corso di detta riunione si è discusso, in particolare, sulla riduzione dei compensi standard per i rivenditori degli abbonamenti a partire dal 1 settembre 2001 e di altre informazioni riservate. Con decisione 30 dicembre 2002, la Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autorità garante della concorrenza nei Paesi Bassi, in prosieguo: la «NMa») ha accertato che la Ben, la Dutchtone, la KPN, e la O2 (Netherlands) e la Libertel-Vodafone avevano concluso fra loro un accordo oppure avevano concordato le rispettive pratiche. Avendo ritenuto che queste ultime restringevano sensibilmente la concorrenza e che, di conseguenza, erano vietate ai sensi dell'art. 6, par. 1, della legge 9 dicembre 2004, recante modifiche alla legge sulla concorrenza (Wet houdende wijziging van de Mededingingswet, in prosieguo: la «Mw»), la NMa ha comminato ammende alle suddette imprese. A seguito di un reclamo presentato da alcuni operatori contro la decisione della NMa, quest'ultima, con decisione 27 settembre 2004, dichiarava che i motivi di impugnazione dedotti dalla T-Mobile, dalla KPN, dalla Orange, dalla Libertel-Vodafone e dalla O2 (Netherlands) erano parzialmente fondati e dichiarava che le pratiche descritte nella decisione del 30 dicembre 2002 costituivano un'infrazione non soltanto all'art. 6 della Mw, ma anche all'art. 81, par. 1, CE (oggi art. 101, par. 1, del TFUE). Di conseguenza, la NMa confermava tutte le ammende che aveva inflitto alle predette società, pur riducendone l'importo. Detta decisione del 27 settembre 2004 veniva impugnata dalla T-Mobile, dalla KPN, dalla Orange, dalla Vodafone e dalla Telfort dinanzi al Rechtbank te Rotterdam, il quale, con sentenza del 13 luglio 2006, annullava detta decisione e rinviava la vertenza alla NMa affinché quest'ultima si pronunciasse nuovamente. La T-Mobile, la KPN, la Orange, la Vodafone e la NMa hanno interposto appello contro tale sentenza dinanzi al College van Beroep voor het bedrijfsleven. Quest'ultimo decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune seguenti questioni pregiudiziali. Sulla nozione di pratica concordata, in particolare, la Corte ha osservato:

« 23. Occorre preliminarmente rilevare che, dal punto di vista soggettivo, le nozioni di «accordo», di «decisioni di associazioni di imprese» e di «pratica concordata» ricomprendono forme di collusione aventi la medesima natura e che si distinguono unicamente per la loro intensità e per le forme in cui si manifestano (v., in tal senso, sentenza Commissione/Anic Partecipazioni [8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Racc. pag. I-4125], punto 131).

24. Pertanto, come sostanzialmente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 38 delle sue conclusioni, i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte per valutare se un comportamento abbia ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza sono applicabili sia che si tratti di un accordo, di una decisione oppure di una pratica concordata.

25. Si deve in proposito osservare che la Corte ha già elaborato un certo numero di criteri idonei a valutare se un accordo, una decisione oppure una pratica concordata presentino un carattere anticoncorrenziale.

26. Per quanto riguarda la definizione di pratica concordata, la Corte ha affermato che quest'ultima implica una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una collaborazione pratica fra le stesse ai rischi della concorrenza (v. sentenze 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, Racc. pag. 1663, punto 26, nonché 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione, Racc. pag. I-1307, punto 63).

27. Per quanto concerne la valutazione del carattere anticoncorrenziale di una pratica concordata, occorre considerare in particolare gli scopi oggettivi che persegue nonché il contesto economico e giuridico nel quale si inserisce (v. in tal senso, sentenze 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ International Belgium e a./Commissione, Racc. pag.

3369, punto 25, nonché 20 novembre 2008, causa C-209/07, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, Racc. pag. I-8637, punti 16 e 21). Inoltre, anche se l'intenzione delle parti non rappresenta un elemento necessario al fine di determinare la natura restrittiva di una pratica concordata, nulla vieta alla Commissione delle Comunità europee o ai giudici comunitari di tenerne conto (v., in tal senso, sentenza IAZ e a./Commissione, cit., punti 23-25).

28. Quanto alla distinzione tra le pratiche concordate aventi un oggetto anticoncorrenziale e quelle aventi un effetto anticoncorrenziale, si deve ricordare che, al fine di stabilire se una pratica rientri nel divieto enunciato all'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], l'oggetto e l'effetto anticoncorrenziale non sono condizioni cumulative, bensì alternative. Secondo una giurisprudenza costante a partire dalla sentenza 30 giugno 1966, causa 56/65, LTM (Racc. pagg. 262, 281), l'alternatività di tali condizioni, espressa dalla disgiunzione «o», rende necessario innanzi tutto considerare l'oggetto stesso della pratica concordata, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultima deve trovare applicazione. Nel caso in cui, invece, l'analisi del tenore della pratica concordata non rivelasse un pregiudizio alla concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti e, per poterla vietare, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovano che il gioco della concorrenza è stato di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile (v., in tal senso, sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, cit., punto 15).

29. Si deve inoltre sottolineare che, per valutare se una pratica concordata sia vietata ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], è superfluo prendere in considerazione i suoi effetti concreti laddove risulti che essa mira ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (v., in tal senso, sentenze 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pagg. 457, 520; 21 settembre 2006, causa C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione, Racc. pag. I-8725, punto 125, nonché Beef Industry Development Society e Barry Brothers, cit., punto 16). La differenza tra «infrazioni per oggetto» e «infrazioni per effetto» verte sulla circostanza per cui talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (v. sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, cit., punto 17).

30. In tale contesto, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice del rinvio, non occorre esaminare gli effetti di una pratica concordata una volta che ne sia stato accertato l'oggetto anticoncorrenziale.

31. Per quanto riguarda la valutazione del carattere anticoncorrenziale di una pratica concordata come quella di cui trattasi nella causa principale, occorre ricordare in primo luogo che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 46 delle sue conclusioni, affinché vi sia un oggetto anticoncorrenziale, è sufficiente che la pratica concordata sia tale da produrre effetti dannosi per la concorrenza. In altri termini, tale pratica concordata deve semplicemente essere idonea in concreto, tenuto conto del contesto giuridico ed economico nel quale si inserisce, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. La questione se, ed in quale misura, un tale effetto si produca in concreto può avere interesse soltanto al fine di calcolare l'importo delle ammende e di valutare il diritto al risarcimento dei danni.

32. In secondo luogo, per quanto riguarda lo scambio di informazioni tra concorrenti, occorre ricordare che i criteri del coordinamento e della collaborazione, costitutivi di una pratica concordata, vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune (v. sentenze Suiker Unie e a./Commissione, cit., punto 173; 14 luglio 1981, causa 172/80, Züchner, Racc. pag. 2021, punto 13; Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione, cit., punto 63, e 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, Deere/Commissione, Racc. pag. I-3111, punto 86).

33. Se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di

influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano lo scopo, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato (v., in tal senso, citate sentenze *Suiker Unie e a./Commissione*, punto 174; *Züchner*, punto 14, e *Deere/Commissione*, punto 87).

34. Così, ai punti 88 e seguenti della citata sentenza *Deere/Commissione*, la Corte ha dichiarato che, in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, come quello oggetto della causa principale, lo scambio di informazioni può consentire alle imprese di conoscere le posizioni sul mercato, nonché la strategia commerciale dei loro concorrenti e, di conseguenza, può alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici.

35. Ne consegue che lo scambio di informazioni tra concorrenti può risultare contrario alle regole della concorrenza qualora riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese (v. sentenze *Deere/Commissione*, cit., punto 90, e 2 ottobre 2003, causa C-194/99 P, *Thyssen Stahl/Commissione*, Racc. pag. I-10821, punto 81).

36. In terzo luogo, per quanto riguarda la possibilità di considerare che una pratica concordata abbia uno scopo anticoncorrenziale nonostante essa sia priva collegamenti diretti con i prezzi al dettaglio, occorre rilevare che la formulazione dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] non è tale da indurre a ritenere che siano vietate unicamente quelle pratiche concordate che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori finali.

37. Per contro, dall'art. 81, n. 1, lett. a), CE [ora art. 101 TFUE] si evince che una pratica concordata può avere uno scopo anticoncorrenziale qualora consista nel «fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione». Nella causa principale, come sostenuto dal governo olandese nelle sue osservazioni scritte, risulta che i compensi dei rivenditori costituiscono elementi determinanti nella fissazione del prezzo che sarà pagato dal consumatore finale relativamente agli abbonamenti.

38. In ogni caso, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 58 delle sue conclusioni, l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], diversamente dalle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale.

39. Pertanto, contrariamente a quanto sembra ritenere il giudice del rinvio, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinata all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio.

40. In quarto luogo, relativamente all'argomento di *Vodafone* secondo cui la pratica concordata oggetto della causa principale non può avere lo scopo di restringere la concorrenza perché i compensi standard dei rivenditori avrebbero dovuto comunque essere ridotti a causa delle condizioni del mercato, è ben vero che, dal punto 33 della presente sentenza, risulta che l'esigenza di autonomia degli operatori economici non esclude il loro diritto di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti.

41. Tuttavia, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 66-68 delle sue conclusioni, sebbene un parallelismo dei comportamenti delle imprese concorrenti sul mercato non sia necessariamente riconducibile ad una concertazione contraria alla concorrenza, si deve ritenere che ha un oggetto anticoncorrenziale uno scambio di informazioni che sia idoneo ad eliminare talune incertezze nei soggetti coinvolti in relazione al momento, alla portata e alle modalità dell'adeguamento che l'impresa interessata deve effettuare, anche quando, come nella causa principale, l'adeguamento riguardi la riduzione dei compensi standard per i rivenditori.

42. Spetta quindi al giudice del rinvio verificare, nell'ambito della causa principale, se le informazioni scambiate nel corso della riunione del 13 giugno 2001 fossero idonee ad eliminare incertezze di

questo tipo.

43. Con riferimento a tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione dichiarando che una pratica concordata ha un oggetto anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE] qualora, in ragione del suo tenore nonché delle sue finalità, e tenuto conto del contesto economico e giuridico nel quale si inserisce, sia concretamente idonea ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. Non è necessario che la concorrenza sia effettivamente impedita, ristretta o falsata, né che sussista un nesso diretto fra tale pratica concordata e i prezzi al dettaglio. Lo scambio di informazioni tra concorrenti ha oggetto anticoncorrenziale qualora sia idoneo ad eliminare le incertezze in relazione al comportamento previsto dagli operatori interessati.

44. Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il giudice nazionale, nell'ambito dell'esame del nesso causale tra la concertazione ed il comportamento sul mercato delle imprese ad essa partecipanti, nesso che è necessario al fine di accertare la sussistenza di una pratica concordata ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], sia tenuto ad applicare la presunzione di causalità enunciata dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui tali imprese, allorché restano attive sul mercato, tengono conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti, oppure se esso possa applicare le regole del diritto nazionale in materia di onere della prova.

45. Come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 76 delle sue conclusioni, siffatta questione mira a stabilire se la presunzione applicata dai giudici comunitari si imponga anche alle autorità e ai giudici nazionali quando applicano l'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE].

46. Secondo il giudice del rinvio, se la suddetta presunzione è inclusa nella nozione di pratica concordata di cui all'art. 81, n. 1, CE, il giudice nazionale è tenuto ad applicarla. Per contro, esso sostiene che, se si dovesse ritenere che tale presunzione rappresenti una regola procedurale, il giudice nazionale sarebbe legittimato a non applicarla in virtù del principio di autonomia procedurale degli Stati membri.

47. La T-Mobile, la KPN e la Vodafone osservano che nulla nell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] o nella giurisprudenza della Corte induce a concludere che la presunzione di causalità costituisca parte integrante della nozione di pratica concordata di cui all'art. 81, n. 1, CE. Esse osservano quindi che, secondo una giurisprudenza costante, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

48. Per contro, il governo olandese e la Commissione ritengono che la presunzione di causalità sia stata istituita quale parte integrante della nozione di pratica concordata ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], e non già quale norma procedurale avulsa da tale nozione, sicché detta presunzione vincola i giudici nazionali.

49. A tale riguardo, occorre anzitutto ricordare che l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], da un lato, produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli e fa sorgere in capo a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare, e, dall'altro, costituisce una disposizione di ordine pubblico, indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità europea, che deve essere applicata d'ufficio dai giudici nazionali (v., in tal senso, sentenze 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, Racc. pag. I-3055, punti 36 e 39, nonché 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*, Racc. pag. I-6619, punti 31 e 39).

50. Pertanto, in sede di applicazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], l'interpretazione fornita dalla Corte è vincolante per tutti i giudici nazionali degli Stati membri.

51. In ordine alla presunzione di causalità formulata dalla Corte nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], si deve preliminarmente ricordare che la Corte ha

dichiarato che, come risulta dalla lettera stessa di tale disposizione, la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione tra le imprese interessate, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione e un nesso causale tra questi due elementi. La Corte ha poi considerato che, tuttavia, si deve presumere, salvo prova contraria che spetta agli operatori interessati fornire, che le imprese partecipanti alla concertazione e che restano attive sul mercato tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento su tale mercato. Ciò vale, a maggior ragione, quando la concertazione ha luogo su base regolare nel corso di un lungo periodo. Infine, la Corte ha concluso che una pratica concordata quale innanzi definita rientra nell'ambito dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], anche in assenza di effetti anticoncorrenziali sul mercato (v. sentenza Hüls/Commissione [8 luglio 1999, causa C-199/92 P, Racc. pag. I-4287], punti 161-163).

52. In tale contesto, occorre constatare che la presunzione di causalità deriva dall'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], come interpretato dalla Corte, e che, di conseguenza, essa costituisce parte integrante del diritto comunitario applicabile.

53. Con riferimento alle considerazioni che precedono, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che, nell'ambito dell'esame del nesso causale tra la concertazione ed il comportamento sul mercato delle imprese ad essa partecipanti, nesso che è necessario perché sia dichiarata la sussistenza di una pratica concordata ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], il giudice nazionale è tenuto ad applicare, salvo prova contraria che spetta agli operatori interessati fornire, la presunzione di causalità enunciata dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui tali operatori, allorché restano attivi sul mercato, tengono conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti.

54. Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, nell'applicazione della nozione di pratica concordata ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], la presunzione di un nesso causale tra la concertazione e il comportamento tenuto dalle imprese interessate sul mercato valga sempre, anche qualora la concertazione sia basata unicamente su una sola riunione.

55. La T-Mobile, la KPN e la Vodafone osservano essenzialmente che non è possibile dedurre dalle citate sentenze Commissione/Anic Partecipazioni e Hüls/Commissione che la presunzione di causalità sia sempre valida. A loro avviso, l'applicazione di quest'ultima dovrebbe restare limitata ai casi in cui i fatti e le circostanze siano identici a quelli oggetto di tali sentenze. In sostanza, dette società sostengono che è possibile presumere che talune imprese hanno determinato il proprio comportamento sul mercato basandosi su una concertazione soltanto qualora esse si riuniscano regolarmente, nella consapevolezza che nel corso delle riunioni precedenti sono state scambiate informazioni riservate. Esse ritengono, inoltre, che sarebbe irragionevole ritenere che un'impresa possa basare il suo comportamento sul mercato su informazioni scambiate nel corso di un'unica riunione, tanto più laddove la riunione abbia perseguito uno scopo lecito, come avvenuto nella fattispecie oggetto della causa principale.

56. Per contro, il governo olandese e la Commissione affermano che risulta chiaramente dalla giurisprudenza, segnatamente dalle citate sentenze Commissione/Anic Partecipazioni e Hüls/Commissione, che la presunzione di causalità non dipende dal numero di riunioni alla base della concertazione. Essi rilevano che tale presunzione è giustificata se i contatti effettuati risultano sufficienti, tenuto conto del loro contesto, oggetto e frequenza, a determinare una coordinazione dei comportamenti sul mercato idonei ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], e se, oltre a ciò, le imprese interessate sono rimaste attive sul mercato.

57. Secondo il governo olandese, la causa principale è un perfetto esempio del fatto che una sola riunione può essere sufficiente perché vi sia una concertazione. Da un lato, la riunione del 13 giugno 2001 ha consentito agli operatori interessati di coordinarsi circa la riduzione dei compensi ai rivenditori. Dall'altro, tale riunione ha parimenti consentito di eliminare talune incertezze circa la questione intesa ad accertare quale operatore avrebbe ridotto le sue spese di assunzione, quando ed in

quale misura lo avrebbe fatto, nonché circa il termine entro cui gli altri operatori avrebbero agito allo stesso modo.

58. A tale riguardo, si deve rilevare che, come risulta dai punti 121 della citata sentenza Commissione/Anic Partecipazioni e 162 della citata sentenza Hüls/Commissione, la Corte ha fatto dipendere l'applicazione della presunzione in argomento unicamente dall'esistenza di una concertazione e dalla circostanza che l'impresa sia rimasta attiva sul mercato. L'aggiunta dell'enunciato «[c]iò vale, a maggior ragione, allorché la concertazione ha luogo su base regolare nel corso di un lungo periodo», lungi dal confermare la tesi secondo cui la presunzione di causalità vale unicamente nel caso in cui le imprese si riuniscano regolarmente, deve necessariamente essere interpretata nel senso che detta presunzione è rafforzata quando le imprese hanno concertato il loro comportamento in modo regolare nel corso di un lungo periodo.

59. Qualsiasi altra interpretazione equivarrebbe, in sostanza, ad affermare che uno scambio di informazioni una tantum fra concorrenti non possa mai condurre ad alcuna concertazione contraria alle regole della concorrenza sancite nel Trattato. Orbene, non è possibile escludere che, a seconda della struttura del mercato, una sola presa di contatto, come quella di cui trattasi nella causa principale, possa essere sufficiente, in via di principio, perché le imprese interessate concordino i rispettivi comportamenti sul mercato e, in tal modo, pervengano ad una cooperazione di fatto sostitutiva della concorrenza e dei rischi che quest'ultima comporta.

60. Come correttamente osservato dal governo olandese e dall'avvocato generale ai paragrafi 104 e 105 delle sue conclusioni, la frequenza, la periodicità e la forma dei contatti fra concorrenti necessari affinché abbia luogo una concertazione del loro comportamento sul mercato dipendono sia dall'oggetto della concertazione, sia dalle corrispondenti condizioni di mercato. Infatti, se gli operatori interessati istituiscono un'intesa con un sistema complesso di concertazione su una pluralità di aspetti del loro comportamento sul mercato, potranno essere necessari contatti regolari che si estendono sul lungo periodo. Se invece, come nella causa principale, la concertazione è puntuale e mira ad un'armonizzazione una tantum del comportamento sul mercato in ordine a un singolo parametro concorrenziale, anche una sola presa di contatto potrà essere sufficiente a realizzare lo scopo anticoncorrenziale perseguito dagli operatori interessati.

61. In tale contesto, si deve considerare che ciò che rileva non è tanto il numero di riunioni tra gli operatori interessati, quanto il fatto di accertare se il contatto, o i contatti, che sono avvenuti abbiano consentito a questi ultimi di tenere conto delle informazioni scambiate con i concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato e di sostituire scientemente una cooperazione pratica tra di loro ai rischi della concorrenza. Nel momento in cui può essere accertato che tali operatori hanno dato luogo ad una concertazione e che sono rimasti attivi su tale mercato, è legittimo esigere che essi forniscano la prova che la concertazione in questione non ha influito in alcun modo sul loro comportamento sul detto mercato.

62. Con riferimento alle considerazioni che precedono, occorre risolvere la terza questione dichiarando che la presunzione di un nesso causale tra la concertazione e il comportamento sul mercato di cui trattasi vale sempre, anche qualora la concertazione sia basata unicamente su una sola riunione tra gli operatori interessati, sempre che l'operatore partecipante alla concertazione sia rimasto attivo su tale mercato ».

3 settembre 2009, Prym e Prym Consumer c. Commissione, causa C-534/07 P, Racc. I-7415.

Le società di diritto tedesco William Prym GmbH & Co. KG e Prym Consumer GmbH & Co. si presentano come uno dei primi marchi europei di articoli di merceria in metallo e in plastica nonché di articoli da cucito. Il 7 e l'8 novembre 2001 la Commissione procedeva ad accertamenti, ai sensi dell'art. 14, par. 3, del regolamento n. 17/1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 CEE (oggi artt. 101 e 102 TFUE), nei locali di vari produttori e distributori comunitari di articoli di merceria, tra cui la William Prym GmbH & Co. KG e la Prym Consumer GmbH & Co e due

imprese britanniche nonché le loro rispettive società controllate, vale a dire, da una parte, la Coats Holdings Ltd e la J & P Coats Ltd (in prosieguo congiuntamente: la «Coats») e, dall'altra, la Entaco Group Ltd e la Entaco Ltd (in prosieguo congiuntamente: la «Entaco»). Il 26 ottobre 2004 la Commissione adottava la decisione 26 ottobre 2004, C(2004) 4221 def. (procedimento COMP/F-1/38.338 - PO/Aghi; in prosieguo: la «decisione controversa»). All'art. 1 di detta decisione, la Commissione dichiarava che la William Prym GmbH & Co. KG e la Prym Consumer GmbH & Co., la Coats e la Entaco avevano partecipato a pratiche concertate e avevano concluso, tra il 10 settembre 1994 e il 31 dicembre 1999, una serie di accordi scritti, formalmente bilaterali, ma equivalenti, in pratica, ad accordi trilaterali, in forza dei quali tali imprese avevano proceduto o contribuito ad una ripartizione dei mercati dei prodotti, segmentando il mercato europeo degli articoli di merceria in metallo e in plastica, nonché dei mercati geografici, segmentando il mercato europeo degli aghi. All'art. 2 della decisione controversa la Commissione infliggeva alle ricorrenti un'ammenda di EUR 30 milioni. Nella decisione controversa, la Commissione indicava di aver fissato l'ammenda in funzione della gravità e della durata dell'infrazione. Il 28 gennaio 2005 la William Prym GmbH & Co. KG e la Prym Consumer GmbH & Co. proponevano un ricorso dinanzi al Tribunale diretto ad ottenere, in via principale, l'annullamento della decisione controversa nella parte che le concerne o, in subordine, l'annullamento o la riduzione dell'ammenda loro inflitta. Con sentenza 12 settembre 2007, causa T-30/05, Prym e Prym Consumer/Commissione (in prosieguo: la «sentenza impugnata»), il Tribunale accoglieva parzialmente il ricorso nella parte in cui era diretto alla riduzione dell'ammenda, constatando che alle ricorrenti era stato, ingiustamente, negato il beneficio della comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese. Nell'ambito della sua competenza giurisdizionale anche di merito ai sensi dell'art. 229 CE (oggi art. 261 TFUE), il Tribunale riduceva l'importo dell'ammenda inflitta alla William Prym GmbH & Co. KG e alla Prym Consumer GmbH & Co. Per il resto respingeva il ricorso. Queste ultime si rivolgevano alla Corte di giustizia per l'annullamento della sentenza del Tribunale. Con riguardo, in particolare, alla determinazione della gravità dell'infrazione, la Corte ha osservato:

« 54. Secondo una giurisprudenza costante, la gravità delle infrazioni al diritto comunitario della concorrenza va accertata in funzione di un gran numero di elementi, quali, segnatamente, le particolari circostanze del procedimento, il suo contesto e la portata dissuasiva delle ammende, e ciò senza che sia stato redatto un elenco vincolante o esaustivo di criteri da tenere obbligatoriamente in considerazione (v., in particolare, sentenze Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione [15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Racc. pag. I-8375], punto 465; 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione, Racc. pag. I-5425, punto 241, nonché 25 gennaio 2007, causa C-407/04 P, Dalmine/Commissione, Racc. pag. I-829, punto 129).

55. Di conseguenza, contrariamente a quanto fatto valere dalle ricorrenti, le dimensioni del mercato rilevante non costituiscono, in linea di principio, un fattore indispensabile, ma solo uno fra più fattori pertinenti per valutare la gravità dell'infrazione e fissare l'importo dell'ammenda (v., in tal senso, sentenza Dalmine/Commissione, cit., punto 132).

56. Al punto 89 della sentenza impugnata, il Tribunale ha nondimeno rilevato che, ai sensi del punto 1, A, quarto comma, degli orientamenti, è necessario, per valutare la gravità dell'infrazione, prendere in considerazione l'effettiva capacità economica delle imprese di arrecare un danno consistente agli altri operatori. Esso ha aggiunto che tale presa in considerazione comporta la necessità di determinare le dimensioni del mercato.

57. Le ricorrenti non contestano l'analisi svolta dal Tribunale, ma sostengono che quest'ultimo si è in seguito contraddetto ammettendo, al punto 101 della sentenza impugnata, che il riferimento alla posizione di leaders che esse avevano nel mercato rilevante potesse costituire una descrizione

sufficiente dell'impatto concreto dell'infrazione su tale mercato.

58. A tal proposito, occorre constatare che le ricorrenti danno un'errata lettura del punto 101 della sentenza impugnata. Invero, da tale punto risulta che il richiamo operato alla posizione di leaders delle ricorrenti sul mercato viene considerato come un criterio pertinente al fine di valutare l'effettiva capacità economica di queste ultime di arrecare un danno consistente agli altri operatori e non, come sostengono le ricorrenti, al fine di valutare l'impatto concreto dell'infrazione sul mercato.

59. Ciò non toglie che il Tribunale si è effettivamente contraddetto affermando, da una parte, al punto 89 della sentenza impugnata, che la valutazione della capacità economica di un'impresa di arrecare un danno consistente esige necessariamente la determinazione delle dimensioni del mercato e ritenendo, dall'altra, ai punti 99-101 della detta sentenza, che l'insufficienza della motivazione da esso constatata, a tal riguardo, possa essere compensata da altre constatazioni quali quella, nel caso di specie, della posizione di leaders che le ricorrenti occupavano nel detto mercato.

60. Tuttavia, tale contraddizione non può portare ad affermare, come chiedono le ricorrenti, che il Tribunale non abbia sufficientemente preso in considerazione la violazione da parte della Commissione del suo obbligo di motivazione per quanto concerne le dimensioni del mercato rilevante.

61. Infatti, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale al punto 89 della sentenza impugnata, prendere in considerazione, conformemente al punto 1, A, quarto comma, degli orientamenti, l'effettiva capacità economica degli autori d'infrazioni di arrecare un danno consistente agli altri operatori non comporta la necessità di determinare le dimensioni del mercato.

62. È vero che la Corte ha dichiarato che, per la fissazione dell'importo dell'ammenda, le quote di mercato detenute da un'impresa sono pertinenti al fine di stabilire l'influenza che quest'ultima ha potuto esercitare sul mercato (sentenza 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, Baustahlgewebe/Commissione, Racc. pag. I-8417, punto 139).

63. Tuttavia, per i motivi esposti dall'avvocato generale ai paragrafi 98-101 delle sue conclusioni, non si può desumere dalla giurisprudenza citata al punto precedente che, per valutare l'influenza di un'impresa sul mercato o, secondo i termini degli orientamenti, la sua effettiva capacità economica di arrecare un danno consistente agli altri operatori, si deve misurare tale capacità obbligando la Commissione a procedere ad una preventiva delimitazione del mercato nonché ad una valutazione delle sue dimensioni, tenendo conto del fatturato di tale impresa.

64. Per giunta, nel caso di un'infrazione quale quella di cui trattasi nel caso di specie, che consiste in una ripartizione di mercati, un'interpretazione tanto formalistica della citata sentenza Baustahlgewebe/Commissione, come quella difesa dalle ricorrenti, avrebbe la conseguenza d'imporre alla Commissione, relativamente al metodo di calcolo delle ammende, un obbligo al quale, secondo una giurisprudenza costante, essa non è assoggettata ai fini dell'applicazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], dal momento che l'infrazione in questione ha un oggetto anticoncorrenziale (v., in particolare, sentenze Aalborg Portland e a./Commissione [7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Racc. pag. I-123], punto 261, nonché Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione [21 settembre 2006, causa C-105/04 P, Racc. pag. I-8725], punto 125).

65. Il Tribunale ha quindi correttamente ammesso, ai punti 99-101 della sentenza impugnata, che la capacità economica delle ricorrenti di arrecare un danno consistente agli altri operatori poteva essere provata tramite constatazioni quali la loro posizione di leaders sul mercato pertinente.

66. Ne consegue che, nonostante la contraddizione di motivazione correttamente rilevata dalle ricorrenti nel ragionamento del Tribunale, la prima parte del terzo motivo deve essere respinta in quanto inconferente. [...]

72. Secondo una giurisprudenza costante, se la motivazione di una sentenza del Tribunale rivela una violazione del diritto comunitario, ma il suo dispositivo risulta fondato per altri motivi di diritto, l'impugnazione dev'essere respinta (v., in particolare, sentenze 9 giugno 1992, causa C-30/91 P, Lestelle/Commissione, Racc. pag. I-3755, punto 28, nonché 9 settembre 2008, cause riunite C-120/06

P e C-121/06 P, FIAMM e a./Consiglio e Commissione [Racc., pag. I-6513], punto 187).

73. Anche supponendo che una richiesta di sostituzione della motivazione possa essere accolta alle condizioni nelle quali essa è stata formulata dalla Commissione, tale richiesta, nel caso di specie, dovrebbe essere respinta.

74. Quanto, in primo luogo, all'obbligo o meno, per la Commissione di provare, ai fini del calcolo dell'ammenda, l'esistenza di un impatto concreto dell'infrazione sul mercato, occorre ricordare che, se anche tale impatto è un criterio da prendere in considerazione per valutare la gravità dell'infrazione, si tratta di uno tra più criteri, quali la natura propria dell'infrazione e l'estensione del mercato geografico. Del pari, risulta dal punto 1, A, primo comma, degli orientamenti che occorre prendere in considerazione tale impatto solo quando sia misurabile (sentenza 9 luglio 2009, causa C-511/06 P, Archer Daniels Midland/Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 125).

75. Per quanto riguarda le intese orizzontali di prezzi o di ripartizione dei mercati, risulta anche dagli orientamenti che tali intese possono essere qualificate come infrazioni molto gravi sulla sola base della loro natura, senza che la Commissione sia tenuta a dimostrare un impatto concreto dell'infrazione sul mercato. In tale fattispecie, l'impatto concreto dell'infrazione, se misurabile, costituisce solo uno dei vari fattori che possono consentire alla Commissione di aumentare l'importo di partenza dell'ammenda oltre l'importo minimo applicabile di EUR 20 milioni.

76. Nel caso di specie, l'intesa in questione aveva per oggetto una ripartizione di mercati e poteva, quindi, essere qualificata come infrazione molto grave senza che la Commissione fosse tenuta a dimostrare un suo impatto concreto sul mercato.

77. Tuttavia, il Tribunale ha constatato, al punto 111 della sentenza impugnata, che, nella parte della decisione controversa relativa al calcolo dell'ammenda, la Commissione ha dedicato, sotto il titolo «Impatto concreto dell'infrazione», tre punti all'esame di tale criterio.

78. Alla luce di ciò il Tribunale, che ha rilevato, al punto 109 della sentenza impugnata, che la Commissione non aveva mai sostenuto nel corso del procedimento che l'impatto concreto dell'infrazione non fosse misurabile, ha potuto, senza incorrere in un errore di diritto, ritenere, da una parte, che la Commissione considerasse misurabile l'impatto descritto nella decisione controversa e, dall'altra, che essa intendesse tenere conto di tale criterio ai fini del calcolo dell'importo dell'ammenda.

79. Quanto, in secondo luogo, agli elementi che la Commissione, in un siffatto caso, deve fornire per determinare un impatto concreto dell'infrazione sul mercato, si deve respingere la tesi di tale istituzione secondo la quale le sarebbe sufficiente a tal fine richiamare l'attuazione dell'intesa.

80. Un siffatto richiamo, senza un'ulteriore dimostrazione, si riduce infatti alla presunzione che l'attuazione dell'intesa abbia prodotto un effetto sul mercato.

81. Orbene, se anche l'esistenza di un impatto concreto dell'infrazione non è necessaria per qualificare l'infrazione come molto grave nel caso di un accordo con un oggetto anticoncorrenziale, l'ulteriore presa in considerazione di tale elemento consente alla Commissione di aumentare l'importo di partenza dell'ammenda oltre l'importo minimo applicabile di EUR 20 milioni fissato dagli orientamenti, senza altro limite che quello massimo del 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa interessata nel corso dell'esercizio sociale precedente, stabilito per l'importo complessivo dell'ammenda all'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003.

82. Alla luce di tali effetti, dal momento che la Commissione ritiene opportuno, ai fini del calcolo dell'ammenda, tenere conto del criterio facoltativo rappresentato dall'impatto concreto dell'infrazione sul mercato, essa non può limitarsi a presentare una mera presunzione, ma deve apportare, come rileva l'avvocato generale al paragrafo 140 delle sue conclusioni, indizi concreti, credibili e sufficienti che consentano di valutare quale effettiva influenza abbia potuto avere l'infrazione sul gioco della concorrenza nel detto mercato.

83. Pertanto, il Tribunale non è incorso in un errore di diritto dichiarando, in sostanza, ai punti 110 e 111 della sentenza impugnata, che la Commissione non poteva limitarsi a dedurre dall'attuazione dell'intesa, senza altra spiegazione, l'esistenza di effetti reali della stessa sul mercato e limitarsi a

fondare la sua decisione su una relazione di causa ed effetto tra l'attuazione dell'intesa e il suo impatto concreto sul mercato.

84. Dalle considerazioni che precedono risulta che la richiesta della Commissione di sostituire la motivazione deve, comunque, essere respinta. [...]

96. Quanto al primo errore di diritto invocato dalle ricorrenti, relativo alla pretesa qualificazione astratta dell'infrazione, cui il Tribunale ha proceduto senza considerare l'errata determinazione del suo impatto concreto sul mercato, va ricordato che, per la determinazione degli importi delle ammende, si deve tenere conto della durata delle infrazioni e di tutti gli elementi idonei a rientrare nella valutazione della loro gravità, quali il comportamento di ciascuna delle imprese, il ruolo giocato da ciascuna di esse nella determinazione delle pratiche concertate, il profitto che esse hanno potuto trarre da tali pratiche, le loro dimensioni e il valore delle merci interessate nonché il rischio che infrazioni di tale tipo rappresentano per gli obiettivi della Comunità europea (v. sentenze *Musique Diffusion française e a./Commissione* [7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, Racc. pag. 1825], punto 129, nonché *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, cit., punto 242). Ne consegue che l'effetto di una pratica anticoncorrenziale non è, di per sé, un criterio decisivo ai fini della valutazione dell'importo adeguato dell'ammenda. In particolare, elementi attinenti all'intenzionalità possono essere più rilevanti di quelli relativi ai detti effetti, soprattutto quando si tratti di infrazioni intrinsecamente gravi, quali la ripartizione dei mercati, elemento presente nel caso di specie (v. sentenza 2 ottobre 2003, causa C-194/99 P, *Thyssen Stahl/Commissione*, Racc. pag. I-10821, punto 118).

97. Per quanto concerne il secondo errore di diritto, secondo il quale il Tribunale avrebbe considerato erroneamente che l'importo di partenza dell'ammenda previsto dagli orientamenti per un'infrazione «molto grave» costituisce una soglia minima dalla quale non è possibile discostarsi, si deve rilevare che, al punto 190 della sentenza impugnata, il Tribunale si è limitato ad esaminare se il vizio da esso constatato in ordine alla valutazione dell'impatto concreto dell'infrazione avesse inciso sul calcolo dell'importo dell'ammenda. Nell'ambito di tale esame, esso ha in primo luogo constatato che la Commissione non aveva operato alcuna maggiorazione dell'importo di partenza a motivo dell'impatto sul mercato. Nell'esercitare la sua competenza giurisdizionale anche di merito, esso ha, in secondo luogo, ritenuto che l'importo di partenza stabilito nella decisione controversa potesse essere giustificato dalla qualificazione dell'infrazione come «molto grave». Il fatto che il Tribunale non abbia ritenuto opportuno, nelle circostanze del caso di specie, riformare l'importo di partenza fissato dalla Commissione non può significare che esso abbia considerato l'importo di EUR 20 milioni come una soglia minima al di sotto della quale non sarebbe possibile scendere.

98. Quanto all'argomento delle ricorrenti relativo alla prassi decisionale della Commissione, basta ricordare che questa non serve da quadro giuridico per la fissazione dell'importo delle ammende in materia di concorrenza, atteso che la Commissione dispone in tale dominio di un ampio potere discrezionale nell'esercizio del quale essa non è vincolata dalle proprie precedenti valutazioni (v., in particolare, sentenze *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, cit., punti 209-213, nonché *Archer Daniels Midland/Commissione*, cit., punto 82) ».

6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline c. Commissione*, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Racc. I-9291.

*La società GlaxoSmithKline Services Unlimited (in prosieguo: la «GSK») (causa C-501/06 P), la Commissione (causa C-513/06 P), l'European Association of Euro Pharmaceutical Companies (in prosieguo: l'«EAEP») (causa C-515/06 P) e l'Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (in prosieguo: l'«Aseprofar») (causa C-519/06 P) chiedono alla Corte di giustizia l'annullamento parziale della sentenza del Tribunale di primo grado del 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissione* (Racc. pag. II-2969), con cui sono stati annullati gli artt. 2-4 della decisione della Commissione 8 maggio 2001, 2001/791/CE, ed è stato respinto, quanto*

al resto, il ricorso proposto dalla GSK. Nella detta decisione la Commissione aveva ritenuto che la Glaxo Wellcome SA (in prosieguo: la «GW»), società controllata della GSK, attuando un accordo con i grossisti spagnoli che opera una distinzione tra i prezzi applicati ai grossisti in caso di vendita di farmaci rimborsabili a farmacie od ospedali entro i confini nazionali e i prezzi, più elevati, applicati in caso di esportazioni in qualsiasi altro Stato membro, avesse violato l'art. 81, par. 1, CE (oggi art. 101, par. 1, TFUE). La Commissione aveva poi respinto la domanda di esenzione del detto accordo ai sensi dell'art. 81, par. 3, CE (oggi art. 101, par. 3, TFUE). In merito al carattere anticoncorrenziale di un accordo, la Corte ha, in particolare, osservato:

« 54. Considerato che la Commissione, l'Aseprofar e l'EAEPD sostengono che il Tribunale sia incorso in un errore di diritto nelle proprie valutazioni relative all'oggetto anticoncorrenziale delle condizioni generali di vendita e chiedono alla Corte di confermare il punto 2 del dispositivo della sentenza impugnata, procedendo ad una sostituzione della motivazione, i loro argomenti devono essere esaminati prima di quelli invocati dalla GSK a sostegno della sua impugnazione.

55. In primo luogo, si deve rammentare che, al fine di stabilire se una pratica rientri nel divieto enunciato dall'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], l'oggetto e l'effetto anticoncorrenziale non sono condizioni cumulative, bensì alternative. Orbene, secondo giurisprudenza costante sin dalla sentenza 30 giugno 1966, causa 56/65, LTM (Racc. pag. 262, in particolare pag. 281), l'alternatività di tali condizioni, espressa dalla disgiunzione «o», rende anzitutto necessario considerare l'oggetto stesso della pratica concordata, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultima deve trovare applicazione. Nel caso in cui, invece, l'analisi del tenore della pratica concordata non rivelasse un pregiudizio per la concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti e, per poterla vietare, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovino che il gioco della concorrenza sia stato di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile. Dalla giurisprudenza emerge parimenti che non occorre esaminare gli effetti di un accordo una volta che sia stato accertato l'oggetto anticoncorrenziale del medesimo (v., in tal senso, sentenza 4 giugno 2009, causa C-8/08, causa T-Mobile Netherlands e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 28 e 30).

56. In secondo luogo, l'esame prioritario degli argomenti relativi all'oggetto anticoncorrenziale delle condizioni generali di vendita rispetto a quelli relativi ai suoi effetti anticoncorrenziali appare tanto più giustificato in quanto, se l'errore di diritto invocato dalla Commissione, dall'Aseprofar e dall'EAEPD fosse confermato, occorrerebbe respingere direttamente l'impugnazione della GSK riguardante la motivazione della sentenza impugnata relativa all'effetto anticoncorrenziale delle condizioni medesime.

57. Occorre, conseguentemente, verificare se il giudizio del Tribunale quanto all'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale delle dette condizioni, richiamata supra ai punti 41-46, risulti conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza in materia.

58. A tal riguardo, si deve sottolineare che, secondo costante giurisprudenza, al fine di valutare il carattere anticoncorrenziale di un accordo, occorre far riferimento, segnatamente, al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi dallo stesso perseguiti nonché al contesto economico e giuridico in cui esso si colloca (v., in tal senso, sentenze 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ International Belgium e a./Commissione, Racc. pag. 3369, punto 25, nonché 20 novembre 2008, causa C-209/07, Beef Industry Development Society e Barry Brothers [Racc., pag. I-8637], punti 16 e 21). Inoltre, benché l'intenzione della parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo, nulla vieta alla Commissione o ai giudici comunitari di tenerne conto (v., in tal senso, sentenza IAZ International Belgium e a./Commissione, cit., punti 23-25).

59. Nel settore del commercio parallelo, la Corte ha già avuto l'occasione di dichiarare che, in linea di principio, accordi volti ad impedire o limitare tale commercio sono diretti ad impedire la concorrenza (v., in tal senso, sentenze 1 febbraio 1978, causa 19/77, Miller International Schallplatten/Commissione, Racc. pag. 131, punti 7 e 18, nonché 12 luglio 1979, cause riunite 32/78 e

da 36/78 a 82/78, BMW Belgium e a./Commissione, Racc. pag. 2435, punti 20-28 e 31).

60. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 155 delle conclusioni, tale principio, secondo cui un accordo diretto a restringere il commercio parallelo deve essere considerato «come avente un oggetto restrittivo per la concorrenza», trova applicazione nel settore farmaceutico.

61. A tal riguardo la Corte ha d'altronde affermato, nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 81 CE e in una causa attinente al settore farmaceutico, che un accordo tra produttore e distributore allo scopo di ristabilire le barriere nazionali nel commercio tra Stati membri può essere tale da impedire il perseguimento dell'obiettivo del Trattato diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. In tal senso, la Corte ha ripetutamente qualificato accordi diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali o rendendo più ardua l'integrazione dei mercati nazionali, segnatamente quelli diretti a vietare o a limitare le esportazioni parallele, come accordi aventi ad oggetto la limitazione della concorrenza ai sensi del detto articolo del Trattato (sentenza 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélouk kai Sia e a. [Racc. pag. I-7139], punto 65 e giurisprudenza ivi citata).

62. Per quanto attiene all'affermazione del Tribunale, secondo cui, se è pacifico che un accordo diretto a limitare il commercio parallelo dev'essere considerato, in linea di principio, diretto a restringere la concorrenza, ciò è vero nella misura in cui possa presumersi che l'accordo privi i consumatori finali dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento e di prezzi, si deve rilevare che né il tenore dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE], né la giurisprudenza consentono di avvalorare tale affermazione.

63. Da un lato, dalla detta disposizione non emerge minimamente che unicamente gli accordi che privino i consumatori di taluni benefici possano presentare un oggetto anticoncorrenziale. Dall'altro, si deve sottolineare che la Corte ha affermato che l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi (v., per analogia, sentenza T-Mobile Netherlands e a., cit., punti 38 e 39).

64. Ne consegue che, subordinando l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale alla prova che le condizioni generali di vendita implicino inconvenienti per i consumatori finali ed escludendo l'esistenza di tale oggetto nelle condizioni medesime, il Tribunale è incorso in un errore di diritto.

65. Si deve tuttavia rammentare che, se la motivazione di una sentenza del Tribunale rivela una violazione del diritto comunitario, ma il suo dispositivo risulta fondato per altri motivi di diritto, una siffatta violazione non è tale da comportare l'annullamento della sentenza (v., in tal senso, sentenze 9 giugno 1992, causa C-30/91 P, Lestelle/Commissione, Racc. pag. I-3755, punto 28, nonché 12 novembre 1996, causa C-294/95 P, Ojha/Commissione, Racc. pag. I-5863, punto 52).

66. Ciò è quanto ricorre nella specie. È infatti sufficiente rilevare che, nel punto 2 del dispositivo della sentenza impugnata, il Tribunale ha confermato l'art. 1 della decisione controversa in cui la Commissione aveva dichiarato che le condizioni generali di vendita violavano l'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101 TFUE]. Conseguentemente, non occorre annullare il punto 2 del dispositivo della sentenza impugnata.

67. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, l'impugnazione della GSK, nella parte in cui è volta a dimostrare la compatibilità delle condizioni generali di vendita con l'art. 81, n. 1, CE dev'essere respinta in quanto infondata ».

29 giugno 2010, Commissione c. Alrosa Company Ltd, causa C-441/07 P, non ancora pubblicata in Raccolta.

Per la parte in fatto, si rinvia supra in questa sezione. La Commissione chiede l'annullamento della

sentenza del Tribunale di primo grado del 11 luglio 2007, causa T-170/06, Alrosa/Commissione (Racc. pag. II-2601), con la quale quest'ultimo ha annullato la decisione della Commissione 22 febbraio 2006, 2006/520/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 del Trattato CE (oggi art. 102 TFUE) e dell'articolo 54 dell'accordo SEE (caso COMP/B-2/38.381 – De Beers), che rende obbligatori gli impegni assunti dalla De Beers SA (in prosieguo: la «De Beers») di porre termine ai suoi acquisti di diamanti grezzi presso la Alrosa Company Ltd (in prosieguo: la «Alrosa») a partire dal 2009, a seguito di una fase progressiva di riduzione dei suoi volumi di acquisto dal 2006 al 2008 e che pone termine al procedimento, a norma dell'art. 9 del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 (oggi art. 101 TFUE) e 82 del Trattato. Con riguardo all'assunzione di impegni da parte delle imprese oggetto di un procedimento per violazione degli artt. (101 e 102 TFUE), ed in particolare al rispetto del principio di proporzionalità nell'imposizione di detti impegni, la Corte ha osservato:

« 34. Emerge dall'art. 9 del regolamento n. 1/2003 che, qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione, la Commissione può rendere obbligatori per le imprese interessate gli obblighi da esse proposti, laddove essi siano tali da rispondere alle preoccupazioni in materia di concorrenza identificate nella sua valutazione preliminare.

35. Si tratta in tal caso di un nuovo meccanismo introdotto dal regolamento n. 1/2003 e volto a garantire l'applicazione efficace delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato CE mediante l'adozione di decisioni che rendono obbligatori gli impegni proposti dalle parti e giudicati appropriati dalla Commissione al fine di fornire una soluzione più rapida ai problemi di concorrenza da essa identificati, invece di avviare l'iter per la constatazione formale di un'infrazione. Più particolarmente, l'art. 9 del citato regolamento è ispirato da considerazioni di economia processuale e consente alle imprese di prendere pienamente parte al procedimento, proponendo le soluzioni che esse ritengono più appropriate e adeguate per rispondere alle citate preoccupazioni della Commissione.

36. Come rilevato dalle parti e dall'avvocato generale al paragrafo 42 delle sue conclusioni, se è vero che nell'art. 9 del regolamento n. 1/2003, diversamente che nell'art. 7 di quest'ultimo, non si fa espressamente riferimento alla nozione di proporzionalità, è pur vero che, quale principio generale del diritto dell'Unione, il principio di proporzionalità costituisce il parametro per valutare la legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni dell'Unione, incluse le decisioni della Commissione nella sua qualità di autorità garante della concorrenza.

37. Ciò posto, nell'ambito di un controllo delle azioni intraprese dalla Commissione, sia nel contesto dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003 che in quello dell'art. 9 di quest'ultimo, si pongono sempre, da un lato, la questione della portata e dei limiti esatti degli obblighi che derivano dal rispetto di tale principio e, dall'altro, la questione dei limiti del sindacato giurisdizionale esercitato.

38. Così, le caratteristiche specifiche dei meccanismi previsti negli artt. 7 e 9 del regolamento n. 1/2003 e i mezzi di azione che offre tale regolamento in virtù di ciascuna di tali disposizioni sono diversi, il che implica che l'obbligo di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, incombente alla Commissione, ha una portata e un contenuto diversi a seconda che esso sia considerato nel contesto dell'uno o dell'altro di tali articoli.

39. L'art. 7 del regolamento n. 1/2003 indica espressamente la portata del principio di proporzionalità nelle situazioni che rientrano nel suo ambito di applicazione. Infatti, ai sensi dell'art. 7, n.1, del regolamento n. 1/2003, la Commissione può imporre alle imprese interessate l'adozione di tutti i rimedi strutturali o comportamentali purché siano proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione.

40. Invece, l'art. 9 di tale regolamento prevede unicamente che, nell'ambito di un procedimento avviato in forza di tale disposizione, come emerge dal tredicesimo 'considerando' di detto regolamento, la Commissione è dispensata dall'obbligo di qualificare e di constatare l'infrazione, e il suo ruolo si limita al controllo, e all'eventuale accettazione, degli impegni proposti dalle imprese

interessate, alla luce dei problemi che essa ha identificato nella sua valutazione preliminare e in considerazione degli scopi che essa persegue.

41. L'attuazione da parte della Commissione del principio di proporzionalità nel contesto dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 si limita alla sola verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni. Nell'esercizio di tale verifica, la Commissione deve tuttavia prendere in considerazione gli interessi dei terzi.

42. Il sindacato giurisdizionale, da parte sua, riguarda unicamente la questione se la valutazione effettuata dalla Commissione sia manifestamente errata.

43. Orbene, nella sentenza impugnata, il Tribunale si basa sulla tesi secondo la quale l'applicazione del principio di proporzionalità produce effetti identici riguardo sia alle decisioni prese a titolo dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003 sia a quelle adottate in forza dell'art. 9 di tale regolamento.

44. Al punto 101 della sentenza impugnata, il Tribunale ha in particolare constatato che sarebbe in contrasto con l'economia del regolamento n. 1/2003 il fatto che una decisione la quale, ai sensi dell'art. 7, n. 1, di tale regolamento, dovrebbe essere considerata non proporzionata all'infrazione accertata possa essere adottata facendo ricorso al procedimento ex art. 9, n. 1, sotto forma di un impegno reso obbligatorio.

45. Tale constatazione è errata.

46. Infatti, tali due disposizioni del regolamento n. 1/2003 perseguono, come già rilevato al punto 38 della presente sentenza, due obiettivi diversi che mirano l'uno a porre fine all'infrazione constatata, e l'altro a rispondere alle preoccupazioni della Commissione risultanti dalla sua valutazione preliminare.

47. Pertanto, non vi sono presupposti perché la misura che potrebbe eventualmente essere imposta nel contesto dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003 debba servire da riferimento ai fini della valutazione della portata degli impegni accettati in applicazione dell'art. 9 di tale regolamento e che si debba considerare automaticamente sproporzionato tutto quanto vada oltre la citata misura. Quindi, anche se certamente ciascuna delle decisioni adottate a titolo di tali due disposizioni è assoggettata al principio di proporzionalità, l'applicazione di tale principio è tuttavia diversa a seconda che l'una o l'altra di tali disposizioni sia interessata.

48. Le imprese che propongono impegni in base all'art. 9 del regolamento n. 1/2003 accettano coscientemente che le loro concessioni possono eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa adotterebbe conformemente all'art. 7 di tale regolamento a seguito di un'inchiesta approfondita. Per contro, la conclusione del procedimento d'infrazione avviato nei confronti di tali imprese consente loro di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l'eventuale irrogazione di un'ammenda.

49. Inoltre, il fatto che gli impegni individuali proposti da un'impresa siano stati resi obbligatori dalla Commissione non implica che altre imprese siano private della possibilità di tutelare i propri diritti, se del caso, nell'ambito delle loro relazioni con tale impresa.

50. Occorre, pertanto, concludere che la Commissione ha fondatamente sostenuto che il Tribunale è incorso in errore considerando, nella sentenza impugnata, che, per quanto riguarda le decisioni adottate a titolo dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003, l'applicazione del principio di proporzionalità deve essere valutata con riferimento al modo in cui essa lo è nel contesto del controllo delle decisioni prese in forza dell'art. 7 di tale regolamento, nonostante tali due disposizioni rispondano a logiche diverse. [...]

59. Si deve rammentare che la Commissione ha esaminato gli impegni congiunti dopo aver invitato i terzi a presentare le loro osservazioni e dopo aver constatato che i risultati di tale consultazione pubblica erano negativi. Essa ne ha dedotto che tali impegni non erano sufficienti.

60. Al fine di rispondere alla censura della Commissione e di valutare se effettivamente, come sostenuto da quest'ultima, il Tribunale abbia violato il margine discrezionale di cui essa dispone

nell'ambito dell'accettazione di impegni a titolo dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003, occorre anzitutto precisare l'ampiezza di tale margine discrezionale.

61. Atteso che la Commissione non è tenuta a cercare essa stessa alternative meno onerose o più moderate agli impegni sottoposte, come rilevato ai punti 40 e 41 della presente sentenza, l'unico obbligo ad essa incombente nel caso di specie, relativamente alla proporzionalità degli impegni, era di verificare se gli impegni congiunti, proposti nell'ambito del procedimento avviato ex art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], fossero sufficienti a rispondere alle preoccupazioni da essa identificate nell'ambito del procedimento avviato ex art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

62. Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 80 e seguenti delle sue conclusioni, la Commissione, sulla scorta dei risultati dell'indagine di mercato da essa compiuta, è pervenuta alla conclusione che gli impegni congiunti non erano idonei a risolvere i problemi in materia di concorrenza da essa identificati.

63. Il Tribunale avrebbe potuto decidere che la Commissione aveva commesso un errore manifesto di valutazione unicamente qualora avesse constatato che la citata conclusione cui è pervenuta la Commissione era evidentemente infondata, alla luce degli elementi di fatto da essa stabiliti.

64. Tuttavia, il Tribunale non perviene affatto ad una tale constatazione.

65. Per contro, esso ha esaminato altre soluzioni meno onerose ai fini dell'applicazione del principio di proporzionalità, ivi comprese eventuali modifiche degli impegni congiunti, nei punti 128 e 129, nonché nei punti 137-153 della sentenza impugnata.

66. Il Tribunale ha espresso, nei punti 129-136 di tale sentenza, la sua valutazione divergente avente ad oggetto l'idoneità degli impegni congiunti ad eliminare i problemi di concorrenza identificati dalla Commissione prima di giungere alla conclusione, nel punto 154 di detta sentenza, che esistevano nel caso di specie soluzioni alternative meno onerose per le imprese del totale divieto di effettuare operazioni commerciali.

67. Così facendo, il Tribunale ha presentato una propria valutazione di circostanze economiche complesse ed ha quindi sostituito la propria valutazione a quella della Commissione, violando in tal modo il margine discrezionale di quest'ultima, invece di verificare la legittimità della valutazione della Commissione.

68. L'errore così commesso dal Tribunale giustifica, di per sé, l'annullamento della sentenza impugnata. [...]

85. Nella sentenza impugnata, il Tribunale muove dalla premessa secondo la quale, nelle circostanze della fattispecie, soprattutto alla luce del fatto che i procedimenti avviati dalla Commissione ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE sono stati sempre trattati de facto come un unico procedimento sia da parte della Commissione sia da parte della De Beers e della Alrosa, quest'ultima avrebbe dovuto ottenere il riconoscimento dei diritti concessi ad un'«impresa interessata» ai sensi del regolamento n. 1/2003, benché essa non sia tale, stricto sensu, nel procedimento relativo all'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

86. Dopo aver riconosciuto, al punto 195 della sentenza impugnata, che la Commissione aveva certo il diritto di ritenere, dopo aver ricevuto le osservazioni dei terzi, che gli impegni congiunti non rispondessero alle preoccupazioni espresse nell'ambito della sua valutazione preliminare, il Tribunale ha tuttavia statuito, al punto 196 di tale sentenza, che il rispetto del diritto al contraddittorio esige che in un caso come quello di specie, da un lato, le imprese che hanno proposto impegni vengano informate degli elementi essenziali di fatto sui quali la Commissione si è basata per esigere nuovi impegni e, dall'altro, che esse possano esprimersi a tal riguardo. Orbene, nel caso di specie la Alrosa ha ricevuto soltanto un'informazione sommaria circa le conclusioni che la Commissione traeva dalle osservazioni dei terzi. In particolare, nel corso della riunione del 27 ottobre 2005, la Alrosa aveva ricevuto una sintesi delle osservazioni dei terzi ed era stata informata del tenore degli impegni che la Commissione si aspettava dalle parti, a seguito del risultato negativo della consultazione dei terzi, ossia la cessazione di ogni relazione a decorrere dal 2009 e una nuova proposta di impegni su tale base.

87. Il Tribunale ha concluso, al punto 201 della sentenza impugnata, che la Alrosa non aveva

beneficiario della possibilità di esercitare pienamente il suo diritto al contraddittorio in merito agli impegni individuali della De Beers a causa del fatto che le osservazioni dei terzi le erano state trasmesse contemporaneamente all'estratto degli impegni individuali di quest'ultima, ed era stata posta così nell'impossibilità di rispondervi utilmente e di proporre nuovi impegni congiunti con la De Beers.

88. Occorre rilevare a tale proposito che, nella fattispecie, due procedimenti sono stati avviati dalla Commissione, uno in forza dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], riguardante il comportamento nel mercato dei diamanti grezzi della De Beers e della Alrosa, l'altro, ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], relativo alle pratiche unilaterali della De Beers. Nell'ambito di tali due procedimenti sono state trasmesse separatamente le comunicazioni degli addebiti rispettivamente alla De Beers e alla Alrosa. Ne deriva che la Alrosa avrebbe potuto essere considerata «impresa interessata» solo nell'ambito del procedimento avviato ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], per il quale nessuna decisione è stata adottata. In tale contesto, la Alrosa non potrebbe dunque far valere diritti procedurali riservati alle parti nel procedimento relativo agli impegni individuali, dato che questi ultimi erano stati proposti dalla De Beers nel contesto del procedimento amministrativo relativo all'applicazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] recante il riferimento COMP/E-2/38.381, al quale la decisione controversa ha posto fine.

89. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 176 e 177 delle sue conclusioni, solo dimostrando che la Commissione ha avviato, senza una ragione oggettiva, per una situazione di fatto unitaria due procedimenti separati dovrebbero essere riconosciuti alla Alrosa i diritti concessi ad un'impresa interessata nell'ambito del procedimento avviato ai sensi dell'art. 82 CE. Il Tribunale non ha tuttavia accertato, nel caso di specie, un siffatto sviamento di potere da parte della Commissione e non aveva del resto alcun motivo per farlo. Infatti, lo svolgimento di due procedimenti amministrativi separati da parte della Commissione era oggettivamente giustificato alla luce dei diversi fondamenti giuridici sostanziali dei medesimi, vale a dire l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], da un lato, e l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], dall'altro. Per quanto riguarda il procedimento avviato ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], solo la De Beers, quale impresa asseritamente detentrica di una posizione dominante nel mercato, poteva essere destinataria della comunicazione degli addebiti e della decisione della Commissione che ha concluso tale procedimento.

90. Ciò posto, un'impresa terza che si ritiene lesa da una decisione adottata in forza degli artt. 7 o 9 del regolamento n. 1/2003 è legittimata a tutelare i suoi diritti mediante un ricorso avverso tale decisione. Tuttavia non ne consegue che una siffatta impresa, come la Alrosa nel caso di specie, acquisisca la qualità di «parte interessata» ai sensi dell'art. 27, n. 2, del regolamento n. 1/2003.

91. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 175 delle sue conclusioni, nell'ambito del procedimento avviato ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], conclusosi con la decisione controversa, alla Alrosa spettavano dunque solo i diritti, meno ampi, di un terzo interessato.

92. Occorre rilevare peraltro che nel suo ragionamento il Tribunale si è basato su una tesi errata, secondo la quale la Commissione era tenuta a fornire alla Alrosa un chiarimento motivato sulle ragioni per le quali le osservazioni dei terzi avevano modificato la sua posizione sull'idoneità degli impegni congiunti, al fine di consentirle di proporre nuovi impegni congiunti con la De Beers.

93. A tale proposito il Tribunale, da un lato, al punto 196 della sentenza impugnata, ha accertato che la Alrosa ha ricevuto soltanto un'informazione sommaria circa le conclusioni che la Commissione traeva dalle osservazioni dei terzi e, dall'altro, al punto 201 di tale sentenza, ha rilevato che la versione non riservata delle osservazioni dei terzi era stata trasmessa alla Alrosa tardivamente e contemporaneamente all'estratto degli impegni individuali della De Beers, mettendola così nell'impossibilità di potervi rispondere utilmente e di proporre nuovi impegni congiunti con la De Beers.

94. Orbene, si deve rilevare che l'accettazione degli impegni individuali della De Beers da parte della Commissione non dipendeva dalla posizione della Alrosa, o di qualsivoglia altra impresa, a tale proposito. Emerge dall'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1/2003 che la Commissione dispone di un

ampio margine discrezionale nel rendere obbligatoria una proposta di impegno o nel respingerla.

95. Conseguenza da quanto suesposto che anche il secondo motivo di impugnazione è fondato in quanto, da un lato, il Tribunale ha interpretato erroneamente la nozione di «impresa interessata» ai sensi del regolamento n. 1/2003, comparando la situazione giuridica della Alrosa nel contesto del procedimento relativo agli impegni individuali a quella della De Beers, e, dall'altro, esso si è basato su una tesi errata, secondo la quale la Commissione era tenuta a giustificare il suo rigetto degli impegni congiunti e a proporre alla Alrosa di sottoporle nuovi impegni congiunti con la De Beers.

96. Non si devono dunque esaminare gli altri argomenti sollevati dalla Commissione nell'ambito del suo secondo motivo.

97. Di conseguenza, la sentenza impugnata deve essere annullata. [...]

98. Ai sensi dell'art. 61 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, quando la decisione del Tribunale di primo grado è annullata, la Corte di giustizia può statuire sulla controversia, qualora lo stato degli atti lo consenta.

99. Poiché lo stato degli atti lo consente, occorre statuire nel merito del ricorso della Alrosa diretto all'annullamento della decisione controversa.

100. La Alrosa ha dedotto dinanzi al Tribunale tre motivi a sostegno del suo ricorso i quali si riferiscono, in primo luogo, alla violazione del diritto al contraddittorio, in secondo luogo, alla violazione da parte della decisione controversa delle disposizioni dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 che vietano di imporre ad un'impresa interessata, per di più senza limite di durata, gli impegni da essa non volontariamente sottoscritti e, in terzo luogo, all'eccessiva gravosità degli impegni resi obbligatori, in violazione degli artt. 9 del regolamento n. 1/2003 e 82 CE, della libertà di contrarre e del principio di proporzionalità. [...]

101. In primo luogo, la Alrosa sostiene che la decisione controversa viola il diritto al contraddittorio, il quale costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione, riconosciuto dalla Corte in diverse occasioni, e include, nell'ambito delle controversie riguardanti la concorrenza, sia l'obbligo in capo alla Commissione di comunicare i suoi addebiti all'impresa interessata sia il diritto di quest'ultima di fornirvi una risposta. Orbene, la Commissione non avrebbe espresso «particolari nuove preoccupazioni» dopo aver ricevuto i commenti dei terzi. La modifica delle conclusioni della Commissione si spiegherebbe dunque solo in riferimento alla «propria analisi» condotta dalla direzione generale «Concorrenza», a seguito della quale la Commissione non l'avrebbe posta nelle condizioni di esercitare il diritto al contraddittorio a tale proposito.

102. La circostanza che la Alrosa non fosse formalmente parte del procedimento avviato a titolo dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] non la priverebbe del diritto al contraddittorio, dal momento che la citata direzione generale avrebbe riconosciuto, in una lettera dell'8 febbraio 2006, che talune «circostanze eccezionali» giustificavano che essa fosse sentita, in quanto impresa direttamente e individualmente interessata.

103. La Commissione replica che la Alrosa non era parte del procedimento di cui trattasi e chiede quale sia il fondamento giuridico sul quale si basa la Alrosa per invocare il diritto al contraddittorio.

104. Relativamente alla citata lettera dell'8 febbraio 2006, la Commissione ritiene che il diritto ad essere sentita durante il procedimento avviato a titolo dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], di cui la Alrosa si avvale e che è stato riconosciuto dal consigliere-auditore nella stessa lettera, avesse una portata diversa rispetto a quella del diritto accordato alle imprese sottoposte ad un'inchiesta della Commissione.

105. Benché la Alrosa abbia rivestito un ruolo particolare nel procedimento, la Commissione considera che, poiché essa ha avuto solo lo status di terzo interessato, il diritto al contraddittorio si limitava nel suo caso alla facoltà di presentare osservazioni, facoltà che è stata invitata ad esercitare in diverse fasi del procedimento. La Commissione sostiene che la Alrosa ha dunque pienamente beneficiato del diritto al contraddittorio.

106. In secondo luogo, la Alrosa fa valere che la decisione controversa viola l'art. 9 del regolamento n. 1/2003 il quale, a suo parere, autorizza la Commissione ad accettare unicamente gli impegni

congiunti, e non gli impegni individuali. Si dovrebbe parimenti interpretare tale art. 9 nel senso che una decisione che renda obbligatori taluni impegni debba essere adottata solo per un periodo di tempo determinato.

107. La Commissione sostiene che la locuzione «imprese interessate» non implica che possano essere proposti unicamente impegni congiunti presentati da tutte le imprese interessate dall'impegno, o che potrebbero esserlo. Una siffatta interpretazione presupporrebbe che tutte le imprese che sono parti agli accordi di cui trattasi, anche qualora non siano interessate dal procedimento avviato ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], debbano presentare formalmente impegni ed essere destinatarie della decisione adottata in applicazione di detto art. 9. Orbene, secondo la Commissione, poiché il procedimento avviato a titolo dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] aveva ad oggetto unicamente un addebito di abuso di posizione dominante nei confronti della De Beers, quest'ultima è stata l'unica impresa a proporre impegni e ad essere destinataria della decisione adottata a titolo dello stesso art. 9.

108. Sull'asserito obbligo in capo alla Commissione di accettare impegni solo per un periodo limitato, quest'ultima ritiene che tale affermazione sia fondata su un'interpretazione errata dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003. Il fatto che la decisione della Commissione con cui essa accetta determinati impegni «può» essere adottata per un periodo di tempo determinato non sarebbe tale da imporre a tale istituzione di adottare la citata decisione per un tale periodo.

109. La Alrosa afferma, in terzo luogo, che l'interdizione imposta alla De Beers di acquistare da essa diamanti grezzi viola gli artt. 82 CE [ora art. 102 TFUE] e 9 del regolamento n. 1/2003 in quanto essa impone alle parti interessate un divieto assoluto e potenzialmente illimitato di contrarre, non giustificato nel caso di specie. La decisione controversa violerebbe quindi il principio fondamentale della libertà di contrarre.

110. Inoltre, un divieto assoluto non sarebbe necessario per rispondere alle preoccupazioni della Commissione in materia di concorrenza a titolo dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]. La Alrosa sostiene che, a tale riguardo, la decisione controversa violerebbe il principio di proporzionalità.

111. La Commissione fa valere che la libertà di contrarre è limitata, in particolare, dagli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE].

112. Essa non contesta l'argomento secondo il quale il principio di proporzionalità si estende anche ad un'analisi dell'impatto sui terzi, ma ribadisce di aver correttamente preso in considerazione i legittimi interessi commerciali della Alrosa.

113. La Commissione sostiene che il suo compito principale consisteva nel verificare che gli impegni individuali della De Beers fossero sufficienti a rispondere alle sue preoccupazioni in materia di concorrenza. Essa ritiene che, prima facie, la De Beers poteva proporre impegni che non eccedessero quanto necessario per rispondere in modo sufficiente alle citate preoccupazioni. Essa aggiunge che non era affatto tenuta a studiare ipotesi alternative che andassero oltre gli impegni effettivamente proposti dalla De Beers, in quanto, concretamente, era solo necessario effettuare un confronto con la precedente proposta di impegni congiunti.

114. Emergerebbe dall'analisi effettuata dalla Commissione che gli impegni congiunti proposti non rispondevano in modo soddisfacente alle sue preoccupazioni in materia di concorrenza. La Commissione, quindi, considera che erano necessari impegni che andassero oltre tali impegni congiunti.

115. La Commissione è del parere che il Tribunale doveva limitarsi a verificare se la decisione controversa fosse viziata da un errore manifesto di valutazione, e ad esso non spettava certo determinare, effettuando una valutazione economica complessa, se gli impegni offerti fossero sufficienti a rispondere alle sue preoccupazioni. Sarebbe infatti pacifico che la Commissione dispone di un ampio margine discrezionale nel settore in esame.

116. La Commissione rammenta che, poiché non ha ricevuto nessun'altra proposta di impegni, la sola alternativa che le si prospettava consisteva nel riaprire il procedimento che conduceva all'adozione di una decisione a titolo dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003, se del caso nei confronti sia della Alrosa sia della De Beers, ma si sarebbe potuto difficilmente qualificare tale alternativa come

il mezzo più idoneo per rispondere alle sue preoccupazioni in materia di concorrenza.

117. La Commissione ritiene dunque che gli impegni individuali della De Beers, resi obbligatori con la decisione controversa, fossero idonei e necessari a rispondere alle citate preoccupazioni e che l'asserita violazione del principio di proporzionalità non è dunque dimostrata. [...]

118. Emerge dalle considerazioni esposte ai punti 85-95 della presente sentenza che il primo motivo sollevato in primo grado non può essere accolto.

119. Infatti, l'insieme di censure sollevate dalla Alrosa nell'ambito del citato motivo si basa sulla premessa secondo la quale essa avrebbe dovuto beneficiare di diritti procedurali più ampi di quelli normalmente concessi ai terzi interessati. Orbene, tale premessa è stata esplicitamente respinta nel punto 91 della presente sentenza.

120. Per quanto riguarda il secondo e il terzo motivo dedotti in primo grado, anch'essi devono essere respinti. Infatti, emerge da tutte le considerazioni esposte nella presente sentenza che, nell'adottare la decisione controversa, la Commissione non ha commesso alcun errore di diritto né un errore manifesto di valutazione, e non ha violato nemmeno il principio di proporzionalità. La Alrosa non è riuscita a dimostrare che gli impegni individuali proposti dalla De Beers e resi obbligatori dalla Commissione eccedevano manifestamente quanto necessario per rispondere alle preoccupazioni espresse da quest'ultima nella sua valutazione preliminare.

121. Di conseguenza, non possono essere accolti i motivi dedotti dalla Alrosa avverso la decisione controversa, e il ricorso da essa proposto dinanzi al Tribunale dev'essere respinto ».

13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, causa C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649

La Pierre Fabre Dermo-Cosmétique è una delle società del gruppo Pierre Fabre. Essa opera nel settore della produzione e della commercializzazione di prodotti cosmetici e di igiene personale e dispone di varie controllate, fra cui, in particolare, i laboratori Klorane, Ducray, Galénic e Avène, i cui prodotti cosmetici e di igiene personale sono venduti, sotto tali marchi, soprattutto per il tramite di farmacisti, sul mercato francese nonché su quello europeo. I prodotti in questione sono prodotti cosmetici e di igiene personale che non rientrano nella categoria dei medicinali e sono sottratti, pertanto, al monopolio dei farmacisti previsto dal codice della sanità pubblica. Nell'anno 2007, il gruppo Pierre Fabre deteneva una quota del mercato francese di tali prodotti pari al 20%. I contratti di distribuzione di detti prodotti riguardanti i marchi Klorane, Ducray, Galénic e Avène precisano che la vendita deve essere effettuata esclusivamente in uno spazio fisico, con la presenza obbligatoria di un laureato in farmacia. Tali requisiti escludono, di fatto, tutte le forme di vendita via Internet. Con decisione 27 giugno 2006, l'Autorité de la concurrence ha proceduto d'ufficio all'esame di pratiche attuate nel settore della distribuzione dei prodotti cosmetici e di igiene personale. Con decisione 8 marzo 2007, n. 07-D-07, l'Autorité de la concurrence ha accettato e reso vincolanti gli impegni proposti dall'insieme delle imprese interessate, ad eccezione della Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, consistenti nel modificare i loro contratti di distribuzione selettiva al fine di prevedere la possibilità per i membri della loro rete, a determinate condizioni, di vendere i loro prodotti su Internet. Quanto alla Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, il procedimento a suo carico è stato stralciato. Nel corso del procedimento amministrativo, la Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ha spiegato che i prodotti in questione, per loro natura, richiedono la presenza fisica di un laureato in farmacia sul luogo di vendita durante l'intero orario di apertura. Tenuto conto della potenziale incidenza sul commercio tra Stati membri, l'Autorité de la concurrence ha analizzato la pratica di cui trattasi alla luce delle disposizioni del diritto della concorrenza francese e del diritto dell'Unione. Nella sua decisione, l'Autorité de la concurrence ha rilevato che tale divieto di vendita tramite Internet equivaleva ad una limitazione della libertà commerciale dei distributori della Pierre Fabre Dermo-Cosmétique attraverso l'esclusione di un mezzo di commercializzazione dei suoi prodotti e che tale prativa non poteva beneficiare di un'esenzione individuale ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, CE (ora articolo 101, paragrafo 3, TFUE), e dell'art. L. 420-4, n. 1, del codice di

commercio. A seguito di ricorso della Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, la cour d'appel de Paris (Corte d'Appello di Parigi) ha deciso di sospendere il procedimento per chiedere alla se il divieto generale e assoluto di vendere su Internet i prodotti oggetto del contratto agli utenti finali, imposto ai distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, costituisca effettivamente una grave restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE. In proposito, la Corte ha osservato:

« [...] 38. Come dedotto dalla Commissione, la clausola contrattuale in esame, escludendo, di fatto, una modalità di commercializzazione di prodotti che non richiede lo spostamento fisico del cliente, riduce considerevolmente la possibilità per un distributore autorizzato di vendere i prodotti oggetto del contratto a clienti situati al di fuori del suo territorio contrattuale o della sua zona di attività. Essa è dunque idonea a restringere la concorrenza in tale settore.

39. In materia di accordi istitutivi di un sistema di distribuzione selettiva, la Corte ha già rilevato che siffatti accordi influiscono necessariamente sulla concorrenza nel mercato comune (sentenza 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG-Telefunken/Commissione, Racc. pag. 3151, punto 33). Tali accordi, in assenza di un'oggettiva giustificazione, devono essere considerati «restrizioni per oggetto».

40. La giurisprudenza della Corte ha, tuttavia, riconosciuto che esistono esigenze legittime, come la salvaguardia di un commercio specializzato, in grado di fornire prestazioni specifiche per prodotti di alto livello qualitativo e tecnologico, che giustificano la limitazione della concorrenza sui prezzi a vantaggio della concorrenza riguardante fattori diversi dai prezzi. Dal momento che mirano a raggiungere un risultato legittimo, che può contribuire a migliorare la concorrenza quando questa non si esplica unicamente sui prezzi, i sistemi di distribuzione selettiva costituiscono quindi un fattore di concorrenza conforme all'art. 101, n. 1, TFUE (sentenza AEG-Telefunken/Commissione, cit., punto 33).

41. A tale riguardo, la Corte ha già rilevato che la scelta di una simile rete non ricade nel divieto di cui all'art. 101, n. 1, TFUE a condizione che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio, che le caratteristiche del prodotto di cui trattasi richiedano, onde conservarne la qualità e garantirne l'uso corretto, una simile rete di distribuzione e, infine, che i criteri definiti non vadano oltre il limite del necessario (sentenze 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro SB-Großmärkte/Commissione, Racc. pag. 1875, punto 20, nonché 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal, Racc. pag. 3775, punti 15 e 16).

42. Sebbene spetti al giudice del rinvio esaminare se la clausola contrattuale di cui trattasi, che vieta di fatto tutte le forme di vendita via Internet, possa essere giustificata da un obiettivo legittimo, è compito della Corte fornirgli, a tal fine, gli elementi interpretativi di diritto dell'Unione che possono essergli utili per pronunciarsi (v. sentenza L'Oréal, cit., punto 14).

43. È pacifico che, nell'ambito della rete di distribuzione selettiva della Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, i rivenditori sono selezionati secondo criteri oggettivi di indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali. Tuttavia, resta ancora da verificare se le restrizioni della concorrenza perseguano in modo proporzionato gli obiettivi legittimi conformi ai criteri indicati al punto 41 della presente sentenza.

44. A tale riguardo, occorre sottolineare che la Corte, per considerazioni legate alle libertà di circolazione, non ha accolto gli argomenti relativi alla necessità di fornire una consulenza personalizzata al cliente e di assicurare la tutela del medesimo contro un utilizzo non corretto di prodotti, nell'ambito della vendita di farmaci non soggetti a prescrizione medica e di lenti a contatto, adottati per giustificare un divieto di vendita via Internet (v., in tal senso, sentenze Deutscher Apothekerverband, cit., punti 106, 107 e 112, nonché 2 dicembre 2010, causa C-108/09, Ker-Optika, Racc. pag. I-12213, punto 76).

45. La Pierre Fabre Dermo-Cosmétique fa riferimento, altresì, alla necessità di preservare l'immagine di prestigio dei prodotti di cui trattasi.

46. L'obiettivo di preservare l'immagine di prestigio non può rappresentare un obiettivo legittimo per restringere la concorrenza e non può quindi giustificare che una clausola contrattuale diretta ad un simile obiettivo non ricada nell'art. 101, n. 1, TFUE.

47. Sulla base delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la prima parte della questione sottoposta dichiarando che l'art. 101, n. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale che, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, impone che le vendite di prodotti cosmetici e di igiene personale siano effettuate in uno spazio fisico alla presenza obbligatoria di un farmacista laureato, con conseguente divieto di utilizzare Internet per tali vendite, costituisce una restrizione per oggetto ai sensi di detta disposizione se, a seguito di un esame individuale e concreto del tenore e dell'obiettivo della clausola contrattuale in parola nonché del contesto giuridico ed economico in cui essa si colloca, risulta che, alla luce delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, tale clausola non è oggettivamente giustificata [...] ».

Sull'applicabilità dell'esenzione per categoria o dell'esenzione individuale a siffatte clausole contrattuali, la Corte ha, invece, osservato:

« 48. Nel caso in cui si dimostri che un accordo o una clausola contrattuale restringono la concorrenza ai sensi dell'art. 101, n. 1, TFUE, spetterà al giudice del rinvio esaminare se sussistono le condizioni di cui al n. 3 di detto articolo.

49. La possibilità per un'impresa di fruire, a titolo individuale, dell'eccezione di legge prevista all'art. 101, n. 3, TFUE deriva direttamente dal Trattato. Essa non è stata contestata in alcuna delle osservazioni presentate alla Corte. Tale possibilità è offerta anche alla ricorrente nel procedimento principale.

50. Per contro, a tale riguardo, dato che la Corte non dispone di elementi sufficienti per valutare se il contratto di distribuzione selettiva soddisfi i requisiti dell'art. 101, n. 3, TFUE, essa non può fornire indicazioni aggiuntive al giudice del rinvio.

51. Per quanto riguarda la possibilità che il contratto di distribuzione selettiva benefici dell'esenzione per categoria di cui al regolamento n. 2790/1999, occorre rilevare che le categorie di accordi verticali che possono fruirne sono state definite dalla Commissione nel suddetto regolamento, sulla base dell'autorizzazione del Consiglio contenuta nel regolamento del Consiglio 2 marzo 1965, n. 19/65/CEE, relativo all'applicazione dell'articolo [81], paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate (GU 1965, 36, pag. 533).

52. Ai sensi degli artt. 2 e 3 del regolamento n. 2790/1999, un fornitore, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, può, in linea di principio, beneficiare di un'esenzione qualora la sua quota di mercato non superi il 30%. Dagli atti sottoposti alla Corte emerge che la quota di mercato della Pierre Fabre Dermo-Cosmétique non supera tale soglia. Il suddetto regolamento ha invece escluso, in applicazione dell'art. 2 del regolamento n. 19/65, determinati tipi di restrizioni aventi effetti anticoncorrenziali gravi, a prescindere dalla quota di mercato delle imprese interessate.

53. In tal senso, risulta dall'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999 che l'esenzione non si applica agli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori sotto il controllo delle parti, hanno per oggetto la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato.

54. Una clausola contrattuale, come quella di cui alla causa principale, che vieta di fatto la commercializzazione via Internet ha, quanto meno, per oggetto di restringere le vendite passive agli utenti finali intenzionati ad acquistare tramite Internet e non ubicati nella zona di riferimento fisica del membro interessato del sistema di distribuzione selettiva.

55. Secondo la Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, il divieto di vendere i prodotti oggetto del contratto via Internet equivale, tuttavia, ad un divieto di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento

non autorizzato. Dato che, quindi, sussistono le condizioni dell'esenzione previste dalla parte finale della disposizione citata al punto 53, il suddetto art. 4 non sarebbe applicabile nei suoi confronti.

56. Occorre rilevare che l'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999, con l'espressione «luogo di stabilimento», si riferisce solamente a punti vendita nei quali si praticano vendite dirette. Occorre determinare se tale locuzione possa comprendere, grazie ad un'interpretazione estensiva, il luogo a partire dal quale sono forniti i servizi di vendita via Internet.

57. Con riferimento a tale questione, occorre rilevare che poiché un'impresa gode della facoltà di sollevare in ogni circostanza, a titolo individuale, l'applicabilità dell'eccezione di legge prevista dall'art. 101, n. 3, TFUE, e dato che i suoi diritti possono essere tutelati in tal modo, non è necessario fornire un'interpretazione estensiva delle disposizioni che fanno rientrare gli accordi o le pratiche nell'esenzione per categoria.

58. Pertanto, una clausola contrattuale, come quella di cui alla causa principale, che vieta, di fatto, la commercializzazione via Internet non può essere considerata alla stregua di una clausola che vieta ai membri del sistema di distribuzione selettiva interessato di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999.

59. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la seconda e la terza parte della questione sottoposta dichiarando che l'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999 deve essere interpretato nel senso che l'esenzione per categoria prevista all'art. 2 di detto regolamento non si applica ad un contratto di distribuzione selettiva contenente una clausola che vieta, di fatto, di avvalersi di Internet come modalità di commercializzazione dei prodotti oggetto del contratto. Un simile contratto può invece beneficiare, a titolo individuale, dell'applicabilità dell'eccezione di legge dell'art. 101, n. 3, TFUE, qualora sussistano le condizioni poste da tale disposizione [...] ».

14 giugno 2012, *Auto 24*, causa C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351

La Jaguar Land Rover France SAS (in prosieguo: la «JLR»), importa in Francia autoveicoli nuovi e prodotti del marchio LAND ROVER. Dal 1994, l'Auto 24 era concessionaria esclusiva della JLR a Périgueux (Francia). Il suo contratto di concessione veniva risolto il 27 settembre 2002 con effetto il 30 settembre 2004, nel rispetto del preavviso di due anni quale previsto dalle relative clausole contrattuali. Alla data in cui tale risoluzione è divenuta efficace, l'Auto 24 concludeva con la JLR un contratto di officina di riparazioni autorizzata. Per contro, la sua candidatura per diventare distributore autorizzato veniva respinta dalla JLR. Con sentenza divenuta definitiva il 28 ottobre 2005, il Tribunal de commerce di Versailles dichiarava che la JLR aveva agito in modo discriminatorio, e la condannava, di conseguenza, a risarcire i danni causati all'Auto 24. Il 19 gennaio 2006, la JLR negava nuovamente all'Auto 24 lo status di distributore autorizzato a Périgueux. Di conseguenza, l'Auto 24 citava la JLR dinanzi al Tribunal de commerce di Bordeaux per ottenere il risarcimento del pregiudizio derivante dal rifiuto di quest'ultima di autorizzarla come distributore per il settore di Périgueux. Con decisione dell'8 febbraio 2008 il Tribunal de commerce di Bordeaux respingeva tutte le domande dell'Auto 24. Con sentenza del 2 dicembre 2009 la Cour d'appel (Corte d'Appello) di Parigi confermava tale decisione, rilevando, in particolare, che la JLR aveva negato all'Auto 24 l'autorizzazione come distributore fondandosi su un numerus clausus fissato l'8 aprile 2005, che prevedeva 72 contratti di distributori autorizzati per 109 siti, descritti in una tabella dei contratti e dei siti in cui non compare Périgueux. Avverso tale sentenza l'Auto 24 ha dunque proposto dinanzi la Cour de cassation (Corte di Cassazione) che, a fronte di dubbi sui sistemi di distribuzione selettiva basata su criteri quantitativi, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre la questione alla Corte che, al riguardo, ha osservato:

« [...] 26. Secondo i considerando 7 e 8 del regolamento, gli accordi verticali presentano in generale tali vantaggi qualora il fornitore interessato abbia una quota di mercato sul quale vende gli autoveicoli nuovi non superiore al 40% quando la «distribuzione selettiva basata su criteri

quantitativi» è utilizzata per la vendita di autoveicoli nuovi, mentre, nel caso di «distribuzione selettiva basata su criteri di qualità», tali vantaggi sono prevedibili indipendentemente dalla quota di mercato del fornitore.

27. Pertanto, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, secondo comma, del regolamento [regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico], la soglia di quota di mercato per l'applicazione dell'esenzione è del 40% per gli accordi che costituiscono sistemi di distribuzione selettiva basata su criteri quantitativi per la vendita di tali autoveicoli, mentre, conformemente al terzo comma di detto paragrafo 1, la quota di mercato detenuta dal fornitore interessato non incide ai fini dell'applicazione dell'esenzione agli accordi che costituiscono sistemi di distribuzione selettiva basata su criteri qualitativi.

28. È in tale contesto che devono essere intese le nozioni di «sistema di distribuzione selettiva», di «sistema di distribuzione selettiva basato su criteri quantitativi» e di «sistema di distribuzione selettiva basato su criteri qualitativi», definite, rispettivamente, all'articolo 1, paragrafo 1, lettere f)-h), del regolamento.

29. Da tali ultime disposizioni risulta che, per quanto concerne sia i sistemi di distribuzione selettiva basati su criteri quantitativi sia i sistemi di distribuzione selettiva basati su criteri qualitativi, ai sensi del regolamento, i distributori devono essere selezionati in base a «criteri specifici», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera f), del regolamento.

30. In tale contesto, i termini «criteri specifici», ai sensi di tale disposizione, devono essere interpretati nel senso che si riferiscono a criteri il cui contenuto preciso può essere verificato.

31. Va precisato a tale riguardo che, per la verifica del loro contenuto preciso, non è necessario che i criteri di selezione utilizzati ai fini di un sistema di distribuzione selettiva siano pubblicati, con il rischio, come rilevato dal governo francese, di compromettere il segreto industriale o, addirittura, di agevolare eventuali comportamenti collusivi.

32. D'altro canto, dalla definizione della nozione di «sistema di distribuzione selettiva basato su criteri quantitativi» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera g), del regolamento, non risulta che essa debba essere interpretata nel senso che contenga un ulteriore requisito che imponga che i criteri applicati dal fornitore per selezionare i distributori siano non soltanto «specifici», ma anche oggettivamente giustificati e applicati in maniera uniforme e indifferenziata nei confronti di tutti i candidati all'autorizzazione.

33. Infatti, soltanto nel contesto dei sistemi di distribuzione selettiva basati su criteri qualitativi il regolamento impone segnatamente, in virtù della definizione che compare all'articolo 1, paragrafo 1, lettera h), che i criteri di selezione utilizzati dal fornitore siano «richiesti dalla natura dei beni o servizi oggetto del contratto, che sono stabiliti in maniera uniforme per tutti i distributori o riparatori che chiedono di far parte del sistema di distribuzione [e] non sono applicati in modo discriminatorio».

34. In tal senso, dalla formulazione stessa della definizione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere f) e g), del regolamento discende che, laddove un sistema di distribuzione per la vendita di autoveicoli nuovi vieti la rivendita ai distributori non autorizzati e si basi su criteri specifici che limitino direttamente il numero dei distributori, tale sistema può essere qualificato come «sistema di distribuzione selettiva basato su criteri quantitativi» ai sensi del regolamento. Il fatto che, nella prassi, i sistemi di distribuzione di autoveicoli nuovi implicino molto spesso criteri sia quantitativi che qualitativi non incide a tale proposito, come riconosciuto, in sostanza, in udienza dalla JLR e dalla Commissione europea.

35. In tale contesto, come sostenuto, in sostanza, dalla JLR, dal governo francese e dalla Commissione, se, nell'ambito del regolamento, i criteri quantitativi di selezione dovessero essere obbligatoriamente oggettivi e non discriminatori, ne deriverebbe una confusione tra le condizioni richieste dal regolamento per l'applicazione dell'esenzione ai sistemi di distribuzione selettiva basati su criteri qualitativi e quelle dallo stesso previste per l'applicazione dell'esenzione ai sistemi di

distribuzione selettiva basata su criteri quantitativi.

36. Orbene, dall'economia del regolamento non risulta che il legislatore abbia voluto prevedere le stesse condizioni di esenzione per questi due sistemi di distribuzione selettiva. Al contrario, atteso che, come emerge in particolare dai punti 26 e 27 supra, il regolamento prevede condizioni di esenzione distinte a seconda che la distribuzione selettiva di cui trattasi sia qualificata come «basata su criteri quantitativi» o «basata su criteri qualitativi», gli elementi contenuti soltanto nell'articolo 1, paragrafo 1, lettera h), del regolamento non possono essere applicati anche alla lettera g) di tale disposizione, se non amalgamando questi due tipi di distribuzione selettiva.

37. Peraltro, contrariamente a quanto ha lasciato intendere l'Auto 24, il fatto che un fornitore, in conformità all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento, non possa impedire l'apertura di una sede secondaria da parte di uno dei suoi distributori autorizzati resta privo di rilievo al riguardo.

38. Inoltre, la giurisprudenza richiamata dall'Auto 24, derivante dalla sentenza del 25 ottobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commissione* (26/76, Racc. pag. 1875), non è pertinente nella specie. A tal proposito è sufficiente rilevare che, nell'ambito del regolamento, come emerge in particolare ai punti 32-34 supra, un «sistema di distribuzione selettiva basato su criteri quantitativi» si distingue, per definitionem, dalla selezione qualitativa dei distributori oggetto del punto 20 della citata sentenza *Metro SB-Großmärkte/Commissione*.

39. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che, con i termini «criteri specifici», di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera f), del regolamento, devono essere intesi, per quanto concerne un sistema di distribuzione selettiva basato su criteri quantitativi ai sensi di tale regolamento, criteri il cui contenuto preciso possa essere verificato. Per beneficiare dell'esenzione prevista da detto regolamento non è necessario che un sistema del genere sia basato su criteri oggettivamente giustificati e applicati in maniera uniforme e indifferenziata nei confronti di tutti i candidati all'autorizzazione [...] ».

16 febbraio 2017, H & R ChemPharm c. Commission, causa C-95/15 P, ECLI:EU:C:2017:125

Con decisione del 1^a ottobre 2008, la Commissione ha constatato che la società H&R ChemPharm GmbH, unitamente ad altre imprese, aveva partecipato ad un'infrazione unica, complessa e continuata, in violazione dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE). Tale infrazione consisteva in accordi e pratiche concordate riguardanti la fissazione dei prezzi e lo scambio e la divulgazione di informazioni sensibili sotto il profilo commerciale. La H&R ChemPharm ha proposto ricorso contro la decisione della Commissione dinanzi al Tribunale dell'Unione europea. Il ricorso è stato respinto e la H&R ChemPharm ha impugnato la sentenza dinanzi alla Corte di giustizia, la quale ha respinto l'impugnazione. In particolare, con riferimento alla responsabilità delle imprese coinvolte, la Corte ha osservato che:

« 34. Il y a lieu de souligner que ces considérations traduisent de manière correcte la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'application de l'article 81 CE suppose l'action d'une personne qui est autorisée à agir pour le compte de l'entreprise, indépendamment de l'action ou même de la connaissance des associés ou des gérants principaux de l'entreprise concernée (voir, en ce sens, arrêts du 7 juin 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commission*, 100/80 à 103/80, EU:C:1983:158, point 97, ainsi que du 7 février 2013, *Slovenská sporiteľňa*, C-68/12, EU:C:2013:71, point 25).

35. Par ailleurs, contrairement à ce que H&R ChemPharm suggère, il ne saurait être exclu qu'une même personne physique agisse simultanément dans l'intérêt de différentes sociétés impliquées dans une entente. Il incombe au Tribunal de déterminer dans chaque situation particulière, lors de son appréciation souveraine des faits et des éléments de preuve, si tel est le cas.

36. En l'occurrence, contrairement à ce que H&R ChemPharm soutient, le Tribunal a en substance vérifié, aux points 128 à 135 de l'arrêt attaqué, si, compte tenu, en particulier, de la portée du volet

principal de l'infraction, à savoir celui qui a été retenu contre cette société, ainsi que des fonctions exercées par M. G. auprès de cette dernière, M. G. aurait agi spécifiquement dans l'intérêt de celle-ci, dans le cadre de l'entente en cause.

37. En ce qui concerne la deuxième branche du deuxième moyen du pourvoi, il convient de rappeler qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que la notion de « pratique concertée », au sens l'article 81, paragraphe 1, CE, vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence (arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, EU:C:2009:343, point 26).

38. Par ailleurs, selon la jurisprudence de la Cour, tant l'existence que la durée d'un comportement anticoncurrentiel doivent, dans la plupart des cas, être inférées d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence (arrêts du 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission, C-105/04 P, EU:C:2006:592, points 94 et 95, ainsi que du 21 janvier 2016, Eturas e.a., C-74/14, EU:C:2016:42, point 36).

39. En effet, il est usuel, étant donné que l'interdiction de participer à des pratiques et à des accords anticoncurrentiels ainsi que les sanctions que les contrevenants peuvent encourir sont notoires, que les activités que ces pratiques et ces accords comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, le plus souvent dans un pays tiers, et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, telles que les comptes rendus d'une réunion, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions (arrêt du 17 juin 2010, Lafarge/Commission, C-413/08 P, EU:C:2010:346, point 22).

40. En outre, lorsqu'il s'agit d'une infraction s'étendant sur plusieurs années, le fait que la preuve directe de la participation d'une société à cette infraction pendant une période déterminée n'a pas été apportée ne fait pas obstacle à ce que cette participation, également pendant cette période, soit constatée, pour autant que cette constatation repose sur des indices objectifs et concordants (arrêt du 17 septembre 2015, Total Marketing Services/Commission, C-634/13 P, EU:C:2015:614, point 27).

41. En l'occurrence, il importe de relever que l'appréciation à laquelle s'est livré le Tribunal, figurant aux points 163 à 178 de l'arrêt attaqué, quant à la date de début de la participation de H&R ChemPharm à l'infraction reprochée, vise en substance à déterminer la date à partir de laquelle il aurait été question d'une coopération pratique entre les entreprises impliquées dans l'entente en cause en ce qui concerne leur comportement sur le marché, conformément à la jurisprudence rappelée au point 37 du présent arrêt.

42. À cet égard, le Tribunal a retenu le 1er juillet 2001, date de l'entrée en fonctions de M. G. auprès de H&R ChemPharm, comme date du début de la participation de cette dernière à ladite infraction, en estimant que les responsabilités assumées par M. G. lui avaient permis d'influencer, dès cette date, le comportement de cette société sur le marché, conformément aux arrangements anticoncurrentiels en question.

43. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour rappelée aux points 38 à 40 du présent arrêt, il ne saurait être reproché au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en se référant à des éléments de preuve relatifs à l'implication de M. G. dans l'entente en cause qui remontaient à une période antérieure au 1er juillet 2001 ».

Con riguardo, invece, al calcolo delle ammende, la Corte di Giustizia ha ritenuto legittimo l'approccio assunto dalla Commissione nella commisurazione dell'ammenda. In particolare, la Commissione aveva determinato l'ammontare iniziale dell'ammenda prendendo in considerazione i fatturati di società su cui H&R aveva acquisito il controllo solo nel periodo finale del cartello oggetto

di indagine. Sul punto la Corte ha osservato che:

« 73. Par la première branche de son quatrième moyen, H&R ChemPharm soutient, en substance, que, dans l'hypothèse où une modification de la structure de l'entreprise intervient au cours de l'entente et conduit à l'augmentation du chiffre d'affaires, en vertu notamment d'une opération d'acquisition de sociétés, la Commission doit nécessairement établir une distinction, lors du calcul du montant de l'amende, entre les périodes antérieures et les périodes postérieures à cette acquisition et retenir des moyennes de la valeur des ventes calculées séparément.

74. Or, une argumentation fondée sur une thèse ayant un caractère aussi général ne saurait être retenue.

75. À cet égard, dans la partie introductive des lignes directrices de 2006, il est précisé, au point 5 de celles-ci, qu'il « est approprié pour la Commission de se référer, comme base pour la détermination des amendes, à la valeur des ventes des biens ou services en relation avec l'infraction », et que « [la] durée de l'infraction doit également jouer un rôle significatif dans la détermination du montant approprié de l'amende ». Aux termes du point 6 de ces lignes directrices, « [e]n effet, la combinaison de la valeur des ventes en relation avec l'infraction et de la durée est considérée comme une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction ainsi que le poids relatif de chaque entreprise participant à l'infraction » et « [l]a référence à ces indicateurs donne une bonne indication de l'ordre de grandeur de l'amende et ne devrait pas être comprise comme la base d'une méthode de calcul automatique et arithmétique ».

76. Par conséquent, ainsi que le Tribunal l'a relevé à bon droit au point 267 de l'arrêt attaqué, en application des lignes directrices de 2006, dont la méthode de calcul du montant des amendes n'a pas été contestée par H&R ChemPharm, la Commission est tenue de retenir une valeur des ventes susceptible de représenter de manière adéquate l'importance économique de l'infraction ainsi que le poids relatif de chaque entreprise participant à l'infraction en ce qui concerne toute la durée de la participation à l'infraction.

77. S'il peut s'avérer nécessaire à cette fin, compte tenu des circonstances propres à chaque situation particulière, de se fonder sur des valeurs de ventes distinctes en ce qui concerne des périodes antérieures à une opération de concentration et des périodes postérieures à celle-ci, il n'en résulte pas qu'il soit indispensable d'établir une telle différenciation dans tous les cas.

78. En effet, la thèse défendue par H&R ChemPharm suppose de manière erronée, eu égard au point 6 des lignes directrices de 2006 et à la jurisprudence de la Cour, que la détermination du montant de l'amende à infliger par la Commission est le résultat d'un exercice arithmétique précis, susceptible de conduire à l'infliction d'une amende d'un montant le moins élevé possible (voir, en ce sens, arrêt du 2 octobre 2003, *Salzgitter/Commission*, C-182/99 P, EU:C:2003:526, point 75).

79. H&R ChemPharm ne saurait non plus prétendre que les circonstances de la présente espèce sont identiques à celles en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 11 juillet 2014, *Esso e.a./Commission* (T-540/08, EU:T:2014:630), dans laquelle le Tribunal a considéré, ainsi qu'il ressort du point 113 de cet arrêt, que la moyenne de la valeur des ventes retenue par la Commission avait conduit à la fixation d'un montant de base de l'amende disproportionné par rapport à la gravité de l'infraction.

80. À cet égard, il résulte des points 271 et 272 de l'arrêt attaqué que, dans ladite affaire, la Commission avait uniquement pris en compte la valeur des ventes postérieures à la fusion en cause, intervenue au cours de l'année 1999, constatée pendant les années 2000 à 2002, qu'elle avait extrapolé cette valeur à la période de sept ans, de 1992 à 1999, précédant cette fusion, durant laquelle seule une des entreprises concernées avait participé à l'entente, et que la valeur des ventes avait presque doublé à la suite de ladite fusion.

81. En revanche, il ressort du dossier soumis à la Cour que, en l'espèce, la Commission a pris en compte la moyenne de la valeur des ventes réalisées sur le marché concerné durant les années 2002 à 2004 ainsi que le fait que les opérations d'acquisition en cause ont eu lieu au cours de l'année 2004,

que la responsabilité de H&R ChemPharm en raison de sa participation à l'entente en cause a été retenue pour la période allant du 1er juillet 2001 au 28 avril 2005, et que l'augmentation des chiffres d'affaires constatée au titre de l'année 2004 s'explique également par l'élargissement de l'Union, le 1er mai de ladite année.

82. S'agissant de la deuxième branche du quatrième moyen du pourvoi, il convient de constater que la lecture conjointe des points 268 à 272 de l'arrêt attaqué fait apparaître de façon claire et non équivoque les motifs pour lesquels le Tribunal a estimé, d'une part, que la moyenne de la valeur des ventes du groupe H&R pour les années 2002 à 2004 constituait une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction reprochée ainsi que le poids relatif de l'entreprise participant à l'infraction pour toute la durée de la participation de H&R ChemPharm à celle-ci et, d'autre part, que le contexte factuel de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 11 juillet 2014, *Esso e.a./Commission* (T-540/08, EU:T:2014:630), n'était pas identique à celui de la présente affaire. L'arrêt attaqué satisfait par conséquent aux exigences de motivation qui incombaient au Tribunal (voir, en ce sens, arrêt du 11 avril 2013, *Mindo/Commission*, C-652/11 P, EU:C:2013:229, point 29).

83. S'agissant de la troisième branche du quatrième moyen du pourvoi, le Tribunal a examiné, aux points 274 à 283 de l'arrêt attaqué, les éléments d'information qui avaient été communiqués par H&R ChemPharm à la Commission au cours de la procédure administrative. Il a considéré qu'il n'était pas possible de les concilier avec l'argumentation invoquée par cette société devant lui, selon laquelle la valeur des ventes qu'elle avait indiquée pour l'année 2004, relativement aux sociétés établies à l'étranger, englobait les ventes réalisées par H&R ESP International.

84. Dans ce contexte, il y a lieu de constater que, contrairement à ce que H&R ChemPharm soutient, l'examen du dossier soumis à la Cour révèle que le Tribunal a invité cette société à clarifier, par écrit, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure, l'identité des sociétés établies à l'étranger et les liens capitalistiques existant entre celles-ci et H&R ESP International. Cependant, ainsi qu'il a été relevé aux points 286 et 287 de l'arrêt attaqué, H&R ChemPharm n'a apporté aucune précision supplémentaire à cet égard, malgré ses allégations selon lesquelles les sociétés établies à l'étranger étaient « identiques » à H&R ESP International.

85. Par ailleurs, il importe de relever que l'assertion du Tribunal, figurant au point 279 de l'arrêt attaqué et critiquée par H&R ChemPharm, selon laquelle « il exist[ait] des doutes sérieux quant à l'affirmation de la requérante selon laquelle les “sociétés à l'étranger” [étaient] identiques à H&R ESP International », s'inscrit pleinement dans le cadre des exigences procédurales applicables.

86. En effet, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que la procédure suivie devant les juridictions de l'Union est contradictoire. À l'exception des moyens d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office, telle l'absence de motivation de la décision attaquée, c'est à la partie requérante qu'il appartient de soulever des moyens contre cette dernière et d'apporter des éléments de preuve à l'appui de ces moyens (arrêt du 24 octobre 2013, *Kone e.a./Commission*, C-510/11 P, non publié, EU:C:2013:696, point 30).

87. La Cour a déjà eu l'occasion de préciser que cette exigence de nature procédurale ne va pas à l'encontre de la règle selon laquelle, s'agissant d'infractions aux règles de concurrence, c'est à la Commission qu'il appartient d'apporter la preuve des infractions qu'elle constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction. Il est en effet demandé à un requérant, dans le cadre d'un recours juridictionnel, d'identifier les éléments contestés de la décision attaquée, de formuler des griefs à cet égard et d'apporter des preuves, qui peuvent être constituées d'indices sérieux, tendant à démontrer que ses griefs sont fondés (arrêt du 24 octobre 2013, *Kone e.a./Commission*, C-510/11 P, non publié, EU:C:2013:696, point 31) ».

2.2 Nozione di concorrenza, restrizioni per oggetto e per effetto.

4 ottobre 2011, *Football Association Premier League Ltd e a. c. QC Leisure e a.*, cause riunite C-403/08 e C-429/08, Raccolta, non ancora pubblicata.

La vicenda riguarda la trasmissione televisiva degli incontri della «Premier League». Nell'ambito delle proprie attività, la FAPL è incaricata di provvedere all'organizzazione del calendario degli incontri della «Premier League» e della trasmissione del segnale televisivo agli enti detentori del diritto di trasmissione.

Il segnale viene inviato, via satellite, ad un ente di radiodiffusione televisiva che aggiunge il proprio logo e, eventualmente, i propri commenti, comprime e cripta il segnale che così viene trasmesso via satellite agli abbonati che lo ricevono per mezzo di un'antenna parabolica, decrittato e decompresso in un decodificatore satellitare che necessita, ai fini del funzionamento, di un dispositivo di decodificazione quale una scheda di decodificazione. In Grecia, gli incontri della Premier League vengono teletrasmessi via satellite sulla piattaforma «NOVA» il cui proprietario e gestore è la Multichoice Hellas. Nel Regno Unito il titolare esclusivo dei diritti di licenza per la radiodiffusione in diretta della «Premier League» era la BSkyB Ltd. Nel caso in cui una persona fisica o giuridica intendesse diffondere nel Regno Unito gli incontri della «Premier League», poteva sottoscrivere un abbonamento commerciale presso tale società. Ben presto, tuttavia, taluni centri di ristorazione hanno iniziato, nel Regno Unito, ad utilizzare, al fine di accedere agli incontri della «Premier League», dispositivi di decodificazione stranieri, acquistando presso un distributore una scheda ed un apparecchio di decodificazione che consentono la ricezione di un canale satellitare diffuso in un altro Stato membro, il cui abbonamento è più conveniente rispetto all'abbonamento della BSkyB Ltd. Peraltro, tali schede di decodificazione pur essendo state prodotte e commercializzate con l'autorizzazione del prestatore dei servizi, sono state successivamente utilizzate in modo non autorizzato, in quanto gli enti di radiodiffusione avevano subordinato la loro cessione alla condizione che i clienti non utilizzassero tali schede al di fuori del territorio nazionale interessato. Nell'ambito di una serie di procedimenti davanti ai giudici del Regno Unito la FAPL ha sostenuto che tali attività fossero pregiudizievoli ai propri interessi, in quanto pregiudicavano l'esclusività dei diritti concessi in base a licenza su un territorio determinato e, conseguentemente, il valore dei diritti medesimi. Infatti, l'ente di radiodiffusione televisiva che vende le schede di decodificazione a prezzo più conveniente disporrebbe del potenziale per divenire, in pratica, l'ente di radiodiffusione televisiva su scala europea, il che produrrebbe la conseguenza che i diritti di radiodiffusione nell'Unione europea dovrebbero essere concessi su scala europea. Ciò implicherebbe una rilevante perdita di introiti tanto per la FAPL quanto per gli enti di radiodiffusione televisiva, riducendo in tal modo le fonti di redditività dei servizi da essi forniti. Per contro, i resistenti nei giudizi principali hanno sostenuto che la condotta della FAPL costituirebbe una violazione dei principi in materia di libera prestazione dei servizi e di concorrenza. Per quanto riguarda la sussistenza di una restrizione alla concorrenza la Corte ha osservato:

«135 Si deve rammentare, in limine, che un accordo ricade nel divieto sancito dall'art. 101, n. 1, TFUE qualora abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza. L'alternatività tra oggetto ed effetto implica che occorre, in primo luogo, verificare la presenza di un solo criterio, nella specie, dell'oggetto dell'accordo. Solamente in via subordinata, qualora l'analisi del tenore dell'accordo non abbia rivelato un pregiudizio per la concorrenza di sufficiente entità, occorrerà esaminarne gli effetti e, per poterlo vietare, dovranno sussistere tutti gli elementi che comprovino che il gioco della concorrenza sia stato di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile (v., in tal senso, sentenze 4 giugno 2009, causa C-8/08, T-Mobile Netherlands e a., Racc. pag. I-4529, punto 28, nonché 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., Racc. pag. I-9291, punto 55).

136 Orbene, per poter valutare l'oggetto eventualmente anticoncorrenziale di un accordo, occorre far riferimento, segnatamente, al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi dallo stesso perseguiti nonché al contesto economico e giuridico in cui esso si colloca (v., in tal senso, sentenza GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., cit., punto 58, nonché la giurisprudenza ivi richiamata).

137 Quanto ai contratti di licenza di diritti di proprietà intellettuale, dalla giurisprudenza della Corte emerge che la sola circostanza che il titolare dei diritti abbia concesso ad un unico licenziatario il diritto esclusivo di radiodiffusione di un oggetto protetto a partire da uno Stato membro e, quindi, di vietarne la diffusione da parte di altri, per un periodo determinato, non è tuttavia sufficiente per affermare che tale accordo presenti un oggetto anticoncorrenziale (v., in tal senso, sentenza 6 ottobre 1982, causa 262/81, Coditel e a., detta «Coditel II», Racc. pag. 3381, punto 15).

[...]

139 Ciò detto, per quanto attiene alle restrizioni territoriali dell'esercizio di tale diritto, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, un accordo volto a ristabilire la compartimentazione dei mercati nazionali può essere tale da impedire il perseguimento dell'obiettivo del Trattato diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. In tal senso, contratti diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali ovvero rendendo più ardua l'integrazione dei mercati nazionali devono essere considerati, in linea di principio, quali accordi aventi ad oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 101, n. 1, TFUE (v., per analogia, nel settore dei medicinali, sentenze 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélouk kai Sia e a., Racc. pag. I-7139, punto 65, nonché GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., cit., punti 59 e 61).

140 Atteso che tale giurisprudenza risulta pienamente trasponibile al settore della prestazione transfrontaliera di servizi di radiodiffusione, come emerge, segnatamente, dai punti 118-121 supra, si deve dichiarare che qualora un contratto di licenza sia volto a vietare o a limitare la prestazione transfrontaliera di servizi di radiodiffusione, si presume che esso abbia ad oggetto di restringere la concorrenza, salvo che altre circostanze risultanti dal suo contesto economico e giuridico non consentano di ritenere che tale contratto non sia idoneo a pregiudicare la concorrenza.

141 Nelle cause principali, la concessione stessa di licenze esclusive per la diffusione di incontri della «Premier League» non è rimessa in discussione. Infatti, tali cause vertono unicamente sugli obblighi supplementari volti ad assicurare il rispetto delle limitazioni territoriali di sfruttamento di tali licenze derivanti dalle clausole insite nei contratti conclusi tra i titolari dei diritti e gli enti di radiodiffusione interessati, vale a dire l'obbligo degli enti medesimi di non fornire dispositivi di decodificazione che consentano l'accesso agli oggetti protetti ai fini della loro utilizzazione al di fuori del territorio contemplato dal contratto di licenza.

142 Per quanto attiene a tali clausole, si deve rilevare, da un lato, che esse vietano agli enti di radiodiffusione qualsiasi prestazione transfrontaliera di servizi relativa a tali incontri, il che consente di attribuire ad ogni ente di radiodiffusione un'esclusività territoriale assoluta nella zona oggetto della rispettiva licenza e di eliminare, in tal modo, qualsiasi concorrenza tra i vari enti di radiodiffusione nel settore di tali servizi.

143 Dall'altro, la FAPL e a. e la MPS non hanno dedotto alcuna circostanza risultante dal contesto economico e giuridico di dette clausole che consenta di ritenere che, malgrado le considerazioni esposte al punto precedente, le clausole medesime non siano tali da pregiudicare la concorrenza e non abbiano, pertanto, un oggetto anticoncorrenziale.

144 Ciò premesso, atteso che dette clausole insite nei contratti di licenza esclusiva hanno un oggetto anticoncorrenziale, si deve concludere che esse costituiscono una restrizione alla concorrenza vietata ai sensi dell'art. 101, n. 1, TFUE.

[...]

146 Alla luce delle suesposte considerazioni, le questioni poste devono essere risolte nel senso che le clausole insite in un contratto di licenza esclusiva concluso tra un titolare di diritti di proprietà

intellettuale ed un ente di radiodiffusione costituiscono una restrizione alla concorrenza vietata dall'art. 101 TFUE qualora impongano a detto ente l'obbligo di non fornire dispositivi di decodificazione che consentano l'accesso agli oggetti protetti del titolare medesimo ai fini della loro utilizzazione al di fuori del territorio oggetto del contratto di licenza stesso».

24 maggio 2012, MasterCard e a. c. Commissione, causa T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260

La MasterCard è un'organizzazione internazionale di pagamento (in prosieguo: l'«organizzazione di pagamento MasterCard»), rappresentata da varie persone giuridiche: la società holding MasterCard, Inc., e le sue due controllate MasterCard International, Inc., e MasterCard Europe (in prosieguo, considerate insieme, le «ricorrenti»). Le ricorrenti sono responsabili della gestione e del coordinamento dei sistemi di pagamento effettuati con carte MasterCard e Maestro (in prosieguo, indicati congiuntamente, rispettivamente, il «sistema MasterCard» e le «carte MasterCard»), inclusa la fissazione delle regole del sistema nonché la prestazione dei servizi di autorizzazione e di compensazione agli istituti finanziari partecipanti. Prima del 25 maggio 2006 le banche erano interamente proprietarie dell'organizzazione di pagamento MasterCard e titolari dei relativi diritti di voto. In tale data, la MasterCard ha formato oggetto di quotazione alla Borsa di New York (Stati Uniti) (in prosieguo: l'«IPO»), che ne ha modificato la struttura ed il sistema di direzione. Il 30 marzo 1992 ed il 27 giugno 1997 la Commissione riceveva alcune denunce, rispettivamente dalla British Retail Consortium (in prosieguo: la «BRC») e dalla EuroCommerce AISBL, dirette, in particolare, contro l'Europay International SA (in prosieguo: l'«Europay»), divenuta MasterCard Europe. Il 22 novembre 2002 la Commissione avviava d'ufficio un'indagine relativa alle commissioni interbancarie standard nel contesto dello Spazio economico europeo (SEE) con riferimento alle carte aziendali. Il 19 dicembre 2007 la Commissione adottava la decisione C(2007) 6474 def., COMP/36.518 – EuroCommerce, COMP/38.580 – Commercial Cards) (in prosieguo: la «decisione impugnata») in cui affermava che, dal 22 maggio 1992 al 19 dicembre 2007, l'organizzazione di pagamento MasterCard e le persone giuridiche che la rappresentano [le ricorrenti] hanno violato l'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE) e, dal 1 gennaio 1994 al 19 dicembre 2007, l'articolo 53 dell'accordo SEE fissando un prezzo minimo che gli esercenti devono pagare alla loro banca affiliante per accettare carte di pagamento. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 1 marzo 2008, le ricorrenti hanno impugnato detta decisione. In particolare quanto alla nozione di restrizione accessoria, il Tribunale ha osservato:

« 77. La nozione di restrizione accessoria riguarda qualsiasi restrizione che è direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale (sentenza del Tribunale del 18 settembre 2001, M6 e a./Commissione, T-112/99, Racc. pag. II-2459, punto 104).

78. Per restrizione direttamente legata alla realizzazione di un'operazione principale, occorre intendere qualsiasi restrizione che è d'importanza subordinata rispetto alla realizzazione di tale operazione e che comporta un legame evidente con quest'ultima (sentenza M6 e a./Commissione, punto 77 supra, punto 105).

79. Riguardo alla condizione relativa al carattere necessario di una restrizione, quest'ultima implica un duplice esame. Infatti, occorre accertare, da un lato, se la restrizione sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell'operazione principale e, dall'altro, se sia proporzionata rispetto a quest'ultima (sentenza M6 e a./Commissione, punto 77 supra, punto 106).

80. Per quanto riguarda l'esame del carattere obiettivamente necessario di una restrizione, occorre ricordare che, dato che l'esistenza di una regola della ragionevolezza non può essere ammessa, la condizione della necessità obiettiva non può essere interpretata nel senso che comporta una ponderazione degli effetti pro e anticoncorrenziali di un accordo. Infatti, è soltanto nell'ambito specifico dell'articolo 81, paragrafo 3, CE [ora articolo 101, paragrafo 3, TFUE] che si può svolgere una tale analisi. Di conseguenza, l'esame del carattere obiettivamente necessario di una restrizione

rispetto all'operazione principale può essere solo relativamente astratto. Non si tratta di analizzare se, in considerazione della situazione concorrenziale sul mercato in esame, la restrizione sia necessaria per il successo commerciale dell'operazione principale, ma proprio di determinare se, nell'ambito particolare dell'operazione principale, la restrizione sia necessaria alla realizzazione di tale operazione. Se, in mancanza della restrizione, l'operazione principale risulta difficilmente realizzabile o addirittura irrealizzabile, la restrizione può essere considerata obiettivamente necessaria alla sua realizzazione (sentenza M6 e a./Commissione, punto 77 supra, punti 107 e 109).

81. Per quanto attiene all'esame della proporzionalità della restrizione rispetto alla realizzazione di un'operazione principale, occorre verificare se la sua durata e il suo ambito di applicazione ratione materiae e geografico non eccedano quanto necessario alla realizzazione di detta operazione. Se la durata o l'ambito di applicazione della restrizione eccedono quanto necessario per la realizzazione dell'operazione, essa deve costituire oggetto di un'analisi distinta nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 3, CE [ora articolo 101, paragrafo 3, TFUE] (sentenza M6 e a./Commissione, punto 77 supra, punto 113).

82. Infine, poiché la valutazione del carattere accessorio di una restrizione rispetto ad un'operazione principale implica valutazioni economiche complesse da parte della Commissione, il sindacato giurisdizionale su tale valutazione si limita alla verifica del rispetto delle norme procedurali, del carattere sufficiente della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (sentenza M6 e a./Commissione, punto 77 supra, punto 114) [...] ».

Con riguardo al rapporto fra oggetto e effetto anticoncorrenziale di una decisione di associazione tra imprese, il Tribunale ha osservato:

« [...] 139. L'oggetto e l'effetto anticoncorrenziale di una decisione di associazione tra imprese non sono condizioni cumulative, bensì alternative, per valutare se siffatta decisione rientri nel divieto stabilito dall'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE]. L'alternatività di tali condizioni, espressa dalla congiunzione disgiuntiva «o», rende anzitutto necessario considerare l'oggetto stesso della decisione, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultima deve trovare applicazione. Nel caso in cui, invece, l'analisi del tenore della decisione non rivelasse un pregiudizio per la concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti e, per poterla vietare, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovino che il gioco della concorrenza sia stato di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile. Non occorre esaminare gli effetti di una decisione una volta che sia stato accertato l'oggetto anticoncorrenziale della medesima (v., in questo senso, sentenza della Corte del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Servizi e a./Commissione, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Racc. pag. I-9291, punto 55).

140. A questo proposito, non è superfluo sottolineare che l'articolo 81, paragrafo 1, lettera a), CE [ora articolo 101, paragrafo 1, lettera a), TFUE] prevede espressamente che costituiscono restrizioni della concorrenza le misure che consistono nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita e che, secondo la giurisprudenza, l'oggetto dell'articolo 81, paragrafo 1, lettera a), CE [ora articolo 101, paragrafo 1, lettera a), TFUE] consiste nel vietare alle imprese di falsare la normale evoluzione dei prezzi sul mercato (sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, ICI/Commissione, T-13/89, Racc. pag. II-1021, punto 311) [...] ».

Sulla definizione di mercato rilevante del prodotto, il Tribunale ha osservato:

« [...] 171. Va inoltre sottolineato che la definizione del mercato in questione non riveste la stessa importanza nell'applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE] o dell'articolo 82 CE [ora articolo 102 TFUE]. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 82 CE [ora articolo 102 TFUE], la definizione adeguata del mercato di cui trattasi è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi

giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale in quanto, prima di dimostrare la presenza di un abuso di posizione dominante, è necessario provare l'esistenza di una posizione dominante in un determinato mercato, il che presuppone la previa definizione di tale mercato. Per l'applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], si deve definire il mercato di cui trattasi per determinare se l'accordo, la decisione di associazione di imprese o la pratica concordata in causa possano incidere sugli scambi tra Stati membri ed abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. È per questo che, nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE], le censure mosse alla definizione del mercato utilizzata dalla Commissione non possono avere una dimensione autonoma rispetto a quelle relative all'incidenza sugli scambi tra Stati membri e agli effetti negativi sulla concorrenza. Si è inoltre statuito che la contestazione della definizione del mercato rilevante è ininfluente ove la Commissione abbia concluso a buon diritto, in base ai documenti menzionati nella decisione impugnata, che l'accordo in questione falsava la concorrenza e poteva incidere in maniera sensibile sugli scambi fra Stati membri (v. sentenza del Tribunale 11 dicembre 2003, T-61/99, Racc. pag. II-5349, punto 27 e la giurisprudenza citata) [...].

Sulla nozione di decisione di associazione di imprese e sulla qualificazione dell'organizzazione di pagamento MasterCard alla stregua di un'associazione di imprese, il Tribunale ha osservato:

« [...] 241. Per costante giurisprudenza, l'articolo 81 CE [articolo 101 TFUE] si applica alle associazioni nell'ipotesi in cui la loro attività o quella delle imprese associate produca gli effetti cui esso si riferisce (v. sentenza del Tribunale del 26 gennaio 2005, Piau/Commissione, T-193/02, Racc. pag. II-209, punto 72 e la giurisprudenza citata).

242. Occorre inoltre rilevare che, dal punto di vista soggettivo, le nozioni di «accordo», di «decisioni di associazioni di imprese» e di «pratica concordata» ricomprendono forme di collusione aventi la medesima natura e che si distinguono unicamente per la loro intensità e per le forme in cui si manifestano (sentenza della Corte del 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands e a., C-8/08, Racc. pag. I-4529, punto 23).

243. Per quanto riguarda, più in particolare, la nozione di «decisione di associazioni di imprese», come rimarcato dall'avvocato generale Léger nelle conclusioni relative alla sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, Wouters e a. (C-309/99, Racc. pag. I-1577, I-1582, punto 62), essa mira ad evitare che le imprese possano sfuggire alle regole di concorrenza in base alla sola forma con la quale coordinano il loro comportamento sul mercato. Per garantire il carattere effettivo di tale principio, l'articolo 81, paragrafo 1, prende in considerazione non soltanto le modalità dirette di coordinamento tra imprese (gli accordi e le pratiche concordate), ma anche le forme istituzionalizzate di cooperazione, ossia le situazioni in cui gli operatori economici agiscono per il tramite di una struttura collettiva o di un organo comune.

244. Occorre pertanto verificare nella fattispecie se, nonostante i cambiamenti apportati dall'IPO, l'organizzazione di pagamento MasterCard continui a costituire una forma istituzionalizzata di coordinamento del comportamento delle banche.

245. In primo luogo, sebbene sia pacifico che a partire dall'IPO le decisioni relative alle CMI vengono adottate dagli organi dell'organizzazione di pagamento MasterCard e che le banche non partecipano a tale processo decisionale, tuttavia, dagli elementi di fatto e di diritto esistenti alla data della decisione impugnata, data rilevante per l'esame della sua legittimità in applicazione della giurisprudenza riportata al punto 64 supra, emerge che le banche hanno continuato ad esercitare congiuntamente un potere decisionale su aspetti fondamentali del funzionamento dell'organizzazione di pagamento MasterCard, dopo l'IPO, sia a livello nazionale che europeo.

246. Innanzitutto, per quanto riguarda il funzionamento dell'organizzazione di pagamento MasterCard a livello nazionale, ai punti 58-62 della decisione impugnata, cui rinvia il punto 359 della stessa decisione, la Commissione ha considerato che le banche fossero legittimate ad adottare regole

nazionali specifiche applicabili ad un determinato mercato e che sostituivano parzialmente le regole della rete mondiale. Tra queste si annoverano «norme standard applicabili a tutte le transazioni all'interno del paese, comprese quelle acquisite da membri situati fuori del paese interessato» (punto 60 della decisione impugnata). L'esempio più emblematico di tale potere decisionale esercitato a livello nazionale è costituito dalla fissazione di commissioni interbancarie nazionali che si applicano di preferenza alle CMI. La Commissione ha altresì rilevato, al punto 61 della decisione impugnata, che siffatte regole nazionali non erano state approvate o certificate dalle ricorrenti.

247. Poi, la Commissione ha legittimamente rimarcato, ai punti 50-57 e 364 e 365 della decisione impugnata, la circostanza che, successivamente all'IPO, sia stato mantenuto il consiglio di amministrazione europeo, composto da rappresentanti delle banche europee, nonché la sua competenza a decidere su «questioni fondamentali», tra cui l'esame delle domande di adesione, le ammende, le norme di funzionamento interregionali, le valutazioni e le spese, qualora tali valutazioni e spese non producano un effetto di esclusione, il miglioramento e lo sviluppo dei prodotti interregionali, «qualora le iniziative in materia di sviluppo dei prodotti non riguardino elementi delicati sotto il profilo della concorrenza», il bilancio delle spese annuali, i fondi in eccedenza e le norme relative alla co-marchiatura e alle carte eque (punto 52 della decisione impugnata).

248. Sebbene, come ricordano le ricorrenti nelle loro memorie, il consiglio di amministrazione europeo fosse tenuto a seguire le direttive del consiglio di amministrazione mondiale e i suoi poteri decisionali potessero essere revocati, resta il fatto che la possibilità del consiglio di amministrazione mondiale di emettere direttive che precisano, ad esempio, i limiti delle competenze del consiglio di amministrazione europeo non incide in alcuna misura sulla circostanza che quest'ultimo esercita un potere decisionale. Lo stesso discorso vale quanto alla possibilità del consiglio di amministrazione mondiale di esercitare autonomamente le prerogative del consiglio di amministrazione europeo o di revocare i poteri di quest'ultimo, alla luce delle condizioni particolarmente rigorose che inquadrano la sua attuazione, ricordate ai punti 55 e 56 della decisione impugnata.

249. Il mantenimento da parte delle banche di un potere decisionale a livello europeo e nazionale nell'organizzazione di pagamento MasterCard induce a relativizzare sensibilmente le conseguenze dell'IPO. Alla data di adozione della decisione impugnata sembrava piuttosto che l'organizzazione di pagamento MasterCard continuasse a funzionare in Europa come un'associazione di imprese, di cui le banche non costituivano solamente clienti dei servizi erogati, ma partecipavano collettivamente e in modo decentralizzato ad aspetti essenziali del potere decisionale.

250. In secondo luogo la Commissione ha dichiarato correttamente, in sostanza, che le CMI riflettevano gli interessi delle banche – sebbene queste non controllassero più la MasterCard sin dall'IPO e non partecipassero neppure alla fissazione dell'importo delle CMI – poiché sussisteva una comunione di interessi tra l'organizzazione di pagamento MasterCard e le banche su questo punto.

251. Innanzitutto, dalla giurisprudenza della Corte risulta che l'esistenza di una comunione di interessi, o di un interesse comune, è un elemento pertinente ai fini di valutare l'esistenza di una decisione di associazione tra imprese ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (v., in questo senso, sentenza della Corte del 27 gennaio 1987, *Verband der Sachversicherer/Commissione*, 45/85, Racc. pag. 405, punto 29).

252. Poi, la Commissione ha legittimamente assunto che le banche, comprese quelle operanti sul mercato dell'affiliazione, avevano interesse alla fissazione di CMI ad un livello elevato.

253. Come correttamente rimarcato dalla Commissione al punto 383 della decisione impugnata, queste ultime, grazie alle CMI, usufruiscono infatti di una soglia minima di prezzo che gli consente di ripercuoterle agevolmente sugli esercenti per le ragioni illustrate al punto 134 supra. Pertanto, le CMI rappresentano un costo per le banche, nel contesto della loro attività di affiliazione, unicamente quando esse decidono di assumerle a loro carico. Tuttavia, dai punti 162-164 si evince che quest'ultima ipotesi presenta piuttosto un carattere eccezionale.

254. Inoltre, anche in una situazione contraddistinta da queste ultime caratteristiche è possibile ragionevolmente ritenere che le CMI continuino a costituire per le banche una fonte di reddito,

poiché queste ultime dispongono anche di un'attività di emissione. A tale proposito va rilevato che né le ricorrenti né gli intervenienti producono elementi atti a contestare l'osservazione formulata dalla Commissione al punto 385 della decisione impugnata, relativa alla circostanza che, come conseguenza dell'esistenza, fino al 31 dicembre 2004, di una regola del sistema MasterCard, la NAWIR (No Acquiring Without Issuing Rule), che obbligava le banche che intendessero acquisire transazioni a svolgere anche un'attività di emissione di carte, quasi tutte le banche che esercitavano un'attività di affiliazione erano al contempo emittenti di carte, e pertanto traevano vantaggio dalle CMI.

255. Oltre a ciò, è valida l'affermazione della Commissione, contenuta al punto 386 della decisione impugnata, secondo cui l'organizzazione di pagamento MasterCard aveva interesse a fissare le CMI ad un livello elevato anche «perché i diritti d'adesione che [la MasterCard e le sue filiali consolidate] facevano pagare alle banche in cambio dei loro servizi di coordinamento e di rete [erano] collegati alle transazioni» (punto 386 della decisione impugnata). Il numero di transazioni e, pertanto, gli introiti dell'organizzazione di pagamento MasterCard dipendevano infatti sostanzialmente della volontà delle banche di proporre carte MasterCard ai loro clienti. È quindi nell'interesse dell'organizzazione di pagamento MasterCard fissare le CMI ad un livello considerato attraente per le banche, il che evidenzia la circostanza, rilevata dalla Commissione ai punti 461-498 della decisione impugnata, che la concorrenza intersistemica avviene a danno dei sistemi di carte che offrono un livello più basso di CMI.

256. Per di più, dalle memorie delle ricorrenti risulta che esse non negano la veridicità dell'affermazione fatta al punto 389 della decisione impugnata, secondo cui «[l']evoluzione constatata dopo l'IPO dimostra inoltre che [l']organizzazione di pagamento MasterCard] tiene conto degli interessi concreti delle banche quando fissa il livello delle [CMI]». I loro argomenti consistono piuttosto nel sostenere che esse si limitano ad agire come un fornitore di servizi che cerca di soddisfare le esigenze dei suoi clienti: banche di emissione, banche di affiliazione ed esercenti.

257. Occorre tuttavia constatare che mettere sullo stesso piano le banche e gli esercenti non è affatto convincente, dato che, per quanto riguarda questi ultimi, ciò che occorre individuare è sostanzialmente la soglia massima della loro tolleranza al prezzo delle transazioni per carta, come evidenziato ai punti 212-217 supra.

258 Non risulta convincente neppure l'argomento che le ricorrenti deducono dal fatto che l'organizzazione di pagamento MasterCard, a partire dall'IPO della MasterCard, terrebbe unicamente conto dell'interesse dei suoi azionisti pubblici. Posto che la fissazione di CMI ad un tasso elevato contribuisce ad un maggior numero di transazioni e, pertanto, produce un effetto favorevole sugli introiti dell'organizzazione di pagamento MasterCard, si può ragionevolmente concludere che non sussista un contrasto tra gli interessi degli azionisti della MasterCard e le banche.

259. Si deve pertanto dichiarare che, considerati gli elementi sopra menzionati, ossia il mantenimento del potere decisionale delle banche successivamente all'IPO nell'ambito dell'organizzazione di pagamento MasterCard nonché l'esistenza di una comunione di interessi tra quest'ultima e le banche relativamente alle CMI, la Commissione ha correttamente considerato, in sostanza, che, nonostante i cambiamenti apportati dall'IPO della MasterCard, l'organizzazione di pagamento MasterCard aveva continuato a costituire una forma istituzionalizzata di coordinamento del comportamento delle banche. Pertanto, essa ha giustamente mantenuto la qualifica di decisioni di un'associazione di imprese limitatamente alle decisioni adottate dagli organi dell'organizzazione di pagamento MasterCard per determinare le CMI [...] ».

13 dicembre 2012, *Expedia*, causa C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795

Allo scopo di promuovere la vendita di biglietti di treno e di viaggi su Internet, la SNCF ha concluso, nel settembre 2001, vari accordi con la Expedia, società americana specializzata nella vendita di viaggi su Internet, e ha costituito con quest'ultima una società controllata comune denominata GL Expedia.

Il sito Internet voyages-SNCF.com, fino ad allora dedicato alle informazioni, alla prenotazione e alla vendita di biglietti ferroviari su Internet, ha ospitato l'attività della GL Expedia ed è stato modificato per offrire, oltre alle sue prestazioni iniziali, un'attività di agenzia di viaggi on line. Nel corso dell'anno 2004, la società controllata comune ha cambiato denominazione, divenendo l'Agence de voyages SNCF.com (in prosieguo: l'«Agence VSC»). Con decisione del 5 febbraio 2009, l'Autorité de la concurrence ha ritenuto che il partenariato tra la SNCF e la Expedia, tradottosi nella creazione dell'Agence VSC, costituisse un'intesa contraria agli articoli 81 CE (articolo 101 TFUE) e L. 420-1 del codice di commercio, avente per oggetto e per effetto di favorire, a discapito dei concorrenti, la suddetta controllata comune sul mercato dei servizi delle agenzie di viaggio forniti per i viaggi di vacanza. Detta autorità ha inflitto sanzioni pecuniarie sia alla Expedia sia alla SNCF. Dinanzi alla Cour d'appel de Paris [Corte d'appello di Parigi], la Expedia ha imputato all'Autorité de la concurrence di aver sovrastimato le quote di mercato detenute dall'Agence VSC. Detto giudice non si è pronunciato direttamente su tale motivo di ricorso. Adita con un ricorso di impugnazione presentato dalla Expedia contro la suddetta sentenza, la Cour de cassation [Corte di cassazione] ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 debbano essere interpretati nel senso che ostano a che una pratica, consistente in accordi o in decisioni di associazioni di imprese o in una concertazione, la quale possa pregiudicare il commercio tra Stati membri, ma che non superi le soglie fissate dalla Commissione europea nella sua comunicazione [de minimis], sia perseguita e sanzionata da un'autorità nazionale garante della concorrenza sul duplice fondamento dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e della legislazione nazionale in materia di concorrenza. Al riguardo la Corte ha osservato:

« [...] 16. [...] secondo una consolidata giurisprudenza, un accordo tra imprese sfugge al divieto enunciato dalla norma suddetta nel caso in cui esso incida sul mercato soltanto in misura insignificante (sentenze del 9 luglio 1969, *Völk*, 5/69, Racc. pag. 295, punto 7; del 28 maggio 1998, *Deere/Commissione*, C-7/95 P, Racc. pag. I-3111, punto 77; del 21 gennaio 1999, *Bagnasco e a.*, C-215/96 e C-216/96, Racc. pag. I-135, punto 34, nonché del 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, C-238/05, Racc. pag. I-11125, punto 50).

17. Pertanto, per ricadere sotto il divieto previsto dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, un accordo tra imprese deve avere per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente la concorrenza nel mercato interno e deve essere idoneo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri (sentenze del 24 ottobre 1995, *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, Racc. pag. I-3439, punto 18; del 28 aprile 1998, *Javico*, C-306/96, Racc. pag. I-1983, punto 12, e del 2 aprile 2009, *Pedro IV Servicios*, C-260/07, Racc. pag. I-2437, punto 68).

18. Per quanto riguarda il ruolo delle autorità degli Stati membri nel rispetto del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, l'articolo 3, paragrafo 1, prima frase, del regolamento n. 1/2003 stabilisce uno stretto legame tra il divieto di intese enunciato all'articolo 101 TFUE e le corrispondenti disposizioni del diritto nazionale della concorrenza. Quando l'autorità nazionale garante della concorrenza applica le disposizioni del diritto nazionale che vietano le intese a un accordo tra imprese idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'articolo 101 TFUE, il citato articolo 3, paragrafo 1, prima frase, esige che a tale accordo venga applicato altresì, in parallelo, l'articolo 101 TFUE (sentenza del 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e a.*, C-17/10, punto 77).

19. A norma dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, l'applicazione del diritto nazionale della concorrenza non può comportare il divieto di intese siffatte qualora queste ultime non abbiano come effetto restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

20. Ne consegue che le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono applicare le disposizioni del diritto nazionale che vietano le intese ad un accordo tra imprese che sia idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ai sensi dell'articolo 101 TFUE, soltanto se tale accordo costituisce una restrizione sensibile della concorrenza nel mercato interno.

21. La Corte ha dichiarato che l'esistenza di una restrizione siffatta deve essere valutata con riferimento al contesto concreto nel quale si colloca l'accordo in questione (v. sentenza del 6 maggio 1971, Cadillon, 1/71, Racc. pag. 351, punto 8). In particolare, occorre far riferimento al tenore delle disposizioni di tale accordo, agli obiettivi da esso perseguiti, nonché al contesto economico e giuridico in cui esso si colloca (v. sentenza del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Racc. pag. I-9291, punto 58). Occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v., in tal senso, sentenza Asnef-Equifax e Administración del Estado, cit., punto 49).

22. Nell'ambito del suo esame, la Corte ha in particolare giudicato che un accordo di esclusiva, anche con una protezione territoriale assoluta, pregiudica il mercato in questione soltanto in modo insignificante, se si considera la debole posizione che gli interessati occupano su tale mercato (v. citate sentenze Völk, punto 7, e Cadillon, punto 9). Per contro, in altri casi, la Corte non si è basata sulla posizione degli interessati sul mercato pertinente. Così, al punto 35 della citata sentenza Bagnasco e a., essa ha affermato che un'intesa tra i membri di un'associazione bancaria, la quale, in relazione all'apertura di un credito in conto corrente, escluda la facoltà di adottare un tasso di interesse fisso, non può avere un'influenza restrittiva sensibile sul gioco della concorrenza, allorché le variazioni del tasso d'interesse dipendono da elementi oggettivi, come ad esempio eventuali cambiamenti intervenuti sul mercato monetario.

23. Risulta dai punti 1 e 2 della comunicazione de minimis che in quest'ultima la Commissione intende definire quantitativamente, mediante la fissazione di soglie di detenzione di quote di mercato, ciò che non costituisce una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 TFUE e della giurisprudenza citata ai punti 16 e 17 della presente sentenza.

24. Per quanto riguarda il tenore letterale della comunicazione de minimis, il carattere non vincolante di quest'ultima, tanto per le autorità garanti della concorrenza quanto per i giudici degli Stati membri, viene sottolineato nella terza frase del punto 4 della comunicazione stessa.

25. Inoltre, al punto 2, seconda e terza frase, della suddetta comunicazione, la Commissione precisa che le soglie fissate per la detenzione di quote di mercato definiscono quantitativamente ciò che non costituisce una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 TFUE, ma che tale definizione in negativo del carattere sensibile di una restrizione siffatta non implica che gli accordi tra imprese che superino le soglie suddette determinino necessariamente restrizioni sensibili della concorrenza.

26. Del resto, contrariamente alla comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (GU 2004, C 101, pag. 43), la comunicazione de minimis non contiene alcun riferimento a dichiarazioni effettuate dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, mediante le quali tali autorità prendano atto dei principi illustrati nella comunicazione stessa e accettino di rispettarli.

27. Si evince altresì dalle finalità perseguite dalla comunicazione de minimis, quali menzionate al punto 4 della stessa, che quest'ultima non è destinata a vincolare le autorità garanti della concorrenza e i giudici degli Stati membri.

28. Infatti, da tale punto 4 risulta, da un lato, che la citata comunicazione mira a illustrare il modo in cui la Commissione, operando in veste di autorità garante della concorrenza dell'Unione, procederà all'applicazione dell'articolo 101 TFUE. Di conseguenza, mediante la comunicazione de minimis, la Commissione si autolimita nell'esercizio del suo potere discrezionale e non può discostarsi dal contenuto della comunicazione stessa senza incorrere nella violazione di principi generali del diritto, segnatamente quelli della parità di trattamento e della tutela del legittimo affidamento (v., in tal senso, sentenza del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P, e C-213/02 P, Racc. pag. I-5425, punto 211). Dall'altro lato, la Commissione intende fornire indicazioni ai giudici e alle autorità degli Stati membri ai fini dell'applicazione dell'articolo suddetto.

29. Ne consegue che, come la Corte ha già avuto modo di constatare, una comunicazione della Commissione, quale la comunicazione de minimis, non è vincolante nei confronti degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza del 14 giugno 2011, Pfleiderer, C-360/09, Racc. pag. I-5161, punto 21).

30. Infatti, detta comunicazione è stata pubblicata nel corso dell'anno 2001 nella serie C della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, la quale, contrariamente alla serie L della medesima Gazzetta, non ha per oggetto la pubblicazione di atti giuridicamente vincolanti, bensì soltanto di informazioni, raccomandazioni e pareri riguardanti l'Unione (v., per analogia, sentenza del 12 maggio 2011, Polska Telefonia Cyfrowa, C-410/09, Racc. pag. I-3853, punto 35).

31. Ne consegue che, al fine di stabilire il carattere sensibile o meno di una restrizione della concorrenza, l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può prendere in considerazione le soglie fissate al punto 7 della comunicazione de minimis senza per questo essere obbligata ad attenersi. Infatti, soglie di tal genere costituiscono soltanto elementi indicativi che, al pari di altri, possono consentire all'autorità suddetta di stabilire il carattere sensibile o meno di una restrizione con riferimento al contesto concreto in cui l'accordo si colloca.

32. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Expedia all'udienza, le azioni di accertamento avviate e le sanzioni inflitte dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro a carico delle imprese partecipanti ad un accordo che non abbia raggiunto le soglie stabilite nella comunicazione de minimis non possono, in quanto tali, violare i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto, tenuto conto del tenore letterale del punto 4 della comunicazione suddetta.

33. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 33 delle sue conclusioni, il principio di legalità delle pene non impone di considerare la comunicazione de minimis quale norma giuridica vincolante per le autorità nazionali. Infatti, le intese sono già vietate dal diritto primario dell'Unione, vale a dire dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE» [...] ».

« [...] 38. Alla luce di quanto sopra esposto, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che gli articoli 101, paragrafo 1, TFUE e 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che un'autorità nazionale garante della concorrenza applichi il predetto articolo 101, paragrafo 1, TFUE ad un accordo tra imprese, il quale sia idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ma che non raggiunga le soglie fissate dalla Commissione nella sua comunicazione de minimis, purché tale accordo costituisca una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi del citato articolo 101, paragrafo 1 [...] ».

7 febbraio 2013, Slovenská sporiteľňa, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71

Con decisione del 9 giugno 2009, il Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor dohľad obmedzujúcich súťaží (sezione relativa agli accordi restrittivi della concorrenza dell'Autorità garante della concorrenza della Repubblica slovacca; in prosieguo: la «Sezione»), organo amministrativo di primo grado competente in materia di protezione della concorrenza, concludeva che tre importanti banche con sede in Bratislava (Repubblica slovacca), ossia la Slovenská sporiteľňa, la eskoslovenská obchodná banka a.s., e la Všeobecná úverová banka a.s., avevano violato l'articolo 81 CE (articolo 101 TFUE), nonché la corrispondente disposizione della legge n. 136/2001, stringendo un accordo consistente nel risolvere i contratti relativi ai conti correnti dell'Akcenta CZ a.s. (in prosieguo: l'«Akcenta»), società con sede in Praga (Repubblica ceca) e nel non stipulare nuovi contratti con tale società. A seguito del ricorso proposto dalla Slovenská sporiteľňa a avverso la decisione emanata dalla Sezione, la Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (Consiglio dell'Autorità garante della concorrenza della Repubblica slovacca; in prosieguo: il «Consiglio»), organo amministrativo di secondo grado, in data 19 novembre 2009 adottava una decisione con cui modificava la decisione impugnata ampliando la qualificazione giuridica del comportamento controverso nella causa principale. La Slovenská sporiteľňa ha impugnato la decisione del Consiglio depositando un ricorso presso il Krajský súd v Bratislave (tribunale regionale di Bratislava). Con sentenza del 23 settembre 2010 il Krajský súd v Bratislave ha annullato le summenzionate decisioni del 9 giugno e del 19

novembre 2009 nelle parti che riguardavano la Slovenská sporiteľ a e ha rinviato la causa dinanzi al Protimonopoln úrad. Il Protimonopoln úrad ha impugnato la decisione del Krajsk súd v Bratislave con ricorso dinanzi al Najvyšší súd Slovenskej republiky (Corte suprema della Repubblica slovacca) che, in qualità di organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali in particolare chiedendo al giudice dell'UE se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che è giuridicamente rilevante la circostanza che un concorrente leso da un accordo di cartello tra altri concorrenti operasse in modo asseritamente illegale sul mercato pertinente al momento della conclusione di tale accordo. In proposito, la Corte ha osservato:

« [...] 16. Occorre ricordare che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, dichiara incompatibili con il mercato interno e vieta tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno.

17. Ai fini dell'applicazione di tale disposizione, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza (sentenze del 13 luglio 1966, Consten e Grundig/Commissione, 56/64 e 58/64, Racc. pag. 457, in particolare pag. 460; del 15 ottobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Racc. pag. I-8375, punto 508, nonché dell'8 dicembre 2011, KME Germany e a./Commissione, C-389/10 P, Racc. pag. I-13125, punto 75).

18. L'articolo 101 TFUE, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, ma anche la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale (sentenza del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Racc. pag. I-9291, punto 63).

19. Al riguardo, dalla decisione di rinvio risulta che l'accordo concluso tra le banche interessate aveva specificamente ad oggetto la restrizione del gioco della concorrenza e che nessuna di esse aveva contestato la legittimità dell'attività dell'Akcenta prima che fosse istruita nei loro confronti la causa principale. L'asserita situazione giuridica dell'Akcenta non incide quindi ai fini dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza.

20. Peraltro, spetta alle autorità pubbliche e non a imprese o ad associazioni di imprese private garantire il rispetto delle prescrizioni di legge. La situazione dell'Akcenta, quale descritta dal governo ceco, testimonia sufficientemente la circostanza che l'applicazione di disposizioni di legge può rendere necessarie valutazioni complesse che non rientrano nella competenza di tali imprese o associazioni di imprese private.

21. In base a tali elementi si deve rispondere alle questioni prima e seconda che l'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che il fatto che un'impresa lesa da un accordo avente ad oggetto una restrizione del gioco della concorrenza operasse sul mercato pertinente in modo asseritamente illegale al momento della conclusione di tale accordo non incide sulla questione se detto accordo integri una violazione di tale disposizione [...] ».

Sulla questione con cui il giudice del rinvio ha chiesto se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE possa essere interpretato nel senso che, per constatare un accordo restrittivo della concorrenza, è necessario dimostrare il comportamento personale del rappresentante statutario di un'impresa, la Corte ha, invece, osservato:

« [...] 25. Si deve ricordare, al riguardo, che l'applicazione dell'articolo 101 TFUE non presuppone l'azione o quanto meno la consapevolezza dei soci o dei dirigenti principali dell'impresa interessata,

ma l'azione di una persona che sia autorizzata ad agire per conto dell'impresa (sentenza del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion française e a./Commissione*, da 100/80 a 103/80, Racc. pag. 1825, punto 97).

26. Peraltro, come la Commissione ha sottolineato, la partecipazione ad accordi vietati dal Trattato FUE costituisce nella maggior parte dei casi un'attività clandestina che non si svolge nel rispetto di regole formali. È raro che il rappresentante di un'impresa partecipi a una riunione munito di un mandato al fine di commettere un'infrazione.

27. Inoltre, conformemente a giurisprudenza costante, quando è accertato che un'impresa ha partecipato a riunioni tra imprese concorrenti aventi un fine anticoncorrenziale, spetta a tale impresa apportare elementi idonei a dimostrare che la sua partecipazione era priva di ogni finalità anticoncorrenziale, dimostrando di aver indicato alle sue concorrenti che essa partecipava a tali riunioni in un'ottica diversa dalla loro. Affinché la partecipazione di un'impresa a una riunione siffatta possa non essere considerata come approvazione tacita di un'iniziativa illecita o come assenso al suo risultato, occorre che tale impresa prenda pubblicamente le distanze da tale iniziativa in modo che gli altri partecipanti considerino che essa pone fine alla sua partecipazione, oppure che denunci tale iniziativa alle autorità amministrative (sentenza del 3 maggio 2012, *Comap/Commissione*, C-290/11 P, punti 74 e 75, e giurisprudenza ivi citata) [...] ».

14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160

Gli assicuratori ungheresi, e in particolare la Allianz Hungária Biztosító Zrt. (in prosieguo: la «Allianz»), e la Generali-Providencia Biztosító Zrt. (in prosieguo: la «Generali»), concordano una volta all'anno con le officine di riparazione le condizioni e le tariffe applicabili alle prestazioni di riparazione che l'assicuratore deve pagare in caso di sinistro ai veicoli assicurati. Dette officine possono così procedere direttamente alle riparazioni in base alle condizioni e alle tariffe concordate con l'assicuratore. Dalla fine dell'anno 2002, numerosi concessionari automobilistici operanti anche come officine di riparazione hanno incaricato l'associazione Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége (in prosieguo: la «GÉMOSZ»), l'associazione nazionale dei concessionari di marca, di negoziare annualmente a loro nome con gli assicuratori accordi quadro riguardanti le tariffe orarie applicabili per la riparazione di veicoli incidentati. Detti concessionari sono legati agli assicuratori sotto un duplice aspetto. Da un lato, in caso di sinistro, essi riparano per conto degli assicuratori i veicoli assicurati e, dall'altro, intervengono come intermediari a favore degli assicuratori medesimi offrendo, nella loro qualità di mandatari dei loro propri broker assicurativi ovvero di broker associati, assicurazioni automobilistiche ai propri clienti in occasione della vendita o della riparazione di veicoli. Nel corso degli anni 2004 e 2005, sono stati conclusi degli accordi quadro tra la GÉMOSZ e la Allianz. A seguito di ciò, quest'ultima ha concluso accordi individuali con i suddetti concessionari sulla base degli accordi quadro. Tali accordi prevedevano che i concessionari avrebbero percepito per la riparazione dei veicoli incidentati una tariffa maggiorata nel caso in cui le assicurazioni automobilistiche della Allianz avessero rappresentato una certa percentuale delle assicurazioni vendute dal concessionario. Durante tale periodo, la Generali non ha concluso accordi quadro con la GÉMOSZ, ma ha stipulato accordi individuali con i suddetti concessionari. Sebbene tali accordi non contenessero clausole scritte di maggiorazione delle tariffe come quelle incluse negli accordi stipulati dalla Allianz, il Gazdasági Versenyhivatal (Ufficio della concorrenza; in prosieguo: il «GVH») ha però constatato che, in pratica, la Generali applicava analoghi incentivi commerciali. Il GVH ha, quindi, constatato che i suddetti accordi erano incompatibili con l'articolo 11 del Tpv (legge n. LVII. del 1996, che vieta le pratiche commerciali sleali o restrittive della concorrenza), mentre ha considerato che, mancando un'incidenza sul commercio intracomunitario, l'articolo 101 TFUE non era applicabile a detti accordi e che l'illegittimità di questi ultimi scaturiva dunque esclusivamente dalla normativa antitrust nazionale. A seguito del ricorso di annullamento proposto dalle parti ricorrenti nel procedimento principale, la Fővárosi Bíróság (Corte di Budapest) ha parzialmente riformato la

decisione controversa, che però è stata ripristinata in sede di appello dalla decisione della F városi Ítéltábla (Corte di appello di Budapest). Le ricorrenti nel procedimento principale hanno proposto un'impugnazione contro quest'ultima sentenza dinanzi al Legfels bb Bíróság (Corte di cassazione), facendo valere in particolare che gli accordi in questione non avevano per oggetto una restrizione della concorrenza. Il Legfels bb Bíróság ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: « [s]e possano essere considerati accordi contrari all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (in quanto aventi per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno) quegli accordi bilaterali stipulati tra una compagnia assicuratrice e determinate officine di riparazione di veicoli, o tra una compagnia assicuratrice e un'associazione di officine di riparazione di veicoli, in forza dei quali la tariffa oraria di riparazione accordata dalla compagnia assicuratrice all'officina per la riparazione dei veicoli da essa assicurati dipende, tra l'altro, dal numero e dalla percentuale di polizze sottoscritte con la compagnia assicuratrice per il tramite dell'officina, che opera quale intermediario assicurativo di detta compagnia ». In proposito, la Corte ha osservato:

« [...] 34. [...] nel caso in cui venga dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo, non è necessario indagare i suoi effetti sulla concorrenza. Però, nel caso in cui l'analisi del contenuto dell'accordo non abbia rivelato un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà esaminare i suoi effetti e, per poterlo vietare, dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo sensibile (v. sentenze del 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands e a., C-8/08, Racc. pag. I-4529, punti 28 e 30; del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Racc. pag. I-9291, punto 55; del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a., C-403/08 e C-429/08, Racc. pag. I-9083, punto 135, nonché del 13 ottobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, Racc. pag. I-9419, punto 34).

35. La distinzione tra «infrazioni per oggetto» e «infrazioni per effetto» si fonda sul fatto che talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (v. sentenze del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, Racc. pag. I-8637, punto 17; T-Mobile Netherlands e a., cit., punto 29, nonché del 13 dicembre 2012, Expedia, C-226/11, punto 36).

36. Per valutare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza «per oggetto», occorre riferirsi al contenuto delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca (v. citate sentenze GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., punto 58; Football Association Premier League e a., punto 136, nonché Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, punto 35). Nel valutare detto contesto, occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v. sentenza Expedia, cit., punto 21 e la giurisprudenza ivi citata).

37. Inoltre, anche se l'intenzione delle parti non costituisce un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo, nulla vieta alle autorità garanti della concorrenza ovvero ai giudici nazionali e dell'Unione di tenerne conto (v., in tal senso, sentenza GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., cit., punto 58 e la giurisprudenza ivi citata).

38. Peraltro, la Corte ha già constatato che, affinché un accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, è sufficiente che esso sia capace di produrre effetti negativi sulla concorrenza, vale a dire che sia concretamente idoneo ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza in seno al mercato interno. La questione se e in quale misura tale effetto si produca realmente può avere importanza soltanto al fine di calcolare l'importo delle ammende e di valutare eventuali diritti al risarcimento del danno (v. sentenza T-Mobile Netherlands e a., cit., punto 31).

39. Per quanto riguarda gli accordi contemplati dalla questione pregiudiziale sollevata, occorre rilevare che essi vertono sulla tariffa oraria dovuta dalla società assicurativa ai concessionari

automobilistici, operanti in veste di officine di riparazione, per la riparazione di veicoli in caso di sinistro. Detti accordi prevedono che tale tariffa sia maggiorata in funzione del numero e della percentuale di contratti di assicurazione commercializzati dal concessionario per la società summenzionata.

40. Tali accordi collegano dunque la remunerazione del servizio di riparazione dei veicoli incidentati a quella della mediazione di contratti di assicurazione del ramo automobilistico. L'istituzione di tale collegamento tra due servizi distinti è possibile a motivo della particolarità data dal fatto che i concessionari intervengono nei rapporti con gli assicuratori in una duplice veste, vale a dire quali intermediari o broker, che offrono assicurazioni automobilistiche ai loro clienti in occasione della vendita o della riparazione di veicoli, e in quanto officine, che riparano veicoli incidentati per conto degli assicuratori.

41. Orbene, se è pur vero che l'istituzione di un simile collegamento tra due attività in via di principio indipendenti non significa automaticamente che l'accordo in questione abbia per oggetto una restrizione della concorrenza, ciò non toglie che essa può costituire un elemento importante per valutare se tale accordo sia per sua natura dannoso al buon funzionamento del gioco normale della concorrenza, ciò che si verifica, in particolare, quando l'indipendenza delle suddette attività sia necessaria per tale funzionamento.

42. Inoltre, occorre tener conto del fatto che un simile accordo è idoneo a incidere non su un solo mercato, bensì su due, nella fattispecie quello delle assicurazioni del ramo automobilistico e quello dei servizi di riparazione dei veicoli, e che il suo oggetto deve dunque essere valutato in rapporto ai due mercati interessati.

43. A questo proposito, occorre anzitutto sottolineare che, contrariamente a quanto la Allianz e la Generali sembrano ritenere, il fatto che in entrambi i casi si tratti di relazioni verticali non esclude minimamente la possibilità che l'accordo in questione nel procedimento principale costituisca una restrizione della concorrenza «per oggetto». Infatti, se è pur vero che gli accordi verticali spesso sono, per loro natura, meno dannosi per la concorrenza degli accordi orizzontali, anch'essi possono però, in determinate circostanze, avere un potenziale restrittivo particolarmente elevato. Così, già in varie occasioni la Corte ha affermato che un accordo verticale aveva per oggetto una restrizione della concorrenza (v. sentenze del 13 luglio 1966, *Consten e Grundig/Commissione*, 56/64 e 58/64, Racc. pag. 457; del 1 febbraio 1978, *Miller International Schallplatten/Commissione*, 19/77, Racc. pag. 131; del 3 luglio 1985, *Binon*, 243/83, Racc. pag. 2015, nonché *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, cit.).

44. Ciò detto, per quanto riguarda la valutazione dell'oggetto degli accordi controversi nel procedimento principale in rapporto al mercato delle assicurazioni automobilistiche, occorre constatare che, mediante accordi siffatti, società di assicurazione come la Allianz e la Generali mirano a conservare o ad accrescere la loro quota di mercato.

45. È pacifico che, se tra queste due società esistesse un accordo orizzontale o una pratica concordata destinati a ripartire il mercato, tale accordo o tale pratica dovrebbero essere qualificati come restrizione per oggetto e comporterebbero anche l'illegittimità degli accordi verticali conclusi per attuare l'accordo o la pratica stessi. La Allianz e la Generali negano però di essersi accordate o concertate tra loro e sostengono che la decisione controversa ha concluso per l'insussistenza di un accordo o di una pratica di tal genere. Spetta al giudice del rinvio verificare l'esattezza di tali allegazioni e, nei limiti in cui il diritto nazionale glielo consenta, valutare se vi siano prove sufficienti per dimostrare l'esistenza di un accordo o di una pratica concordata tra la Allianz e la Generali.

46. Tuttavia, anche in assenza di un accordo o di una pratica concordata tra le suddette società assicurative, resterà ancora da verificare se gli accordi verticali controversi nel procedimento principale rivelino, alla luce del contesto economico e giuridico nel quale si collocano, un grado di dannosità per la concorrenza sul mercato delle assicurazioni automobilistiche sufficiente per configurare una restrizione della concorrenza per oggetto.

47. Ciò potrebbe verificarsi in particolare nel caso in cui, come sostiene il governo ungherese, il ruolo

assegnato dal diritto nazionale ai concessionari che operano come intermediari o broker assicurativi esiga l'indipendenza di tali soggetti rispetto alle società di assicurazione. Detto governo rileva a questo proposito che tali concessionari agiscono a nome non di un assicuratore, bensì del contraente che stipula l'assicurazione, e hanno il compito di proporre a quest'ultimo l'assicurazione che più gli conviene all'interno dell'offerta di varie società assicurative. Spetta al giudice del rinvio verificare se, in tali circostanze e alla luce delle attese dei suddetti contraenti, il buon funzionamento del mercato delle assicurazioni automobilistiche possa essere perturbato in modo significativo dagli accordi controversi nel procedimento principale.

48. Inoltre, tali accordi costituirebbero parimenti una restrizione della concorrenza per oggetto nel caso in cui il giudice del rinvio constatasse che è probabile che, alla luce del contesto economico, la concorrenza su detto mercato verrà soppressa o gravemente indebolita a seguito della conclusione degli accordi stessi. Al fine di valutare il rischio di una conseguenza siffatta, detto giudice dovrà in particolare prendere in considerazione la struttura del mercato in questione, l'esistenza di canali di distribuzione alternativi e la loro rispettiva importanza, nonché il potere di mercato delle società interessate.

49. Infine, quanto alla valutazione dell'oggetto degli accordi controversi nel procedimento principale in rapporto al mercato dei servizi di riparazione dei veicoli, occorre tener conto del fatto che tali accordi risultano essere stati conclusi sulla base dei «prezzi consigliati» stabiliti nelle tre decisioni adottate dalla GÉMOSZ nel periodo che abbraccia gli anni 2003-2005. In tale contesto, spetterà al giudice del rinvio stabilire la natura e la portata esatta di tali decisioni (v., in tal senso, sentenza del 2 aprile 2009, Pedro IV Servicios, C-260/07, Racc. pag. I-2437, punti 78 e 79) [...] ».

11 settembre 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB)*, causa C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204

Il ricorrente è un gruppo d'interesse economico di diritto francese, costituito nel 1984 dai principali istituti bancari francesi al fine di realizzare l'interoperabilità dei sistemi di pagamento e di prelievo con carte bancarie (in prosieguo: le «carte CB»), emesse dai propri membri (in prosieguo: il «sistema CB»). Tale interoperabilità comporta in pratica che una carta CB emessa da un membro del Groupement possa essere utilizzata per effettuare pagamenti presso tutti i commercianti affiliati al sistema CB tramite qualunque altro membro del Groupement e/o per effettuare prelievi dai distributori automatici di banconote (DAB), gestiti da tutti gli altri membri. I membri del Groupement, il cui numero ammontava a 148 al 29 giugno 2007, sono istituti detti «capifila» o istituti collegati a uno dei capifila. In virtù del contratto costitutivo del Groupement, la BNP Paribas, la BPCE e la Société Générale SA (in prosieguo: la «Société Générale») rientrano tra gli undici capifila. Il 10 dicembre 2002, il Groupement ha notificato alla Commissione, ai sensi del regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli (101 TFUE) e (102 TFUE), varie nuove regole previste per il sistema CB, consistenti, in particolare, in alcune misure tariffarie (in prosieguo: le «misure in questione»). Il 6 luglio 2004, la Commissione ha adottato una prima comunicazione degli addebiti, diretta al Groupement e a nove suoi capifila che erano stati oggetto di accertamenti, con la quale contestava loro di aver concluso un «accordo segreto anticoncorrenziale» avente «globalmente per oggetto la limitazione della concorrenza tra le banche che avevano preso parte all'accordo così come di ostacolare in modo concertato la concorrenza di nuovi operatori (in particolare la grande distribuzione, le banche online e le banche straniere) sul mercato dell'emissione di carte bancarie». La Commissione ha ritenuto che «la notifica [del 10 dicembre 2002 fosse] stata fatta allo scopo di dissimulare il vero contenuto dell'accordo anticoncorrenziale». Il 20 luglio 2007, il Groupement ha presentato una proposta di impegni ai sensi dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli (101 TFUE) e (102 TFUE), che è stata considerata tardiva e insufficiente dal direttore generale della direzione generale della concorrenza

della Commissione. La Commissione ha pertanto adottato una decisione nella quale ha asserito che il Groupement aveva violato l'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE). Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 27 dicembre 2007, il ricorrente ha proposto ricorso diretto all'annullamento di tale decisione, in seguito respinto dal Tribunale. La decisione del Tribunale è stata poi impugnata dal ricorrente. Nella sua sentenza la Corte, in particolare sull'esame dell'esistenza di una restrizione della concorrenza per «oggetto» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE), ha osservato:

« [...] 48. Occorre ricordare che, per ricadere nel divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE], un accordo, una decisione di associazione di imprese o una pratica concordata devono avere «per oggetto o per effetto» di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno.

49. A tal proposito, dalla giurisprudenza della Corte risulta che alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario (v., in tal senso, in particolare, le sentenze LTM, 56/65, EU:C:1966:38, 359 e 360; BIDS, punto 15, nonché Allianz Hungária Biztosító e a., C-32/11, EU:C:2013:160, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

50. Tale giurisprudenza si fonda sul fatto che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (v., in tal senso, in particolare, sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

51. È quindi pacifico che la probabilità che certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte di cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi, è talmente alta che può essere ritenuto inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE], dimostrare che tali comportamenti hanno effetti concreti sul mercato (v., in tal senso, in particolare, sentenza Clair, 123/83, EU:C:1985:33, punto 22). L'esperienza, infatti, dimostra che tali comportamenti determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori.

52. Nel caso in cui l'analisi di un tipo di coordinamento tra imprese non presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà, per contro, esaminarne gli effetti e, per vietarlo, dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo (sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

53. A mente della giurisprudenza della Corte, per valutare se un accordo tra imprese o una decisione di associazione di imprese presentano un grado sufficiente di dannosità per essere considerati come una restrizione della concorrenza «per oggetto» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE], occorre riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che essi mirano a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v., in tal senso, Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

54. Inoltre, sebbene l'intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo tra imprese, nulla vieta alle autorità garanti della concorrenza ovvero ai giudici nazionali e dell'Unione di tenerne conto (v. sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 37 e giurisprudenza ivi citata) ».

« [...] 78. [...] per valutare se un coordinamento tra imprese risulti per sua natura dannoso al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, occorre, a mente della giurisprudenza ricordata al punto 53 della presente sentenza, prendere in considerazione qualunque elemento rilevante, tenuto

conto, in particolare, della natura dei servizi in questione nonché delle condizioni reali di funzionamento e della struttura dei mercati, relativo al contesto economico o giuridico nel quale detto coordinamento si inserisce, senza che rilevi che tale elemento rientri o meno nell'ambito del mercato rilevante.

79. Ciò deve avvenire, in particolare, laddove tale elemento consista appunto nella presa in considerazione dell'esistenza di interazioni tra il mercato rilevante e un mercato connesso distinto (v., per analogia, sentenze *Delimitis*, C-234/89, EU:C:1991:91, punti da 17 a 23, nonché *Allianz Hungária Biztosító e a.*, EU:C:2013:160, punto 42) e a fortiori laddove sussistano, come nel caso di specie, interazioni tra le due parti di un sistema duale.

80. Non può certamente escludersi che le misure oggetto di causa, come constatato dal Tribunale ai punti 198, 227, e 234 della sentenza impugnata, ostacolino la concorrenza proveniente dai nuovi operatori, tenuto conto della difficoltà, creata da tali misure di accrescere l'attività di acquisizione di tali nuovi operatori, o perfino portino all'esclusione di questi ultimi dal sistema, in funzione, come affermato in udienza dalla BPCE, del livello dei contributi imposti in applicazione di dette misure.

81. Tuttavia, tale affermazione, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 131 delle sue conclusioni, si riferirebbe all'esame degli effetti di dette misure sulla concorrenza e non all'oggetto delle misure.

82. Va così rilevato che il Tribunale, sotto l'apparenza di un esame delle «opzioni» che si aprivano ai membri del Groupement con le misure in questione, ai punti da 161 a 193 della sentenza impugnata, in esito al quale esso ha concluso, al punto 194 di tale sentenza, che «il MERFA lasciava in pratica due opzioni alle banche a cui si applicava: il pagamento di un contributo o la limitazione all'emissione di carte CB», ha in realtà valutato gli effetti potenziali di dette misure, procedendo all'analisi delle difficoltà per le banche di sviluppare l'attività di acquisizione sulla base di dati di mercato, di dichiarazioni di alcune banche e di documenti acquisiti nel corso degli accertamenti, facendo così esso stesso emergere che le misure in questione non possono essere considerate «per la loro stessa natura» dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza [...] ».

19 marzo 2015, *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe c. Commissione*, causa C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184

La Dole Food è una società americana produttrice di frutta e ortaggi freschi nonché di frutta preconfezionata e surgelata. La DFFE è una controllata di detta società. L'8 aprile 2005 la Chiquita Brands International Inc. (in prosieguito: la «Chiquita») ha depositato una domanda di immunità ai sensi della comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese. Il 3 maggio 2005 la Commissione europea le ha concesso un'immunità condizionale dalle ammende in forza del punto 8, lettera a), della comunicazione sulla cooperazione. Il 20 luglio 2007 la Commissione ha inviato a diverse imprese da essa ispezionate, tra cui la Chiquita, le società Dole, la Fresh Del Monte Produce Inc. (in prosieguito: la «Del Monte») e la Internationale Fruchthandels Gesellschaft Weichert & Co. KG (in prosieguito: la «Weichert»), una comunicazione degli addebiti. Il 15 ottobre 2008 la Commissione ha adottato una decisione con cui ha constatato che le imprese in questione avevano partecipato ad una pratica concordata consistente nel coordinare i loro prezzi di riferimento delle banane commercializzate in Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Germania, nel Lussemburgo, nei Paesi Bassi nonché in Svezia, e ciò dal 1 gennaio 2000 al 31 dicembre 2002. In particolare, secondo la Commissione, le imprese in questione si erano impegnate in comunicazioni bilaterali di pretariffazione nel corso delle quali esse avevano discusso sui fattori di tariffazione della banana, vale a dire sui fattori relativi ai prezzi di riferimento per la settimana futura, oppure avevano dibattuto o rivelato le tendenze seguite dai prezzi o dato indicazioni sui prezzi di riferimento per quest'ultima. Secondo la Commissione, i prezzi di riferimento servivano, quantomeno, come segnali, tendenze e/o indicazioni diretti al mercato per quanto riguarda l'evoluzione prevista del prezzo delle banane ed

erano importanti per il commercio della banana ed i prezzi ottenuti. La Commissione ha, quindi, concluso che le comunicazioni di pretariffazione, in particolare svoltesi tra la Dole Food e la Chiquita e tra la Dole Food e la Weichert, potevano influire sui prezzi praticati dagli operatori, erano relative alla fissazione dei prezzi e avevano dato luogo ad una pratica concordata avente ad oggetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE) (punti 54 e 271 della decisione controversa). Circa il calcolo dell'importo delle ammende, la Commissione ha applicato gli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (in prosieguo: gli «orientamenti») e la comunicazione sulla cooperazione. La Chiquita ha beneficiato dell'immunità dalle ammende a norma della comunicazione sulla cooperazione (punti da 483 a 488 della decisione). Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 24 dicembre 2008, le società Dole hanno proposto un ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa e all'annullamento o alla riduzione dell'ammenda ad esse inflitte con tale decisione. La decisione con cui il Tribunale ha respinto il ricorso è stata successivamente impugnata davanti alla Corte, la quale, in particolare sulla qualificazione delle comunicazioni di pretariffazione come costituenti una restrizione della concorrenza per oggetto, qualificabile come pratica concordata, ha osservato:

« [...] 113. [...] dalla giurisprudenza della Corte risulta che alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario (sentenza CB/Commissione, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 49 e la giurisprudenza ivi citata).

114. Tale giurisprudenza si fonda sul fatto che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (sentenza CB/Commissione, EU:C:2014:2204, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata).

115. È quindi pacifico che la probabilità che certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte di cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi è talmente alta che può essere ritenuto inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE], dimostrare che tali comportamenti abbiano effetti concreti sul mercato. L'esperienza, infatti, dimostra che tali comportamenti determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori (sentenza CB/Commissione, EU:C:2014:2204, punto 51 e la giurisprudenza ivi citata).

116. Nel caso in cui l'analisi di un tipo di coordinamento tra imprese non presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà, per contro, esaminarne gli effetti e, per determinare se un tale comportamento rientri tra quelli di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE], esigere che ricorrano tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo (v., in tal senso, sentenza CB/Commissione, EU:C:2014:2204, punto 52 e la giurisprudenza ivi citata).

117. A mente della giurisprudenza della Corte, per valutare se un tipo di coordinamento presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato come una restrizione della concorrenza «per oggetto» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE], occorre riferirsi agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nella valutazione di tale contesto occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v., in tal senso, sentenza CB/Commissione, EU:C:2014:2204, punto 53 e la giurisprudenza ivi citata).

118. Inoltre, sebbene l'intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un tipo di coordinamento, nulla vieta alle autorità garanti della concorrenza o ai giudici nazionali e dell'Unione di tenerne conto (v., in tal senso, sentenza CB/Commissione, EU:C:2014:2204, punto 54 e la giurisprudenza ivi citata).

119. Per quanto riguarda, in particolare, lo scambio di informazioni tra concorrenti, occorre ricordare che i criteri del coordinamento e della collaborazione, costitutivi di una pratica concordata, devono essere intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune (sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata).

120. Se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o atteso dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano per oggetto, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato (sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, EU:C:2009:343, punto 33 e la giurisprudenza ivi citata).

121. La Corte ha così dichiarato che lo scambio di informazioni tra concorrenti può risultare contrario alle regole della concorrenza qualora riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese (sentenze *Thyssen Stahl/Commissione*, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punto 86, nonché *T-Mobile Netherlands e a.*, EU:C:2009:343, punto 35 e la giurisprudenza ivi citata).

122. In particolare, si deve ritenere che abbia un oggetto anticoncorrenziale uno scambio di informazioni che sia idoneo ad eliminare talune incertezze nei soggetti coinvolti in relazione al momento, alla portata e alle modalità dell'adeguamento che l'impresa interessata deve effettuare (v., in tal senso, sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, EU:C:2009:343, punto 41).

123. Peraltro, una pratica concordata può avere un oggetto anticoncorrenziale nonostante essa sia priva collegamenti diretti con i prezzi al dettaglio. Infatti, la formulazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE non è tale da indurre a ritenere che siano vietate unicamente quelle pratiche concordate che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori finali (v., in tal senso, sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, EU:C:2009:343, punto 36).

124. Per contro, dall'articolo 81, paragrafo 1, lettera a), CE [ora articolo 101, paragrafo 1, lettera a), TFUE] si evince che una pratica concordata può avere un oggetto anticoncorrenziale qualora consista nel «fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione» (sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, EU:C:2009:343, punto 37).

125. In ogni caso, l'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinato all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio (sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, EU:C:2009:343, punti 38 e 39).

126. Infine, si deve ricordare che risulta dalla lettera stessa dell'articolo 81, paragrafo 1, CE che la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione tra le imprese interessate, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione e un nesso causale tra questi due elementi (sentenza *T-Mobile Netherlands e a.*, EU:C:2009:343, punto 51 e la giurisprudenza ivi citata).

127. A tal proposito, la Corte ha considerato che si deve presumere, salvo prova contraria che spetta agli operatori interessati fornire, che le imprese partecipanti alla concertazione e che restano attive sul mercato tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti nel determinare il proprio comportamento su tale mercato. In particolare, la Corte ha concluso che una pratica concordata quale innanzi definita rientra nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1, CE [ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE] anche in assenza di effetti anticoncorrenziali sul mercato (sentenza *T-Mobile*

Netherlands e a., EU:C:2009:343, punto 51 e la giurisprudenza ivi citata) [...] ».

28 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche Ltd and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, causa case C-179/16 , ECLI:EU:C:2018:25

La domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato (Italia) verte sull'interpretazione dell'articolo 101 TFUE. Tale domanda è stata presentata nell'ambito della controversia tra la F. Hoffmann-La Roche Ltd, la Roche SpA, la Novartis AG e la Novartis Farma SpA, da un lato, e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dall'altro lato. Le imprese di cui al procedimento principale sono state sanzionate dall'AGCM per aver concluso un'intesa contraria all'articolo 101 TFUE, diretta ad ottenere una differenziazione artificiosa tra i farmaci Avastin e Lucentis, manipolando la percezione dei rischi dell'uso in ambito oftalmico dell'Avastin. In particolare, secondo la prospettazione dell'Autorità, l'intesa avrebbe avuto lo scopo di incrementare le vendite del farmaco Lucentis, attraverso la diffusione di notizie in grado di ingenerare preoccupazioni pubbliche sulla sicurezza degli usi oftalmici dell'Avastin. Detto accordo di ripartizione del mercato sarebbe costitutivo di una restrizione della concorrenza per oggetto. Sul punto la Corte di Giustizia ha stabilito che:

«76. Risulta dalle spiegazioni fornite dal giudice del rinvio, nonché dalle osservazioni presentate alla Corte, che la violazione dell'articolo 101 TFUE addebitata alle imprese di cui al procedimento principale riguarda soltanto la diffusione di informazioni relative agli effetti collaterali negativi dell'utilizzo off-label dell'Avastin.

77. Sebbene la quinta questione faccia riferimento anche a informazioni relative all'efficacia di un medicinale, si deve ritenere che con tale questione il giudice del rinvio chieda, in sostanza, se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che costituisce una restrizione della concorrenza «per oggetto», ai sensi di tale disposizione, l'intesa tra due imprese che commercializzano due medicinali concorrenti, avente ad oggetto - in un contesto segnato dall'incertezza delle conoscenze scientifiche in materia - la diffusione di informazioni sugli effetti collaterali negativi dell'uso di uno di tali medicinali per indicazioni non coperte dall'AIC di quest'ultimo, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso su un altro medicinale coperto da un'AIC per dette indicazioni.

78. Occorre rammentare, a tale riguardo, che la nozione di restrizione della concorrenza «per oggetto» dev'essere interpretata restrittivamente e può essere applicata solo a talune forme di coordinamento tra imprese che rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. Infatti, talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (sentenze del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punto 17, nonché del 27 aprile 2017, FSL e a./Commissione, C-469/15 P, EU:C:2017:308, punto 103).

[...]

80. Nell'ambito della valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (sentenza del 23 novembre 2006, Asnef-Equifax e Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, punto 49 e giurisprudenza ivi citata). Allorché si tratti di sapere se vi sia un'intesa nel settore dei prodotti farmaceutici, si deve pertanto prendere in considerazione l'incidenza della normativa dell'Unione relativa a tali prodotti (v., per analogia, sentenza del 16 settembre 2008, Sot. Lélouk e a., da C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504, punto 58).

81. Tale normativa assoggetta un medicinale quale l'Avastin ad un sistema di farmacovigilanza sottoposto al controllo dell'EMA, in coordinamento con le agenzie nazionali competenti in materia

farmaceutica. Ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2001/83 modificata, «[tale sistema] va utilizzato per raccogliere informazioni sui rischi dei medicinali in relazione alla salute dei pazienti o alla salute pubblica. Le informazioni si riferiscono in particolare agli effetti collaterali negativi negli esseri umani, derivanti dall'utilizzo del medicinale conformemente alle indicazioni contenute nell'[AIC] e dall'uso al di fuori delle indicazioni in questione, e agli effetti collaterali negativi associati all'esposizione per motivi professionali».

[...]

89. Per quanto riguarda i fatti di cui al procedimento principale, la cui verifica spetta unicamente al giudice del rinvio, come risulta dai punti 177, 189, da 193 a 202, e 209 della decisione dell'AGCM, detta autorità ha considerato che le imprese interessate, avendo adottato una strategia comune volta a contrastare la pressione concorrenziale esercitata sulle vendite del Lucentis dall'uso dell'Avastin per la cura di patologie oftalmiche non oggetto dell'AIC di quest'ultimo, hanno commesso una violazione dell'articolo 101 TFUE. Secondo tale decisione, l'intesa tra la Roche e la Novartis avrebbe avuto l'obiettivo di creare una differenziazione artificiosa tra i due medicinali manipolando la percezione dei rischi legati all'uso dell'Avastin per la cura di simili patologie mediante la produzione e la diffusione di informazioni, basate su una lettura «allarmistica» dei dati disponibili, tali da generare preoccupazione nell'opinione pubblica in merito alla sicurezza di determinati usi dell'Avastin e da condizionare le scelte terapeutiche dei medici, svalutando le contrarie acquisizioni scientifiche.

90. Secondo il punto 177 della decisione dell'AGCM, l'intesa avrebbe inoltre avuto lo scopo di comunicare all'EMA informazioni tali da amplificare la percezione dei rischi connessi a detto utilizzo al fine di ottenere una modifica del riassunto delle caratteristiche dell'Avastin e l'autorizzazione ad inviare agli operatori sanitari una comunicazione per richiamare la loro attenzione su tali effetti collaterali negativi. Secondo i punti 208, 209 e 215 della decisione dell'AGCM, l'amplificazione artificiosa dei rischi legati all'uso off-label dell'Avastin sarebbe confermata, tra l'altro, dalla circostanza, menzionata al punto 63 della presente sentenza, che l'EMA e la Commissione non hanno accolto la richiesta della Roche di includere nell'elenco degli «effetti indesiderati», che figura nel riassunto delle caratteristiche del prodotto, talune conseguenze collaterali negative derivanti dall'uso intravitale dell'Avastin e hanno ritenuto che tali conseguenze giustificassero solamente una menzione fra le «avvertenze speciali e precauzioni d'impiego».

91. A questo proposito, occorre in primo luogo rilevare, ancor prima di esaminare la rilevanza del carattere ingannevole delle informazioni trasmesse all'EMA e al pubblico ai fini della constatazione di una restrizione della concorrenza per oggetto, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, che gli obblighi di farmacovigilanza che possono comportare misure quali la diffusione presso gli operatori sanitari e il pubblico di informazioni sui rischi legati all'uso off-label di un medicinale, nonché l'avvio di un procedimento presso l'EMA al fine di includere tali informazioni nel riassunto delle caratteristiche del prodotto, incombono, come risulta dalle disposizioni menzionate ai punti da 82 a 87 della presente sentenza, al solo titolare dell'AIC del medicinale in questione e non ad un'altra impresa che commercializza un medicinale concorrente, coperto da un'AIC distinta. Pertanto, la circostanza che due imprese che commercializzano prodotti farmaceutici concorrenti si concertino ai fini della diffusione di informazioni specificamente riferite al prodotto commercializzato da una sola di esse può costituire un indizio del fatto che siffatta diffusione persegue obiettivi estranei alla farmacovigilanza.

92. Per quanto riguarda, in secondo luogo, il carattere ingannevole delle informazioni in questione, si deve considerare che le informazioni la cui comunicazione all'EMA e al pubblico è stata oggetto, secondo la decisione dell'AGCM, di un'intesa tra la Roche e la Novartis dovrebbero, qualora non rispondenti ai criteri di completezza e di precisione di cui all'articolo 1, punto 1, del regolamento n. 658/2007, essere considerate ingannevoli se - circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare - dette informazioni miravano, da un lato, a indurre l'EMA e la Commissione in errore e ad ottenere l'aggiunta della menzione di effetti collaterali negativi nel riassunto delle caratteristiche del prodotto, per consentire al titolare dell'AIC di avviare una campagna di sensibilizzazione dei professionisti della

sanità, dei pazienti e delle altre persone interessate, al fine di amplificare artificiosamente tale percezione e, dall'altro, ad enfatizzare, in un contesto di incertezza scientifica, la percezione da parte del pubblico dei rischi connessi all'uso off-label dell'Avastin, tenuto conto, in particolare, del fatto che l'EMA e la Commissione non hanno modificato il riassunto delle caratteristiche di tale medicinale in termini di «effetti indesiderati», ma si sono limitate a formulare «avvertenze speciali e precauzioni d'impiego».

93. Orbene, in una siffatta ipotesi, tenuto conto delle caratteristiche del mercato del medicinale, è prevedibile che la divulgazione di simili informazioni spinga i medici a rinunciare a prescrivere tale medicinale, determinando così l'auspicato calo della domanda per questo tipo di impiego. La trasmissione di informazioni ingannevoli all'EMA, agli operatori sanitari e al pubblico costituisce peraltro, come risulta dai punti da 84 a 87 della presente sentenza, una violazione della normativa farmaceutica dell'Unione passibile di sanzioni.

94. In tali circostanze, si deve ritenere che un'intesa che persegue gli obiettivi descritti al punto 92 della presente sentenza presenti un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente a rendere superfluo l'esame dei suoi effetti.

95. Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla quinta questione dichiarando che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che costituisce una restrizione della concorrenza «per oggetto», ai sensi di tale disposizione, l'intesa tra due imprese che commercializzano due medicinali concorrenti, avente ad oggetto - in un contesto segnato dall'incertezza delle conoscenze scientifiche in materia - la diffusione presso l'EMA, gli operatori sanitari e il pubblico, di informazioni ingannevoli sugli effetti collaterali negativi dell'uso di uno di tali medicinali per il trattamento di patologie non coperte dall'AIC di quest'ultimo, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso sull'uso dell'altro medicinale».

2.3. Esempi di intese vietate

25 ottobre 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. Kg c. Commissione, causa 26/76, Racc. 1875.

La SABA, società tedesca, fabbricava prodotti d'elettronica per dilettanti (radoricevitori, televisori, magnetofoni) e li metteva in vendita tramite una rete di concessionari esclusivi, grossisti e rivenditori autorizzati che nel complesso costituiva una rete di vendita selettiva.

Nel 1975 la Commissione delle Comunità europee rilasciava nei confronti della SABA un'attestazione negativa ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 17/62, per quanto concerneva alcuni particolari del sistema distributivo, e le accordava, sotto particolari condizioni, un'esenzione ai sensi dell'art. 85 n. 3 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE) per quanto riguardava il resto del sistema.

Il sistema così costituito dalla SABA e accordato dalla Commissione prevedeva delle limitazioni per quel che riguardava i grossisti ammessi alla rivendita.

La ricorrente, la Metro, rientrava tra quei grossisti che venivano esclusi dalla vendita dei prodotti SABA in base al sistema di distribuzione selettiva e, per tal motivo, presentava un reclamo alla Commissione a norma dell'art. 3 del regolamento n. 17 per infrazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE (ora artt. 101 e 102 TFUE).

La SABA, su intervento della Commissione, durante il procedimento amministrativo, modificava le clausole in questione.

Nonostante tale modifica la ricorrente proponeva ricorso contro l'attestazione negativa e l'esenzione accordata dalla Commissione.

La Corte ha osservato:

« 20. (...) in particolare, nel settore della produzione dei beni di consumo durevoli, di alta qualità e

tecnicità, nel quale un numero relativamente ridotto di produttori, grandi e medi, offre una gamma ampia di apparecchi facilmente intercambiabili, quanto meno agli occhi dei consumatori, la struttura del mercato non è incompatibile con l'esistenza di canali distributivi differenziati adeguati alle caratteristiche rispettive dei vari produttori ed alle esigenze delle varie categorie di consumatori; in questa luce la commissione, a ragion veduta ha ammesso che sistemi di distribuzione selettiva costituivano uno degli elementi di concorrenza conformi all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], purché la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi di indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti, questi requisiti siano richiesti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio.

21. È esatto che, in simili sistemi di distribuzione, l'accento non cade in genere esclusivamente ne essenzialmente sulla concorrenza dei prezzi; ciò avviene in particolare allorché, come nella fattispecie, l'ammissione alla rete di vendita è subordinata a condizioni che vanno oltre le esigenze di una distribuzione dei prodotti conforme alla loro natura; la concorrenza dei prezzi, pur se importante – tanto che non può mai esser eliminata – non è però la sola forma efficace di concorrenza ne quella cui si debba dare in ogni caso la preminenza assoluta; i poteri attribuiti alla commissione dall'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], dimostrano che le esigenze della conservazione di una concorrenza efficace, possono venir conciliate con la tutela di finalità di natura diversa e che, a questo scopo, si possono tollerare alcune restrizioni della concorrenza se sono indispensabili al conseguimento di dette finalità e non si risolvono nell'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato comune; la preoccupazione, nel caso di grossisti e dettaglianti specializzati, di mantenere un determinato livello di prezzi, dato che corrisponde a quella di mantenere, nell'interesse del consumatore, la possibilità che detto canale di distribuzione continui ad esistere a fianco di forme di distribuzione nuove, impostate su una politica concorrenziale di natura diversa, rientra nell'ambito delle finalità che possono venir perseguite senza cadere necessariamente sotto il divieto di cui all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE] e, se ciò accadesse in tutto o in parte, nell'ambito dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE]; a maggior ragione ciò si verifica se dette condizioni contribuiscono, inoltre, a migliorare la concorrenza nella parte in cui essa verte su elementi diversi dal prezzo ».

28 gennaio 1986, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, causa 161/84, Racc. 353.

Le questioni pregiudiziali in esame venivano sollevate nell'ambito di una controversia tra la società Pronuptia de Paris GmbH (concedente), con sede in Francoforte, affiliata dell'omonima società francese, e la signora Schillgalis (concessionaria), che, in Amburgo, gestiva un negozio sotto il nome commerciale Pronuptia de Paris, in virtù di un contratto di franchising tra loro esistente.

L'oggetto della lite verteva sull'obbligo della concessionaria di pagare alla concedente compensi arretrati sul suo fatturato degli anni dal 1978 al 1980, in base a quanto stabilito contrattualmente.

La società madre francese della concedente distribuiva, con il marchio Pronuptia de Paris, abiti da sposa ed altri capi d'abbigliamento da indossare in occasione di cerimonie nuziali.

Nella Repubblica Federale tedesca le merci menzionate venivano vendute sia in negozi gestiti direttamente dalla sua affiliata sia in negozi appartenenti a rivenditori indipendenti, legati alla società madre mediante contratti di franchising stipulati in suo nome dall'affiliata, che agiva contemporaneamente in nome proprio.

La concessionaria, condannata in primo grado al pagamento dei compensi suddetti, sosteneva, in appello, il contrasto del contratto di franchising con le normative comunitarie sulla concorrenza, in particolare con l'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

Dopo l'analisi delle clausole dei contratti di franchising compatibili con la normativa comunitaria, la Corte elencava quelle che invece potevano ostacolare la libera concorrenza.

La Corte ha osservato:

« 23. Per contro, si deve sottolineare che talune clausole restringono la concorrenza tra i commercianti che fanno parte delle reti di distribuzione senza essere necessarie per la protezione del patrimonio di cognizioni e di tecniche fornito o per la preservazione dell'identità e della reputazione della rete suddetta. È questo il caso delle clausole che ripartiscono i mercati fra concedente e concessionari o fra concessionari, o che impediscono a questi ultimi di farsi concorrenza tra loro al livello dei prezzi.

24. A questo proposito, occorre richiamare l'attenzione del giudice nazionale sulla clausola che fa obbligo al concessionario di vendere le merci oggetto del contratto solo nel locale in quest'ultimo menzionato. Detta clausola vieta al concessionario di aprire un altro negozio. La sua reale portata emerge se essa viene esaminata in relazione all'impegno del concedente di garantire al concessionario l'uso esclusivo del segno distintivo concessogli in una determinata zona. Per onorare questo impegno assunto nei confronti del concessionario, il concedente non solo deve obbligarsi a non stabilirsi nella zona considerata, ma deve inoltre esigere che gli altri concessionari si impegnino a non aprire altri negozi. La combinazione di clausole di questo tipo si risolve in una ripartizione di mercati fra il concedente e i concessionari o fra i concessionari e quindi restringe la concorrenza nell'ambito della rete di distribuzione. Come emerge dalla sentenza 13 luglio 1966 (cause riunite 56 e 58/64 (Consten e Grundig/Commissione, racc. pag. 457), una restrizione del genere costituisce una limitazione della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], qualora concerna un segno distintivo già molto diffuso. Può darsi che il potenziale concessionario non affronterebbe il rischio di entrare a far parte della catena di distribuzione investendo il proprio denaro, pagando un diritto d'ammissione relativamente elevato e impegnandosi a versare un cospicuo compenso annuale se non potesse sperare, grazie ad un determinato grado di protezione contro la concorrenza del concedente e di altri concessionari, nella redditività del suo esercizio commerciale. Tuttavia, questa considerazione può avere rilievo solo nell'ambito dell'eventuale esame dell'accordo con riguardo alle condizioni stabilite dall'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE].

25. Mentre le clausole che compromettono la libertà del concessionario di determinare i suoi prezzi costituiscono una restrizione della concorrenza, ciò non vale per la comunicazione al concessionario, da parte del concedente, di prezzi indicativi, purché fra il concedente e i concessionari o fra i concessionari non vi siano pratiche concordate per l'applicazione effettiva di detti prezzi. Spetta al giudice nazionale accertare se questo si verifichi nella fattispecie.

26. Si deve infine precisare che i contratti di franchising in materia di distribuzione contenenti clausole che ripartiscono i mercati fra il concedente e i concessionari o fra i concessionari possono comunque pregiudicare il commercio fra Stati membri, anche se sono stipulati fra imprese aventi sede nello stesso Stato membro, in quanto impediscono ai concessionari di stabilirsi in un altro Stato membro.

27. In base alle considerazioni che precedono, la prima questione dev'essere così risolta:

1) la compatibilità dei contratti di franchising in materia di distribuzione con l'art. 85, n. 1, [ora art. 101 TFUE] dipende dalle clausole che essi contengono e dal contesto economico nel quale essi si inseriscono;

2) le clausole che siano indispensabili per impedire che dei concorrenti si giovino del patrimonio di cognizioni e di tecniche e dell'assistenza forniti dal concedente non costituiscono restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE];

3) le clausole che disciplinano il controllo indispensabile per la tutela dell'identità e della reputazione della rete di distribuzione contraddistinta dall'insegna non costituiscono, del pari, restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE];

4) le clausole che ripartiscono i mercati fra concedente e concessionari o fra concessionari costituiscono restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE];

5) il fatto che il concedente comunichi al concessionario prezzi indicativi non costituisce restrizione della concorrenza, purché fra il concedente e i concessionari o fra i concessionari non esista una pratica concordata per l'applicazione effettiva di detti prezzi;

6) i contratti di franchising in materia di distribuzione contenenti clausole che ripartiscano i mercati fra concedente e concessionari, o fra concessionari possono pregiudicare il commercio tra Stati membri ».

28 aprile 1998, *Javico International e Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums (YSLP)*, causa C-306/96, Racc. I-1983.

La società francese Yves Saint Laurent Parfums (YSLP) operava nel settore della distribuzione dei prodotti cosmetici di lusso, artt. di alta qualità che venivano commercializzati a prezzi elevati e con marchi prestigiosi.

La YSLP distribuiva i suoi prodotti nel mercato comune mediante una rete di distribuzione selettiva che beneficiava di un'esenzione della Commissione ai sensi dell'art. 85 n. 3 (ora art. 101 TFUE), accordata nel 1991.

La stessa aveva stipulato inoltre, relativamente ai mercati dell'Europa dell'Est, due contratti di distribuzione, l'uno per le Repubbliche di Russia e Ucraina, l'altro per la Slovenia, con la società Javico International AG. Quest'ultima aveva sede in Germania ed era specializzata nella distribuzione commerciale nei mercati dell'Europa dell'Est; essa non apparteneva alla rete di distribuzione dei prodotti YSLP per il mercato comune.

I contratti prevedevano l'obbligo, per la Javico International AG, di non vendere tali prodotti all'infuori dei mercati prescelti contrattualmente.

Poco dopo la conclusione dei contratti in questione, la YSLP constatava, nel territorio comunitario la presenza di prodotti venduti alla Javico International AG per la distribuzione in Russia, Ucraina e Slovenia. Ne seguiva la risoluzione del contratto e la domanda per il risarcimento dei danni subiti davanti al tribunale francese. Accolta la domanda in primo grado, la società tedesca convenuta interponeva appello sostenendo la nullità delle clausole violate poiché contrarie alle norme comunitarie sulla concorrenza ed in particolare all'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

La Corte ha osservato che:

« 12. Per stabilire se accordi come quelli stipulati tra la YSLP e la Javico rientrino nella sfera del divieto stabilito da tale disposizione, occorre valutare se il conseguente divieto di effettuare forniture abbia per scopo o per effetto di restringere in modo sensibile la concorrenza all'interno del mercato comune e se possa pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri.

13. A tale proposito, occorre rilevare che, per quanto concerne accordi destinati ad essere applicati all'interno della Comunità, la Corte ha già avuto l'occasione di pronunciarsi nel senso che un accordo che ha lo scopo di privare il rivenditore della libertà commerciale di scegliersi i clienti imponendogli di rivendere ai soli clienti che si trovino nel territorio contrattuale è restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] (v., in questo senso, sentenze 21 febbraio 1984, causa 86/82, Hasselblad/Commissione, Racc. pag. 883, punto 46, e 24 ottobre 1995, causa C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Racc. pag. I-3439, punti 19 e 21).

14. Allo stesso modo, la Corte ha stabilito che un accordo che impone al rivenditore di non rivendere i prodotti oggetto del contratto al di fuori del territorio contrattuale ha lo scopo di escludere le importazioni parallele all'interno della Comunità e di restringere così la concorrenza nel mercato comune (v., in questo senso, sentenza 8 febbraio 1990, causa C-279/87, Tipp-Ex/Commissione, punto 22, Racc. pag. I-261, pubblicazione sommaria). Tali clausole, inserite in contratti di distribuzione all'interno della Comunità, costituiscono per loro stessa natura una restrizione della concorrenza (v. sentenza 1 febbraio 1978, causa 19/77, Miller/Commissione, Racc. pag. 131, punto 7).

15. Tuttavia, comportamenti anticoncorrenziali possono essere sanzionati dalla Commissione, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], solo se siano inoltre idonei a pregiudicare il commercio fra Stati membri.

16. Ebbene, perché una decisione, un accordo o una prassi possano pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto,

appaia probabile che essi sono atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale sugli scambi tra Stati membri, in un modo tale da far temere che possano nuocere al conseguimento di un mercato unico fra Stati membri. Tale influenza deve inoltre essere significativa (sentenza 9 luglio 1969, causa 5/69, Völk, Racc. pag. 295, punto 5).

17. L'influenza che un accordo può esercitare sugli scambi tra gli Stati membri va valutata tenendo conto, in particolare, della posizione e dell'importanza delle parti sul mercato dei prodotti di cui trattasi (sentenza 10 luglio 1980, causa 99/79, Lancôme e Cosparfrance Nederland, Racc. pag. 2511, punto 24). Così, persino un accordo di esclusiva con protezione territoriale assoluta esula dal divieto di cui all'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] se incide sul mercato in modo irrilevante, in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi (sentenza 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, Musique diffusion française e a./ Commissione, Racc. pag. 1825, punto 85).

18. Si tratta quindi di stabilire in quale misura le considerazioni che precedono siano ugualmente applicabili ad accordi, quali quelli controversi nella causa a qua, destinati ad essere applicati in un territorio situato al di fuori della Comunità.

19. A tale riguardo, è importante rilevare che, nell'ambito di accordi di tale natura, pattuizioni del tipo di quelle menzionate nella questione pregiudiziale devono essere interpretate non nel senso che esse tendano ad escludere le importazioni parallele e la messa in commercio di prodotti oggetto del contratto nel territorio della Comunità, bensì come tese a garantire al produttore la penetrazione in un mercato situato all'esterno della Comunità per mezzo dello smercio in tale mercato di una quantità sufficiente di prodotti contrattuali. Tale interpretazione è avvalorata dalla circostanza che, negli accordi controversi nella causa a qua, il divieto di vendere al di fuori del territorio contrattuale riguarda altresì tutti gli altri paesi terzi.

20. Ne consegue che un accordo che comporti l'impegno assunto dal rivenditore nei confronti del produttore, di destinare la commercializzazione dei prodotti contrattuali ad un mercato che si trovi al di fuori del territorio della Comunità, non può essere considerato come un accordo che abbia per scopo di limitare in maniera considerevole la concorrenza all'interno del mercato comune e sia per sua stessa natura idoneo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

21. Gli accordi di cui alla causa a qua, quindi, per quel che riguarda il divieto fatto alla rivenditrice Javico di vendere il prodotto contrattuale al di fuori del territorio contrattuale che le è stato concesso, non costituiscono accordi per loro stessa natura vietati dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Allo stesso modo le clausole degli accordi controversi nella causa a qua, per quel che concerne il divieto di vendita diretta all'interno della Comunità nonché la riesportazione del prodotto contrattuale nell'ambito della Comunità, non possono essere per loro stessa natura incompatibili con le disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

22. Sebbene le controverse clausole dei detti accordi abbiano, per loro stessa natura, lo scopo di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], incombe tuttavia al giudice nazionale verificare se esse non comportino tale effetto. La valutazione degli effetti di tali accordi implica la necessità di prendere in considerazione il contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono (v. sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a., Racc. pag. I-1477, punto 37) e, in particolare, il fatto che la YSLP ha stabilito all'interno della Comunità un sistema di distribuzione selettiva che fruisce di un'esenzione.

23. A tale riguardo, va innanzi tutto verificato se il mercato comunitario dei prodotti di cui trattasi sia caratterizzato da una struttura oligopolistica, che lasci sussistere un esiguo livello di concorrenza all'interno della rete comunitaria di distribuzione di tali prodotti.

24. Occorre quindi verificare se esista un differenziale rilevante tra i prezzi dei prodotti contrattuali praticati all'interno della Comunità e quelli praticati all'esterno. Tale differenziale non è tuttavia idoneo ad alterare il gioco della concorrenza quando sia eroso dal livello dei dazi doganali riscossi, nonché dai costi di trasporto e dagli altri costi scaturenti dall'esportazione del prodotto in un paese terzo, seguita dalla sua reimportazione nella Comunità.

25. Qualora da tale esame dovesse emergere che le clausole controverse abbiano come conseguenza di pregiudicare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], del Trattato, andrebbe inoltre verificato se, tenuto conto della rilevanza della posizione occupata dalla YSLP sul mercato comunitario, dell'ampiezza della sua produzione, delle vendite effettuate negli Stati membri, le clausole controverse intese ad impedire la vendita diretta nonché la riesportazione dei prodotti contrattuali nella Comunità comportino un rischio di influenza rilevante sul flusso degli scambi fra gli Stati membri, in grado di nuocere alla realizzazione degli obiettivi del mercato comune.

26. Al riguardo, il commercio intracomunitario non può essere compromesso in maniera rilevante ove i prodotti destinati ai mercati situati al di fuori della Comunità rappresentino una limitata percentuale del mercato del complesso di tali prodotti nel territorio del mercato comune.

27. Compete al giudice nazionale, in base al complesso degli elementi a sua disposizione, accertare se gli accordi di cui trattasi soddisfino, di fatto, le condizioni per rientrare nella sfera del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

28. Considerato quanto precede, va risposto alla prima questione che l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] osta al divieto posto da un fornitore stabilito in uno Stato membro ad un distributore, stabilito in un altro Stato membro, al quale affidi la distribuzione dei suoi prodotti in un territorio situato al di fuori della Comunità, di procedere a qualsiasi vendita in un territorio diverso da quello previsto dal contratto, ivi compreso il territorio della Comunità, sia mediante commercializzazione diretta sia mediante riesportazione dal territorio previsto dal contratto, se tale divieto ha per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno della Comunità e rischi di influenzare i flussi di scambio tra gli Stati membri. Ciò può verificarsi quando il mercato comunitario dei prodotti di cui trattasi sia caratterizzato da una struttura oligopolistica o da un differenziale rilevante tra i prezzi dei prodotti contrattuali praticati all'interno della Comunità e quelli praticati all'esterno di essa e quando, tenuto conto della posizione occupata dal fornitore dei prodotti di cui trattasi e dell'ampiezza della produzione e delle vendite effettuate negli Stati membri, il divieto comporti un rischio di influenza rilevante sul flusso degli scambi fra gli Stati membri, in grado di nuocere alla realizzazione degli obiettivi del mercato comune ».

**7 luglio 2016, *Genentech Inc. c. Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*,
C-567/14, ECLI:EU:C:2016:526**

La Cour d'Appel de Paris (Corte d'appello di Parigi) investiva la Corte di Giustizia a norma dell'art. 267 TFUE, sull'unica questione pregiudiziale vertente l'interpretazione dell'articolo 101 TFUE; in particolare il Giudice a quo domandava se le disposizioni dell'art. 101 TFUE debbano essere interpretate nel senso che ostano a che venga dato effetto, in caso di annullamento dei brevetti, ad un contratto di licenza che ponga a carico del licenziatario taluni canoni già per il solo utilizzo dei diritti connessi ai brevetti oggetto di licenza. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Genentech Inc., da un lato, e la Hoechst GmbH e la Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, dall'altro, in merito all'annullamento di un lodo arbitrale relativo all'esecuzione di un contratto di licenza di diritti derivanti da brevetti. La Corte ha osservato:

«32. Occorre rilevare, anzitutto, che risulta dal fascicolo dinanzi alla Corte che la Genentech ha fatto valere nel procedimento arbitrale di non essere tenuta a corrispondere il canone corrente poiché, ai termini del contratto di licenza, il pagamento di quest'ultimo presupponeva, da un lato, che l'attivatore CMVH fosse presente nel prodotto finito rituximab e, dall'altro, che la produzione o l'utilizzo di tale attivatore avesse violato, in assenza di detto contratto, i diritti correlati ai brevetti oggetto di licenza. L'arbitro unico ha tuttavia respinto tali argomentazioni, che esso ha ritenuto basate su una interpretazione letterale del contratto di licenza contraria allo scopo commerciale delle parti, che era di consentire alla Genentech di utilizzare l'attivatore CMVH per la produzione di

proteine senza esporsi al rischio di un'azione per contraffazione da parte del titolare dei diritti su tale tecnologia.

33. Allo stesso modo, risulta del pari dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che, nell'ambito del procedimento principale, la Genentech sostiene che, obbligandola al pagamento del canone corrente in assenza di qualsiasi contraffazione allorché, secondo gli stessi termini del contratto di licenza, tale canone sarebbe dovuto solo per prodotti la cui produzione, il cui utilizzo o la cui vendita costituirebbero, in assenza di tale contratto, contraffazione dei brevetti oggetto di licenza, il terzo lodo parziale le impone spese ingiustificate in violazione del diritto di concorrenza.

34. Di conseguenza, anche se, sul piano formale, il giudice del rinvio sembra aver limitato la sua questione pregiudiziale, come già constatato al punto 29 della presente sentenza, all'ipotesi di annullamento dei brevetti, tale questione va intesa come relativa anche al caso di assenza di contraffazione dei brevetti oggetto di licenza.

35. Ciò premesso, si deve intendere la questione sottoposta dal giudice del rinvio come volta a chiedere, in sostanza, se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che, ai sensi di un contratto di licenza come quello di cui trattasi nel procedimento principale, il licenziatario sia tenuto alla corresponsione di un canone per l'utilizzo di una tecnologia brevettata durante l'intero periodo di validità di tale contratto in caso di annullamento o di assenza di contraffazione dei brevetti che tutelano tale tecnologia.

36. La Genentech e il governo spagnolo ritengono che si debba rispondere a tale questione in senso affermativo. La Hoechst, i governi francese e dei Paesi Bassi, nonché la Commissione, non condividono tale opinione.

37. La Genentech contesta all'arbitro unico di aver violato il chiaro tenore letterale del contratto di licenza e dell'articolo 101 TFUE imponendole di corrispondere canoni sulle vendite di un prodotto che non costituisce contraffazione della tecnologia brevettata. Tale società asserisce di sopportare spese aggiuntive, pari a circa EUR 169 milioni, rispetto ai suoi concorrenti a causa di tale restrizione per oggetto e per effetto all'articolo 101 TFUE.

38. In proposito occorre sottolineare che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 75 delle sue conclusioni, non spetta alla Corte, nell'ambito del procedimento pregiudiziale, riesaminare i fatti accertati dall'arbitro unico né l'interpretazione del contratto di licenza effettuata da quest'ultimo ai sensi del diritto tedesco, secondo cui la Genentech è tenuta a versare il canone corrente nonostante l'annullamento o l'assenza di contraffazione dei brevetti di cui trattasi nel procedimento principale.

39. Inoltre, si deve ricordare che la Corte ha già rilevato, nel contesto di un contratto di licenza esclusiva, che l'obbligo di versare un canone, anche in seguito alla scadenza del periodo di validità del brevetto oggetto di licenza, può discendere da una valutazione di indole commerciale circa il valore attribuito alle possibilità di sfruttamento conferite mediante il contratto di licenza, in particolare quando tale obbligo è contenuto in un contratto di licenza stipulato prima della concessione di detto brevetto (sentenza del 12 maggio 1989, Ottung, 320/87, EU:C:1989:195, punto 11). In tali circostanze, allorché il licenziatario può liberamente recedere dal contratto mediante ragionevole preavviso, l'obbligo di pagare canoni durante l'intera validità del contratto non può rientrare nell'ambito di applicazione del divieto sancito dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (sentenza del 12 maggio 1989, Ottung, 320/87, EU:C:1989:195, punto 13).

40. Conseguentemente, quindi, dalla sentenza del 12 maggio 1989, Ottung (320/87, EU:C:1989:195), che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE non impedisce di imporre mediante contratto il pagamento di un canone per l'utilizzo esclusivo di una tecnologia che non è più coperta da brevetto, a condizione che il licenziatario possa liberamente recedere da tale contratto. La predetta valutazione si basa sulla constatazione secondo cui tale canone costituisce il prezzo da corrispondere per lo sfruttamento commerciale della tecnologia oggetto di licenza con la garanzia che il concedente non eserciterà i propri diritti di proprietà industriale. Fintantoché il contratto di licenza di cui trattasi rimane valido e il licenziatario può liberamente recedervi, il pagamento del canone è dovuto e ciò anche se i diritti di proprietà industriale derivanti dai brevetti concessi a titolo esclusivo non possono essere esercitati

nei confronti del licenziatario per il motivo che sono scaduti. Infatti, circostanze di tal genere, in particolare quella secondo cui il licenziatario può liberamente recedere dal contratto di licenza, consentono di escludere che il pagamento di un canone pregiudichi la concorrenza restringendo la libertà di azione del licenziatario o determinando effetti di preclusione del mercato.

41. Tale soluzione, derivata dalla sentenza del 12 maggio 1989, Ottung (320/87, EU:C:1989:195), si impone a fortiori in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale. Infatti, se durante il periodo in cui è valido un contratto di licenza il pagamento del canone rimane dovuto anche dopo la scadenza dei diritti di proprietà industriale, lo stesso avviene, a maggior ragione, prima della scadenza di tali diritti.

42. La circostanza che i giudici dello Stato di emissione dei brevetti di cui trattasi nel procedimento principale abbiano dichiarato, successivamente al recesso dal contratto di licenza, che l'utilizzo da parte della Genentech della tecnologia concessa non violava i diritti derivanti da tali brevetti non ha alcun effetto, secondo le indicazioni sul diritto tedesco applicabile a tale contratto fornite dal giudice del rinvio, sull'esigibilità del canone per il periodo anteriore a tale recesso. Ne consegue che, dal momento che la Genentech è rimasta libera di recedere dal predetto contratto in qualsiasi momento, l'obbligo di pagare il canone per il periodo di validità di tale medesimo contratto, durante il quale erano in vigore i diritti derivanti dai brevetti concessi, non costituisce una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

43. Alla luce delle suesposte considerazioni si deve rispondere alla questione sottoposta dichiarando che l'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta a che, ai sensi di un contratto di licenza, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sia imposto al licenziatario di corrispondere un canone per l'utilizzo di una tecnologia brevettata per tutto il periodo di validità di tale contratto, in caso di annullamento o di assenza di contraffazione del brevetto oggetto di licenza, allorché il licenziatario ha potuto liberamente recedere dal predetto contratto mediante ragionevole preavviso ».

14 novembre 2017, *Président de l'Autorité de la concurrence c. Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) and others*, causa C-671/15, ECLI:EU:C:2017:860

La Cour de cassation (Corte di cassazione, Francia) proponeva alla Corte di Giustizia domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli. La questione sorgeva nell'ambito della controversie tra, da un lato, il presidente dell'Autorité de la concurrence (Autorità garante della concorrenza, Francia) e, dall'altro, l'Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) ed altri, in merito alla decisione del 6 marzo 2012, con la quale l'Autorità garante della concorrenza ha, sulla base, in particolare, dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, constatato e applicato una sanzione pecuniaria ad un'intesa complessa e continuata sul mercato francese dell'indivia. La Corte ha osservato:

«34. Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 2 del regolamento n. 26, l'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96, l'articolo 2 del regolamento n. 1184/2006, l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1182/2007, nonché l'articolo 122, primo comma, e gli articoli 175 e 176 del regolamento n. 1234/2007, debba essere interpretato nel senso che pratiche come quelle di cui al procedimento principale, attraverso le quali OP, AOP e organizzazioni professionali attive nel settore dell'indivia procedono alla fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita, si accordano sui quantitativi immessi sul mercato e si scambiano informazioni strategiche, sono escluse dall'ambito di applicazione del divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

[...]

36. L'articolo 42 TFUE stabilisce che le disposizioni del capo relativo alle regole di concorrenza sono applicabili alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli soltanto nella misura determinata dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea, nel quadro delle disposizioni e conformemente alla procedura di cui all'articolo 43, paragrafo 2, TFUE, avuto riguardo agli obiettivi enunciati nell'articolo 39 TFUE. A tale riguardo, l'articolo 43, paragrafo 2, TFUE prevede che il Parlamento ed il Consiglio adottino, in particolare, le disposizioni necessarie al perseguimento degli obiettivi della politica agricola comune.

37. Così, nel perseguire gli obiettivi di instaurazione di una politica agricola comune e di creazione di un regime di concorrenza non falsata, l'articolo 42 TFUE riconosce la preminenza della politica agricola comune rispetto agli obiettivi del Trattato nel settore della concorrenza e il potere del legislatore dell'Unione di decidere in quale misura le regole di concorrenza trovano applicazione nel settore agricolo (v., in tal senso, sentenze del 5 ottobre 1994, Germania/Consiglio, C-280/93, EU:C:1994:367, punto 61, e del 12 dicembre 2002, Francia/Commissione, C-456/00, EU:C:2002:753, punto 33).

38. Ne deriva, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 51 e 56 delle sue conclusioni, che gli interventi del legislatore dell'Unione a tale titolo non sono finalizzati a stabilire deroghe o giustificazioni al divieto delle pratiche di cui all'articolo 101, paragrafo 1, ed all'articolo 102 TFUE, ma ad escludere dall'ambito di applicazione di tali disposizioni pratiche che, qualora fossero poste in essere in un settore diverso da quello della politica agricola comune, vi rientrerebbero.

39. Per quanto riguarda, in particolare, il settore ortofrutticolo, e per i periodi di cui al procedimento principale, il legislatore dell'Unione ha precisato i rapporti tra la politica agricola comune e le regole di concorrenza, in successione, all'articolo 1 del regolamento n. 26, all'articolo 1 bis del regolamento n. 1184/2006 e, in seguito, all'articolo 175 del regolamento n. 1234/2007.

[...]

41. Nel settore ortofrutticolo, gli articoli da 101 a 106 TFUE sono applicabili alle pratiche previste da tali articoli, da un lato, ad esclusione delle pratiche di cui agli articoli 176 e 176 bis del regolamento n. 1234/2007 e, dall'altro, salvo disposizione contraria di tale regolamento, come prevede l'articolo 175 del medesimo.

42. Occorre rilevare che, ai sensi dell'articolo 122, primo comma, del regolamento n. 1234/2007, che è succeduto all'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96, e dell'articolo 125 quater del regolamento n. 1234/2007, le OP o le AOP che intervengono nel settore ortofrutticolo hanno il compito di assicurare che la produzione sia pianificata e adeguata in funzione della domanda, in particolare in termini qualità e quantità, di concentrare l'offerta e di immettere sul mercato la produzione dei propri aderenti o ancora di ottimizzare i costi di produzione e di stabilizzare i prezzi alla produzione.

43. Ebbene, un'OP o un'AOP potrebbe, al fine di realizzare gli obiettivi previsti da tali disposizioni, dover ricorrere a mezzi diversi da quelli che regolano il normale funzionamento dei mercati e, in particolare, ad alcune forme di coordinamento e di concertazione tra produttori agricoli.

44. Pertanto, salvo privare le OP e le AOP dei mezzi che consentono loro di realizzare gli obiettivi loro assegnati nell'ambito dell'organizzazione comune di mercato alla quale partecipano - e della quale, come ricordato al considerando 7 del regolamento n. 2200/96, rappresentano l'elemento portante - e, pertanto, salvo rimettere in discussione l'effetto utile dei regolamenti relativi all'organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticoli, le pratiche di tali entità necessarie al raggiungimento di uno o più di tali obiettivi devono sfuggire, in particolare, al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

45. Ne discende che, in tale settore, i casi di inapplicabilità dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE non si limitano alle sole pratiche di cui agli articoli 176 e 176 bis del regolamento n. 1234/2007, ma coprono anche le pratiche menzionate al punto precedente.

46. Tuttavia, la portata di tali esclusioni va interpretata in modo restrittivo.

47. Come la Corte ha già avuto modo di precisare, le organizzazioni comuni dei mercati dei prodotti agricoli non costituiscono uno spazio senza concorrenza (sentenza del 9 settembre 2003, *Milk Marque e National Farmers' Union*, C-137/00, EU:C:2003:429, punto 61).

48. Al contrario, il mantenimento di una effettiva concorrenza sui mercati dei prodotti agricoli fa parte degli obiettivi della politica agricola comune e dell'organizzazione comune dei mercati (v., in tal senso, sentenza del 9 settembre 2003, *Milk Marque e National Farmers' Union*, C-137/00, EU:C:2003:429, punti 57 e 58).

49. Occorre inoltre sottolineare che, conformemente al principio di proporzionalità, le pratiche considerate non devono andare oltre quanto strettamente necessario per il raggiungimento dell'obiettivo, o degli obiettivi, assegnati all'OP o all'AOP in questione, conformemente alla normativa relativa all'organizzazione comune del mercato considerato.

50. È alla luce di tali considerazioni che occorre valutare se pratiche come quelle di cui al procedimento principale, attraverso le quali OP, AOP e organizzazioni professionali attive nel settore dell'indivia procedono alla fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita, si accordano sui quantitativi immessi sul mercato e si scambiano informazioni strategiche, siano escluse dall'ambito di applicazione del divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. [...]

53. Ne deriva che l'inapplicabilità delle regole di concorrenza dell'Unione giustificata dal fatto che la pratica di cui trattasi sia necessaria al raggiungimento di uno o più degli obiettivi dell'organizzazione comune del mercato considerato presuppone che tale pratica sia attuata da un'entità che sia effettivamente legittimata a farlo, conformemente alla normativa relativa all'organizzazione comune di tale mercato, e che, pertanto, sia stata riconosciuta da uno Stato membro.

54. Una pratica adottata all'interno di un'entità non riconosciuta da uno Stato membro per perseguire uno di tali obiettivi non può pertanto sfuggire al divieto delle pratiche di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

55. Ciò dovrebbe valere in particolare anche per le pratiche di organizzazioni professionali quali, nel procedimento principale, l'APVE, la SNE e la FCE, con riferimento alle quali non emerge né dal fascicolo né dalle risposte ai quesiti posti dalla Corte che siano state riconosciute dalle autorità francesi come OP, AOP oppure organizzazioni interprofessionali ai sensi dell'articolo 123, paragrafo 1, del regolamento n. 1234/2007, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

56. Per quanto riguarda le pratiche attuate da un'OP o un'AOP, occorre rilevare che tali pratiche devono rimanere interne ad una sola OP o ad una sola AOP.

57. Infatti, ai sensi, in particolare, dell'articolo 122, primo comma, lettera c), e dell'articolo 125 ter, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1234/2007, i compiti di pianificazione della produzione, di concentrazione dell'offerta e di immissione sul mercato, di ottimizzazione dei costi di produzione e di stabilizzazione dei prezzi alla produzione, dei quali possono essere incaricate un'OP o un'AOP in forza della normativa applicabile all'organizzazione comune del mercato considerato, possono riguardare unicamente la produzione e la commercializzazione dei prodotti dei soli membri dell'OP o dell'AOP considerata. Tali compiti, pertanto, possono giustificare talune forme di coordinamento e di concertazione soltanto tra produttori membri della medesima OP o della medesima AOP riconosciuta da uno Stato membro.

58. Ne consegue che gli accordi o le pratiche concordate che siano convenuti non all'interno di un'OP o di un'AOP, ma tra OP o tra AOP, eccedono quanto necessario per l'assolvimento di tali compiti.

59. Dalle considerazioni esposte ai punti da 51 a 58 della presente sentenza discende che le pratiche in essere tra tali OP o AOP e, a fortiori, le pratiche che coinvolgono, oltre a tali OP o AOP, entità non riconosciute da uno Stato membro nell'ambito dell'attuazione della politica agricola comune nel settore di cui trattasi, non possono sfuggire al divieto delle pratiche di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

60. Nei limiti in cui le pratiche di cui al procedimento principale siano state adottate non all'interno della medesima OP o della medesima AOP, ma tra più OP, più AOP e più entità non riconosciute

nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato dell'indivia, esse non potrebbero essere escluse dall'ambito di applicazione del divieto delle intese di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

[...]

63. Per quanto riguarda gli obiettivi di cui ai punti 42 e 61 della presente sentenza, occorre rilevare che l'obiettivo di assicurare che la produzione sia pianificata e adeguata in funzione della domanda, al pari di quello di concentrare l'offerta ed immettere sul mercato la produzione degli aderenti, nonché di quello di stabilizzare i prezzi alla produzione implicano necessariamente scambi di informazioni strategiche tra i singoli produttori membri dell'OP o dell'AOP considerata, destinati, in particolare, a conoscere le caratteristiche della loro produzione. Pertanto, scambi di informazioni strategiche tra produttori di una medesima OP o di una medesima AOP possono essere proporzionati se intervengono effettivamente ai fini dell'obiettivo o degli obiettivi assegnati a tale OP o a tale AOP e sono limitati alle sole informazioni strettamente necessarie a tali fini.

64. L'obiettivo di stabilizzazione dei prezzi alla produzione, al fine di assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, può anch'esso giustificare un coordinamento tra produttori agricoli di una medesima OP o di una medesima AOP in merito al volume di prodotti agricoli immessi sul mercato, come emerge dal considerando 16 del regolamento n. 2200/96, nonché dal regime degli interventi, il cui principio di funzionamento è stato fissato all'articolo 23 di tale regolamento ed è stato riformato dall'articolo 103 quater, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1234/2007.

65. Inoltre, l'obiettivo di concentrare l'offerta, al fine di consolidare la posizione dei produttori di fronte ad una concentrazione sempre maggiore della domanda, può anch'esso giustificare una certa forma di coordinamento della politica tariffaria dei singoli produttori agricoli all'interno di un'OP o di un'AOP. Ciò vale in particolare quando all'OP o all'AOP considerata sia stato assegnato dai suoi membri il compito di commercializzare tutta la loro produzione, come impone, salvo casi particolari, l'articolo 125 bis, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1234/2007, in combinato disposto con l'articolo 125 quater del medesimo regolamento.

66. Per contro, la fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita all'interno di un'OP o di un'AOP non può essere considerata, nell'ambito delle pratiche necessarie a realizzare i compiti loro affidati nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato considerato, proporzionata agli obiettivi di stabilizzazione dei prezzi o di concentrazione dell'offerta, qualora non consenta ai produttori che provvedono essi stessi a smaltire la propria produzione nei casi di cui all'articolo 125 bis, paragrafo 2, del regolamento n. 1234/2007 di praticare un prezzo inferiore a tali prezzi minimi, poiché ha l'effetto di abbassare il livello già ridotto di concorrenza esistente sui mercati di prodotti agricoli a causa, in particolare della facoltà riconosciuta ai produttori di raggrupparsi in OP o in AOP al fine di concentrare la loro offerta.

67. Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 2 del regolamento n. 26, l'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96, l'articolo 2 del regolamento n. 1184/2006, l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1182/2007, nonché l'articolo 122, primo comma, e gli articoli 175 e 176 del regolamento n. 1234/2007, deve essere interpretato nel senso che:

- pratiche riguardanti la fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita, una concertazione sui quantitativi immessi sul mercato o lo scambio di informazioni strategiche, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, non possono essere sottratte al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE qualora siano concordate tra diverse OP o AOP, nonché con entità non riconosciute da uno Stato membro ai fini della realizzazione di un obiettivo definito dal legislatore dell'Unione nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato considerato, come le organizzazioni professionali prive dello status di OP, di AOP o di organizzazione interprofessionale ai sensi della normativa dell'Unione, e

- pratiche riguardanti una concertazione sui prezzi o sui quantitativi immessi sul mercato o scambi di informazioni strategiche, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, possono essere sottratte al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE qualora siano concordate

tra membri di una medesima OP o di una medesima AOP riconosciuta da uno Stato membro e siano strettamente necessarie al perseguimento dell'obiettivo, o degli obiettivi, assegnati all'OP o all'AOP considerata, conformemente alla normativa dell'Unione».

6 dicembre 2017, Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH, causa C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941

Nell'ambito di una controversia tra la Coty Germany GmbH, fornitore di prodotti cosmetici di lusso con sede in Germania, e la Parfümerie Akzente GmbH, distributore autorizzato di detti prodotti, il giudice adito (Tribunale superiore del Land, Francoforte sul Meno, Germania) sollevava un rinvio pregiudiziale inerente l'interpretazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, nonché dell'articolo 4, lettere b) e c), del regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 2010, L 102, pag. 1). In particolare, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che lo stesso osti a una clausola contrattuale, come quella di cui al procedimento principale, che vieta ai distributori autorizzati di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso finalizzato, primariamente, a salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti, di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita su Internet dei prodotti oggetto del contratto.

«22. Ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi fra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate, che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno.

23. Quanto ad accordi che costituiscono un sistema di distribuzione selettiva, la Corte ha rilevato che accordi di tal genere influiscono necessariamente sulla concorrenza nel mercato interno.

24. Tuttavia, la Corte ha dichiarato che l'organizzazione di una rete di distribuzione selettiva non ricade nel divieto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, a condizione che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio, che le caratteristiche del prodotto di cui trattasi richiedano, onde conservarne la qualità e garantirne l'uso corretto, una simile rete di distribuzione e, infine, che i criteri definiti non vadano oltre il limite del necessario (sentenza del 13 ottobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, EU:C:2011:649, punto 41 e giurisprudenza citata).

25. Per quanto riguarda segnatamente la questione se la distribuzione selettiva possa essere necessaria per i prodotti di lusso, occorre rammentare che la Corte ha già dichiarato che la qualità di tali prodotti non risulta solo dalle loro caratteristiche materiali, ma anche dallo stile e dall'immagine di prestigio che conferisce loro un'aura di lusso, che tale aura costituisce un elemento essenziale di detti prodotti affinché siano distinti, da parte dei consumatori, da altri prodotti simili e che, pertanto, un danno a tale aura di lusso può compromettere la qualità stessa di tali prodotti (v., in tal senso, sentenza del 23 aprile 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, punti da 24 a 26 e giurisprudenza citata).

26. Orbene, a tale riguardo, la Corte ha considerato che le caratteristiche e le modalità intrinseche a un sistema di distribuzione selettiva sono di per sé idonee a conservare la qualità e a garantire l'uso corretto di tali prodotti (sentenza del 23 aprile 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, punto 28 e giurisprudenza citata).

27. In tale contesto, la Corte ha segnatamente ritenuto che l'organizzazione di un sistema di distribuzione selettiva che ha lo scopo di assicurare una presentazione che valorizza prodotti di prestigio nel punto vendita possa contribuire alla notorietà dei prodotti di cui trattasi e quindi a salvaguardare la loro aura di lusso (v., in tal senso, sentenza del 23 aprile 2009, Copad, C-59/08,

EU:C:2009:260, punto 29).

28. Da tale giurisprudenza risulta quindi che, in considerazione delle loro caratteristiche e della loro natura, i prodotti di lusso possono richiedere l'attuazione di un sistema di distribuzione selettiva per preservarne la qualità e garantirne l'uso corretto.

29. Pertanto, un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso finalizzato, primariamente, a salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti è conforme all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, purché le condizioni richiamate al punto 24 della presente sentenza siano rispettate.

[...]

41. Se è vero che spetta al giudice del rinvio verificare se una clausola contrattuale, come quella di cui al procedimento principale, che vieta di avvalersi di piattaforme terze per la vendita online dei prodotti oggetto del contratto, soddisfi tali condizioni, compete tuttavia alla Corte fornirgli, a tal fine, tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che gli consentiranno di pronunciarsi (v., in tal senso, sentenza dell'11 dicembre 1980, L'Oréal, 31/80, EU:C:1980:289, punto 14).

42. A tal riguardo, è pacifico che la clausola contrattuale di cui trattasi nel procedimento principale persegue l'obiettivo di salvaguardare l'immagine di lusso e prestigio dei prodotti interessati. Inoltre, emerge dal fascicolo presentato alla Corte che il giudice del rinvio considera che tale clausola è oggettiva e uniforme e che si applica indiscriminatamente nei confronti di tutti i distributori autorizzati.

43. Si deve, quindi, verificare se, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il divieto imposto da un fornitore ai suoi distributori autorizzati di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita su Internet dei prodotti di lusso interessati sia proporzionato rispetto all'obiettivo perseguito, vale a dire se siffatto divieto sia adeguato per salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti e se questo non superi quanto necessario per raggiungere tale obiettivo.

44. In primo luogo, quanto al carattere adeguato del divieto di cui al procedimento principale rispetto all'obiettivo perseguito, si deve osservare, anzitutto, che l'obbligo imposto ai distributori autorizzati di vendere su Internet i prodotti oggetto del contratto solo attraverso i propri negozi online e il divieto per detti distributori di fare uso di un'altra denominazione commerciale, nonché di servirsi in modo riconoscibile di piattaforme terze, garantiscono immediatamente al fornitore che, nell'ambito del commercio elettronico di tali prodotti, questi ultimi siano ricollegati unicamente ai distributori autorizzati.

45. Orbene, dal momento che siffatto collegamento è proprio uno degli scopi perseguiti allorché si fa ricorso a un tale sistema, risulta che il divieto di cui al procedimento principale comporta un limite coerente con le caratteristiche inerenti del sistema di distribuzione selettiva.

46. Pertanto, se, come emerge dalla giurisprudenza della Corte, tali caratteristiche fanno del sistema di distribuzione selettiva un mezzo adeguato a salvaguardare la connotazione lussuosa dei prodotti di lusso, e contribuiscono quindi a mantenere la qualità di tali prodotti (v., in tal senso, sentenza del 23 aprile 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, punti 28 e 29 e giurisprudenza citata), anche una limitazione quale quella risultante dal divieto di cui al procedimento principale, il cui risultato è inerente a dette caratteristiche, deve essere considerata come atta a conservare la qualità e l'immagine di lusso dei prodotti in parola.

47. Il divieto di cui al procedimento principale consente, poi, al fornitore di prodotti di lusso di controllare che tali prodotti saranno venduti online in un ambiente corrispondente alle condizioni qualitative che esso ha concordato con i suoi distributori autorizzati.

48. Infatti, l'inosservanza da parte di un distributore delle condizioni di qualità stabilite dal fornitore permette a quest'ultimo di agire contro tale distributore, in virtù del vincolo contrattuale esistente tra tali due parti. L'assenza di rapporto contrattuale tra il fornitore e le piattaforme terze osta, tuttavia, a che costui possa esigere, su una simile base, da tali piattaforme il rispetto dei requisiti qualitativi che esso ha imposto ai distributori autorizzati.

49. Ora, una vendita online di prodotti di lusso tramite piattaforme che non appartengono ad alcun sistema di distribuzione selettiva di tali prodotti, nell'ambito della quale il fornitore non ha la

possibilità di controllare le condizioni di vendita dei suoi prodotti, determina il rischio di uno scadimento della presentazione di detti prodotti su Internet, idoneo a nuocere alla loro immagine di lusso e, quindi, alla loro stessa natura.

50. Da ultimo, in considerazione del fatto che tali piattaforme costituiscono un canale di vendita per ogni tipo di prodotto, la circostanza che i prodotti di lusso non siano venduti tramite siffatte piattaforme, e che la loro vendita online si effettui unicamente nei negozi online dei distributori autorizzati, contribuisce a tale immagine di lusso tra i consumatori e, pertanto, al mantenimento di una delle caratteristiche principali di tali prodotti ricercate dai consumatori.

51. Pertanto, il divieto imposto da un fornitore di prodotti di lusso ai suoi distributori autorizzati di avvalersi in modo riconoscibile di piattaforme terze per la vendita tramite Internet di tali prodotti, è adeguato a salvaguardare l'immagine di lusso di detti prodotti.

52. In secondo luogo, quanto alla questione se il divieto di cui al procedimento principale si spinga oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito, occorre rilevare, da un lato, che, a differenza della clausola di cui alla causa all'origine della sentenza del 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), la clausola di cui trattasi nel procedimento principale non vieta in via assoluta ai distributori autorizzati di vendere su Internet i prodotti oggetto del contratto. Invero, ai sensi di tale clausola è vietata soltanto la vendita online dei prodotti oggetto del contratto tramite piattaforme terze che operano in modo riconoscibile nei confronti dei consumatori.

53. Pertanto, ai distributori autorizzati è consentito vendere online i prodotti oggetto del contratto sia mediante propri siti Internet, qualora dispongano di una vetrina elettronica del negozio autorizzato e il carattere lussuoso dei prodotti sia salvaguardato, sia tramite piattaforme terze non autorizzate se l'intervento di queste ultime non è riconoscibile dal consumatore.

54. Dall'altro lato, si deve sottolineare che, come emerge dai risultati provvisori dell'indagine settoriale sul commercio elettronico condotta dalla Commissione, ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101 e 102 TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1), adottati il 15 settembre 2016, nonostante la crescente importanza di piattaforme terze nella commercializzazione di prodotti di distributori, il canale di distribuzione principale, nell'ambito della distribuzione su Internet, è tuttavia rappresentato dai negozi online di proprietà dei distributori, che sono utilizzati da oltre il 90% dei distributori interpellati. Tale circostanza è stata confermata nella relazione finale relativa a tale indagine, in data 10 maggio 2017.

55. Tali elementi consentono di considerare che un divieto, come quello imposto dalla ricorrente del procedimento principale ai suoi distributori autorizzati, di avvalersi in modo riconoscibile di piattaforme terze per la vendita su Internet di prodotti di lusso non si spinge oltre quanto necessario per salvaguardare l'immagine di lusso di detti prodotti.

56. In particolare, alla luce dell'assenza di rapporto contrattuale tra il fornitore e le piattaforme terze che gli consenta di esigere da tali piattaforme il rispetto delle condizioni di qualità che esso ha prescritto ai suoi distributori autorizzati, non si può considerare che autorizzare detti distributori ad avvalersi di siffatte piattaforme a condizione che queste ultime rispondano a requisiti qualitativi predeterminati sia altrettanto efficace quanto il divieto di cui al procedimento principale.

57. Ne discende che, fatte salve le verifiche che compete al giudice del rinvio effettuare, un divieto di tale sorta appare legittimo ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

58. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che lo stesso non osta a una clausola contrattuale, come quella di cui al procedimento principale, che vieta ai distributori autorizzati di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso finalizzato, primariamente, a salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti, di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita a mezzo Internet dei prodotti oggetto del contratto, qualora tale clausola sia diretta a salvaguardare l'immagine di lusso di detti prodotti, sia stabilita indistintamente e applicata in modo non discriminatorio, e sia proporzionata rispetto all'obiettivo

perseguito, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare».

2.4. Effetti della dichiarazione di nullità

30 giugno 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, causa 56/65, Racc. 261.

La Société Technique Minière (S.T.M.), società francese per la rappresentanza e la vendita di materiale per lavori pubblici, s'impegnava a ritirare dalla società tedesca Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) 37 livellatrici nel periodo di due anni. Con lo stesso contratto la M.B.U. concedeva alla S.T.M. il diritto esclusivo di vendita per dette livellatrici per il territorio francese. Le parti convenivano inoltre che la società francese avrebbe potuto vendere macchine atte a fare concorrenza ai prodotti oggetto del contratto solo previo consenso della M.B.U. e così anche per il trasferimento dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto. Non era però fatto divieto alla società francese di riesportare i prodotti acquistati dalla M.B.U. in altre zone diverse da quelle contrattuali.

Dopo la consegna di sei livellatrici, pagate con cambiali, su istanza della società francese veniva effettuata una perizia per accertare la vendibilità e la conformità, all'uso per cui erano destinate, delle macchine e venivano sequestrati a titolo conservativo le cambiali.

La M.B.U. chiedeva e otteneva la risoluzione del contratto e la condanna alle spese. In sede di appello la S.T.M. sosteneva la nullità assoluta del contratto poiché in contrasto con l'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE) e chiedeva la sospensione del processo in attesa di una pronuncia sull'interpretazione di tale art.. La società tedesca riteneva invece che tale accordo non rientrasse nella sfera di applicazione della norma comunitaria poiché il contratto di esclusiva non isolava totalmente il mercato.

La Corte pronunciandosi sull'interpretazione corretta di tale art. si soffermava anche sugli effetti della nullità ai sensi dell'art. 85 n. 2 (ora art. 101 TFUE) su detti accordi.

La Corte ha osservato:

« Ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 2 [ora art. 101 TFUE] “gli accordi o decisioni vietati in virtù del presente articolo sono nulli di pieno diritto”.

Questa disposizione, destinata a garantire l'osservanza del Trattato, va interpretata soltanto in funzione del suo scopo comunitario e dev'essere limitata a tale ambito. La nullità assoluta di cui trattasi si applica ai soli elementi dell'accordo colpiti dal divieto, a meno che detti elementi appaiano inseparabili dall'accordo stesso, nel qual caso esso sarà colpito nel suo complesso. Di conseguenza, qualsiasi altra disposizione contrattuale non colpita dal divieto, non dà luogo all'applicazione del Trattato ed è sottratta al diritto comunitario ».

25 novembre 1971, *Béguelin Import Co. ed altri c SA G.L. Import Export ed altri*, causa 22/71, Racc. 949.

Sulle vicende che hanno dato origine alla controversia si veda la medesima sentenza citata in questo capitolo, I paragrafo, 3 (p.000).

La Corte si esprimeva inoltre sugli effetti discendenti dall'art. 85 n. 2 del Trattato [ora art. 101 TFUE] ai contratti di esclusiva oggetto della controversia.

« 25/28. A termini dell'art. 85, n. 2, del trattato [ora art. 101 TFUE], “gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto”. L'accordo ricadente sotto il n. 1 di questo articolo e che non abbia costituito oggetto di una dichiarazione d'inapplicabilità – individuale o collettiva – a norma del n. 3, è nullo qualora il suo oggetto o i suoi effetti siano incompatibili col divieto sancito dal n. 1. Benché un accordo siffatto, non notificato alla Commissione, ma dispensato dalla notifica a norma dell'art. 4, n. 2, del Regolamento del Consiglio n. 17 (GU del 21 febbraio 1962,

pag. 204 e segg.), sia pienamente efficace fino a quando non ne sia stata dichiarata la nullità, questa dispensa vale solo per determinati accordi ai quali “partecipano imprese di un solo Stato membro”, ovvero per gli accordi aventi unicamente l'oggetto o gli effetti indicati nello stesso art. 4, n. 2. Gli accordi di cui trattasi non soddisfano né l'una né l'altra di queste condizioni, giacché uno dei contraenti appartiene ad uno Stato terzo e l'oggetto o gli effetti degli accordi stessi sono diversi da quelli contemplati dalla disposizione sopra menzionata.

29. Posto che la nullità di cui all'art. 85, n. 2 [ora art. 101 TFUE], è assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione e privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto ai terzi».

14 dicembre 1977, *Ets A. de Bloos S.p.r.l. c. Société en commandite par actions « Bouyer »*, causa 59/77, Racc. 2359.

L'oggetto della controversia verteva su un contratto di esclusiva per la vendita di motozappe e strumenti simili che la società Bouyer (concedente) concedeva in favore della società de Bloos (concessionaria) per i territori del Belgio, Lussemburgo e il Congo belga (Zaire).

Il contratto stipulato inizialmente per tre anni veniva tacitamente prorogato. Nel 1963 l'accordo veniva notificato alla Commissione a norma degli artt. 4 e 5 del reg. 17/62. La Commissione nel 1969 scriveva alla de Bloos comunicandole che, in base al regolamento che contemplava l'esenzione di alcune categorie di accordi (n. 67/67), decideva di archiviare le notifiche di accordi di esclusiva che non implicassero zone di esclusiva assolute come nel loro caso.

Nel 1973, la de Bloos citava, davanti al tribunale e poi alla corte d'appello, la concedente per non aver rispettato gli obblighi contrattuali, chiedendo la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni.

La concedente sosteneva, a propria difesa, che il contratto era nullo ab initio poiché in contrasto con l'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE), e a questo scopo contestava la qualificazione del contratto in questione data dalla Commissione nel 1969.

Il giudice a quo interrogava la Corte sugli effetti degli accordi in questione tra il periodo di tempo intercorrente tra la notifica degli stessi alla Commissione e la decisione della stessa del 1969, nel caso vi sia stato effettivamente un errore da essa commesso.

La Corte ha osservato:

«8. La Corte ha già affermato, e più precisamente nella sentenza 6 febbraio 1973 (causa 48/72, Brasserie de Haecht, racc. pag. 86) che, per quel che riguarda le vecchie intese, cioè — secondo la distinzione fatta dagli artt. 4 e 5 del Regolamento n. 17 — quelle in atto prima del 13 marzo 1962: « il principio generale della certezza dei rapporti giuridici richiede che, in particolare quando l'intesa è stata notificata a norma del Regolamento n. 17, il giudice non ne dichiari la nullità se non dopo che la Commissione ha adottato una decisione in forza dello stesso Regolamento »;

9. Analogamente, nella sentenza 9 luglio 1969 (causa 10/69, Portelange, Racc. pag. 316) era stato dichiarato che: « mancando un mezzo giuridico efficace che consenta agli interessati di accelerare l'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE] — le cui conseguenze sono tanto più gravi quanto più tarda — sarebbe in contrasto col principio generale della certezza del diritto il trarre, dal carattere provvisorio della validità degli accordi notificati, la conclusione che fino a quando la Commissione non si sarà pronunciata a norma dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], del trattato, la loro efficacia è solo parziale »;

10. È vero che l'attribuzione di piena efficacia a detti accordi può eventualmente comportare inconvenienti d'ordine pratico, però le difficoltà che potrebbero conseguire dall'incertezza dei rapporti giuridici fondati sugli accordi notificati o dispensati da notifica sarebbero di una gravità ancor maggiore.

11. Le conseguenze giuridiche di cui sopra derivano dall'indivisibilità del divieto di cui al n. 1 dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE] e dalla possibilità di esenzione di cui al n. 3, come messo in atto dal

Regolamento n. 17;

12. Gli effetti che gli artt. 6, n. 2, e 7 di detto Regolamento attribuiscono alla notifica e alla dispensa di notifica dei vecchi accordi confermano le considerazioni che precedono;

13. Questi vecchi accordi, infatti, possono non solo fruire di esenzione che agisce retroattivamente, anche per il periodo precedente alla loro notifica, ma possono anche venir sanati, con effetto retroattivo, nelle loro disposizioni incompatibili con l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], e che non possono fruire dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], qualora, su richiesta della Commissione, dette disposizioni vengano modificate per il futuro;

14. Un sistema del genere non può conciliarsi con la competenza del giudice ad accertare la nullità, nel periodo che va dalla notifica alla data in cui la Commissione adotta una decisione;

15. Ne consegue che, in questo periodo, il giudice che deve conoscere di una controversia vertente su un vecchio accordo regolarmente notificato o dispensato da notifica, deve dare a detto accordo gli effetti giuridici ad esso attribuiti dalla legge da cui il contratto è retto, senza che detti effetti possano venir messi in forse da un'eventuale contestazione circa la compatibilità dell'accordo con l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE];

16. La quarta questione va risolta in questo senso».

18 dicembre 1986, VAG France SA c. Etablissements Magne SA, causa 10/86, Racc. 4071.

La società VAG France SA distribuiva veicoli e prodotti delle marche Volkswagen e Audi in Francia, e la società Etablissements Magne SA era concessionaria esclusiva incaricata della vendita al pubblico e del servizio assistenza alla clientela per i prodotti VW e Audi, in vari cantoni di una circoscrizione francese.

La controversia verteva sulla rottura dei rapporti commerciali fra le parti in causa, avvenuta in seguito ad un contrasto circa le conseguenze, sul contratto che vincolava le parti, dell'entrata in vigore del regolamento della Commissione n. 123/85 relativo all'applicazione dell'art. 85 n. 3 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE), a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il servizio di assistenza alla clientela. Tale regolamento prevedeva l'esenzione dal divieto di cui all'art. 85 n. 1 (ora art. 101 TFUE) per alcune categorie di accordi di distribuzione nel settore degli autoveicoli, a condizione che tale accordo fosse concluso a tempo indeterminato o determinato di almeno 4 anni.

I rapporti commerciali tra le parti in causa erano regolati da contratti di durata annuale.

La questione rivolta alla Corte era se l'entrata in vigore del regolamento suddetto obbligava le parti a modificare la durata del contratto, portandolo a 4 anni, oppure se rendeva semplicemente nulle le clausole di esclusiva e di non concorrenza o eventualmente l'intero contratto fino alla scadenza dello stesso od alla stipulazione di uno nuovo conforme al regolamento.

La Corte ha osservato:

« 10. A norma dell'art. 85, n. 1, del trattato CEE [ora art. 101 TFUE], gli accordi tra imprese che possano pregiudicare il commercio fra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune sono incompatibili con il mercato comune e quindi vietati. Detti accordi, a tenore del n. 2 dello stesso articolo, sono nulli ipso iure, a meno che, in base al successivo n. 3, la Commissione non dichiari inapplicabili le disposizioni del n. 1.

11. La decisione di inapplicabilità del n. 1 dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE], contemplata dal n. 3 dello stesso articolo, può essere adottata dalla Commissione nella forma di decisioni individuali riguardanti un accordo specifico, a norma del Regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo Regolamento attuativo degli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] del trattato (GU pag. 204), oppure mediante Regolamenti di esenzione riguardanti talune categorie di accordi a norma dell'art. 1 del Regolamento n. 19/65. Con siffatti regolamenti la Commissione stabilisce delle condizioni la cui osservanza rende il divieto sancito dall'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], inapplicabile all'accordo, anche se questo soddisfa, in se e per se, i presupposti del divieto.

12. Da quanto precede risulta che il Regolamento n. 123/85, in quanto Regolamento di attuazione dell'art. 85, n. 3, del trattato [ora art. 101 TFUE], si limita a fornire agli operatori economici del settore degli autoveicoli alcune possibilità di sottrarre i loro accordi di distribuzione e di assistenza alla clientela – nonostante essi contengano taluni tipi di clausole di esclusiva e limitative della concorrenza – al divieto stabilito dall'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE]. Tuttavia, il Regolamento n. 123/85 non impone agli operatori economici di avvalersi di dette possibilità. Ne ha l'effetto di modificare il contenuto dell'accordo o di renderlo nullo qualora non siano soddisfatte tutte le condizioni da esso stabilite.

13. Nel caso in cui un accordo non soddisfi tutte le condizioni prescritte dal suddetto Regolamento, le parti contraenti possono chiedere alla Commissione una decisione individuale di inapplicabilità dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], o sostenere che sono soddisfatte le condizioni stabilite da un altro Regolamento di esenzione riguardante altre categorie di accordi, o ancora dimostrare che l'accordo di cui trattasi non è per altri motivi incompatibile col divieto di cui all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE].

14. Occorre aggiungere che, secondo la giurisprudenza della Corte (sentenze 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, racc. 1966, pag. 261, e 14 dicembre 1983, causa 319/82, *Societe de Vente de Ciments et Betons de l'est*, racc. 1983, pag. 4173), esulano dal diritto comunitario le conseguenze della nullità ipso iure delle clausole contrattuali incompatibili con l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], per tutti gli altri elementi dell'accordo o per le altre obbligazioni che ne derivano.

15. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce del diritto nazionale da applicare, la portata e le conseguenze, per l'insieme dei rapporti contrattuali, dell'eventuale nullità di talune clausole contrattuali ai sensi dell'art. 85, n. 2 [ora art. 101 TFUE]. In base al diritto nazionale si deve accertare in particolare se detta incompatibilità possa avere la conseguenza di obbligare le parti contraenti a modificare il contenuto del contratto per evitarne la nullità, ed eventualmente a scegliere a questo scopo una delle due possibilità contemplate dall'art. 5, n. 2, del Regolamento n. 123/85 per quanto riguarda la durata del contratto.

16. La questione sollevata dal Tribunal de Grande Instance di Parigi dev'essere pertanto risolta nel senso che il Regolamento della Commissione 12 dicembre 1984, n. 123/85, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], del trattato CEE a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e per il servizio di assistenza alla clientela, non contiene disposizioni vincolanti che incidano direttamente sulla validità o sul contenuto di clausole contrattuali o che obblighino le parti a conformare allo stesso Regolamento il contenuto del contratto, ma si limita a stabilire condizioni che, ove siano soddisfatte, sottraggono talune clausole contrattuali al divieto e, di conseguenza, alla nullità ipso iure contemplati dall'art. 85, nn. 1 e 2, del trattato CEE [ora art. 101 TFUE]; e che spetta al giudice nazionale valutare, in base al diritto nazionale che si applica, le conseguenze dell'eventuale nullità di talune clausole contrattuali ».

30 aprile 1998, *Cabour SA e Nord Distribution Automobile SA c. Arnor « SOCO » SARL*, causa C-230/96, Racc. I-2055.

La Cabour SA e la Nord Distribution erano rispettivamente le concessionarie esclusive delle marche automobilistiche Citroen e Peugeot a Douai. La Arnor, che non faceva parte di alcuna rete di distribuzione delle due case costrittrici di autoveicoli, rivendeva veicoli nuovi (anche) delle marche Citroen e Peugeot nello stesso luogo.

Nel periodo della controversia, vigeva già il regolamento n. 123/85, relativo all'applicazione dell'art. 85 n. 3, del Trattato CE [ora art. 101 TFUE] a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il servizio di assistenza alla clientela, ed entrava in vigore il successivo n. 1475/95 che abrogava il precedente.

Le società attrici, sostenevano che la Arnor si era resa colpevole di atti di concorrenza sleale e di

pubblicità illegittima e menzognera vendendo veicoli (anche) nuovi di tali marche. Adivano perciò il tribunale locale per far terminare tale pratica e per essere risarcite del danno.

Respinte entrambe le domande, poiché i contratti di concessione esclusiva Citroen e Peugeot erano incompatibili con il reg. n. 123/85, la Cabour SA e la Nord Distribution imponevano appello contro detta decisione sostenendo che l'attrice poteva essere punita in base al diritto nazionale.

La Arnor ribatteva che le accuse di concorrenza sleale dovevano essere respinte, poiché le due società non avevano provato la liceità della loro rete di distribuzione secondo le norme comunitarie.

La Corte di Giustizia, adita in via pregiudiziale, interpretava i regolamenti di esenzione citati e gli effetti dell'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE) sui contratti di concessione di autoveicoli, quando questi non fruiscono dell'esenzione di categoria.

La corte ha osservato:

« 46. Con la terza questione il giudice a quo chiede in sostanza se il divieto posto dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] si applichi ad un contratto di concessione di autoveicoli nell'ipotesi in cui quest'ultimo non fruisca dell'esenzione per categoria.

47. Occorre rammentare in proposito che il regolamento n. 123/85, regolamento di attuazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato [ora art. 101 TFUE] al pari del regolamento n. 1475/95, si limita a fornire agli operatori economici del settore degli autoveicoli alcune possibilità di sottrarre i loro accordi di distribuzione e di assistenza alla clientela – nonostante essi contengano taluni tipi di clausole di esclusiva e limitative della concorrenza – al divieto stabilito dall'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE]. Tuttavia, i regolamenti considerati non impongono agli operatori economici di avvalersi di dette possibilità. Né hanno l'effetto di modificare il contenuto dell'accordo o di renderlo nullo qualora non siano soddisfatte tutte le condizioni da essi stabilite (v. sentenza 18 dicembre 1986, causa 10/86, VAG France, Racc. pag. 4071, punto 12).

48. Un accordo, quando non soddisfa tutte le condizioni previste da un regolamento di esenzione, rientra nel divieto dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], solo se ha per oggetto o per effetto di restringere in modo sensibile la concorrenza all'interno del mercato comune e può esercitare un influsso sulle correnti di scambi tra Stati membri (v. sentenze 30 giugno 1966, causa 56/65, La Technique minière, Racc. pag. 261, e 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 457).

49. Spetta al giudice a quo stabilire, in base al complesso dei dati di cui dispone e tenendo conto del contesto economico e giuridico nel cui ambito l'accordo è inserito, se, nella causa sottoposta al suo esame, le suddette condizioni siano soddisfatte.

50. Va in proposito ricordato che un accordo non può essere isolato dalle circostanze di fatto o di diritto che fanno sì che l'atto impedisca, restringa o falsi il gioco della concorrenza. In tale contesto l'esistenza di contratti analoghi è una circostanza che, insieme ad altre, può costituire il contesto economico e giuridico nel quale il contratto dev'essere valutato (v. sentenza 12 dicembre 1967, causa 23/67, Brasserie de Haecht, Racc. pag. 479).

51. Nell'ipotesi in cui il giudice a quo dichiara la nullità di una o più clausole contrattuali, occorre aggiungere che, secondo la giurisprudenza della Corte (v. sentenza VAG France, già citata, punto 14), esulano dal diritto comunitario le conseguenze della nullità ipso iure delle clausole contrattuali incompatibili con l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], per tutti gli altri elementi dell'accordo o per le altre obbligazioni che ne derivano. Spetta dunque del pari al giudice nazionale valutare, alla luce del diritto nazionale da applicare, la portata e le conseguenze, per l'insieme dei rapporti contrattuali, dell'eventuale nullità di talune clausole contrattuali ai sensi dell'art. 85, n. 2 [ora art. 101 TFUE].

52. La terza questione dev'essere pertanto risolta nel senso che il divieto posto dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] si applica a clausole contenute in un contratto di concessione di autoveicoli nell'ipotesi in cui queste ultime non fruiscono dell'esenzione per categoria se, tenuto conto del contesto economico e giuridico, tali clausole hanno per oggetto o per effetto di restringere in modo sensibile la concorrenza all'interno del mercato comune e se esse sono tali da pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ».

3. Abuso di posizione dominante

29 febbraio 1968, Parke, Davis and Co. c. Probel, Reese, Beintema- Interpharm e Centrapharm, causa 24/67, Racc. 75.

La società statunitense Parke Davis era titolare di due brevetti olandesi concernenti la produzione dell'antibiotico denominato cloranfenicolo. La società belga Probel e le società olandesi Interpharm e Centrafarm mettevano in commercio nei Paesi Bassi tale antibiotico proveniente da vari paesi europei, senza autorizzazione della titolare del brevetto. La Parke Davis citava così le tre suddette società dinanzi al giudice competente (Tribunale di Rotterdam), chiedendo che fossero condannate al risarcimento dei danni per violazione dei diritti di brevetto e che fosse loro ingiunto di astenersi da ulteriori violazioni, sotto pena di un'ammenda. La causa veniva in gran parte decisa dinanzi al giudice d'appello (Corte d'appello dell'Aja) che, tuttavia, lasciava irrisolta la questione relativa alla vendita di cloranfenicolo proveniente dall'Italia, l'unico Stato della Comunità in cui la Park Davis non possedeva un brevetto. Nei confronti di queste importazioni, il giudice dinanzi a cui pendeva il procedimento decideva di sospenderlo, sottoponendo alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali, con la richiesta, in particolare, di chiarire la portata dell'art. 86 Trattato CEE (ora art. 102 TFUE). Su tale punto, la Corte ha osservato:

« L'articolo 86 del trattato [ora art. 102 TFUE] vieta « 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 comune o su una parte sostanziale di questo ».

Per essere vietato, un fatto deve quindi possedere tre requisiti: l'esistenza di una posizione dominante, il suo sfruttamento abusivo e la possibilità di pregiudizio per il commercio fra Stati membri. Se il brevetto d'invenzione conferisce al suo titolare una particolare tutela nell'ambito di uno Stato, cioè non vuol dire che l'esercizio dei diritti in tal modo conferiti implichi che sono soddisfatte le tre condizioni sopra menzionate. La situazione potrebbe essere diversa solo se lo sfruttamento del brevetto dovesse degenerare in un uso abusivo di detta tutela.

D'altro canto, in un settore comparabile, l'articolo 36 del trattato, dopo aver stabilito che gli articoli 30-34 [ora artt. 34 e 35 TFUE] non ostano alle restrizioni delle importazioni e delle esportazioni giustificate, fra l'altro, da motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale, precisa — come già si è detto — che dette restrizioni «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». Di conseguenza, poiché il brevetto è attualmente disciplinato unicamente dall'ordinamento interno, solo il suo uso potrebbe essere disciplinato dal diritto comunitario, ove esso contribuisse ad una posizione dominante il cui sfruttamento abusivo possa pregiudicare il commercio fra Stati membri.

Senza escludere che il prezzo di vendita del prodotto tutelato possa essere considerato come elemento di valutazione di un eventuale sfruttamento abusivo, il fatto che il prezzo di un prodotto brevettato sia superiore a quello di un prodotto non brevettato non costituisce necessariamente un abuso.

Dal complesso degli elementi sopra esposti risulta, in primo luogo, che i diritti attribuiti da uno Stato membro al titolare di un brevetto d'invenzione non sono pregiudicati dai divieti degli articoli 85, n. 1, e 86 del trattato [ora artt. 101, n.1 e 102 TFUE] e, in secondo luogo, che l'esercizio di detti diritti non ricade sotto l'articolo 85, n. 1 [ora artt. 101, n.1 TFUE], a meno che non vi sia un accordo, una decisione o una pratica concordata ai sensi di detta disposizione, né sotto l'articolo 86

[ora art. 102 TFUE], se non sussiste un abuso di posizione dominante, e infine che il fatto che il prezzo di vendita di un prodotto brevettato sia superiore a quello del prodotto non brevettato proveniente da un altro Stato membro non costituisce necessariamente un abuso ».

18 febbraio 1971, Sirena S.r.l. c. Eda S.r.l. e a., causa 40/70, Racc. 69.

Un'impresa americana titolare di un marchio per una crema cosmetica e medicamentosa di sua produzione stipulava nel 1937, con la società italiana Sirena, un contratto di vendita, cessione e trasferimento, per il territorio italiano, di tutti i diritti, titoli ed interessi su detto marchio. La Sirena, che da allora ha prodotto e smerciato in Italia una crema munita di tale marchio, depositato a norma della legislazione nazionale, nel 1970 intentava, davanti al giudice competente (Tribunale di Milano), una causa per contraffazione di marchi, chiedendo che venisse vietata la distribuzione in territorio italiano di una crema, con la stessa natura e marchio di quelli della crema di propria fabbricazione, importata dalla Germania in virtù di un accordo concluso, per tale territorio, tra un produttore tedesco e la società americana (e di tenore analogo a quello da essa medesima stipulato). Il giudice adito decideva di sospendere il procedimento e di esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendole, tra l'altro, di stabilire se gli artt. 85 e 86 Trattato CEE (ora artt. 101 e 102 TFUE) debbano essere interpretati nel senso di impedire che il titolare di un marchio legittimamente depositato in uno Stato membro possa far valere il corrispondente diritto assoluto per impedire a terzi di importare da altri paesi comunitari prodotti recanti lo stesso marchio legittimamente apposto « all'origine ». Quanto, in particolare, all'accertamento del fatto che l'esercizio di un diritto di marchio sia incompatibile con il mercato comune e vietato dal citato art. 86 (ora art. 102 TFUE), la Corte di giustizia ha osservato:

«15. Dal tenore [della disposizione in parola] si desume che la fattispecie vietata deve avere tre requisiti: esistenza di una posizione dominante, sfruttamento abusivo della stessa e possibilità che questo sia pregiudizievole al commercio fra Stati membri.

16. Si deve innanzitutto osservare che il titolare di un marchio non fruisce di una «posizione dominante» ai sensi dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] per il solo fatto di essere in grado di vietare ai terzi lo smercio, nel territorio di uno Stato membro, dei prodotti recanti lo stesso marchio. Posto che l'articolo esige che la posizione di cui trattasi si estenda per lo meno su una «parte sostanziale» del mercato comune, e' inoltre necessario che detto titolare sia in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva in una parte rilevante del mercato in questione, tenuto conto in specie dell'eventuale esistenza, e della posizione, di produttori o distributori che smerchino merci analoghe o sostituibili.

17. Per quanto riguarda lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, il maggior prezzo del prodotto, benché non sia di per sé sufficiente come prova, può tuttavia divenirlo, in considerazione della sua rilevanza, qualora non appaia obiettivamente giustificato».

21 febbraio 1973, Europemballage e Continental Can Company Inc. c. Commissione, causa 6/72, Racc. 215.

La Continental Can Company Inc. era una società americana che produceva imballaggi metallici, materiali d'imballaggi di carta e di plastica, nonché macchine per fabbricare e impiegare tali imballaggi.

Nel corso del 1969 in seguito a successivi acquisti azionari, la società americana portava la propria partecipazione nell'impresa tedesca SLW all'85% del capitale sociale e progettava la creazione di una holding europea di imballaggi con la società londinese MB alla quale sarebbero stati invitati a partecipare i licenziatari della Continental Can Company nei Paesi Bassi (la TDV) e in Francia (la Carnaud).

Nell'anno successivo veniva firmato un accordo tra la società americana e la TDV in base al quale la Continental Can Company avrebbe costituito una società chiamata Europemballage, negli USA, nella

quale avrebbe trasferito la propria partecipazione alla SLW; inoltre l'accordo prevedeva incentivi per gli azionisti della TDV a cedere le proprie azioni in cambio di quelle future della nuova società. La Continental Can Company diventava così azionista al 91,7 % della società TDV tramite l'affiliata Europemballage.

La Commissione avvertiva le altre imprese interessate all'operazione ad una possibile incompatibilità dell'operazione stessa con l'art. 86 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE). Avviava pertanto un procedimento amministrativo ai sensi del reg. n. 17/62 al termine del quale emetteva una decisione che constatava uno sfruttamento di posizione dominante all'interno di una rilevante parte del mercato comunitario da parte delle società euro-americane tramite le società affiliate europee.

La Corte ha osservato:

«18. Negli artt. 1 e 2 della decisione della Commissione 9 dicembre 1971 viene fatto carico alla Continental di una violazione dell'art. 86 del trattato CEE [ora art. 102 TFUE], per aver sfruttato in modo abusivo la posizione dominante che essa avrebbe occupato in una parte sostanziale del mercato comune – tramite la Schmalbach-Lubeca-Werke Ag (in prosieguo denominata “ SLW “) – sul mercato degli imballaggi leggeri per conserve di carne, di salumi, di pesce e di crostacei, nonché su quello dei coperchi metallici per recipienti di vetro.

Secondo l'art. 1, lo sfruttamento abusivo consisterebbe nel fatto che, nell'aprile 1970 la Continental ha acquistato, tramite la propria affiliata Europemballage, l'80 per cento circa delle azioni e obbligazioni convertibili della TDV. L'acquisto si sarebbe risolto in pratica nell'eliminazione della concorrenza per i prodotti summenzionati, in una parte sostanziale del mercato comune.

19. Le ricorrenti sostengono che la Commissione cerca in tal modo, attraverso un'errata interpretazione dell'art. 86 del trattato [ora art. 102 TFUE] e superando i limiti delle proprie attribuzioni, di istituire, in base a questa norma, un controllo sulle concentrazioni d'impresa. Un tentativo del genere sarebbe in contrasto con la volontà degli autori del trattato, quale risulta non solo dall'interpretazione letterale dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE], ma anche dal raffronto del trattato CEE col trattato CECA e col diritto nazionale degli Stati membri. Questa conclusione troverebbe conferma negli esempi di sfruttamento abusivo di posizione dominante indicati dall'art. 86 [ora art. 102 TFUE], dai quali risulterebbe che il trattato ha preso in considerazione solo pratiche che hanno effetti sul mercato e implicano un danno per i consumatori o per i partners commerciali.

Dall'art. 86 [ora art. 102 TFUE] risulterebbe, d'altra parte, che l'uso della potenza economica conferita da una posizione dominante si traduce in uno sfruttamento abusivo di questa posizione solo qualora costituisca il mezzo mediante il quale l'abuso si concreta. I provvedimenti strutturali delle imprese, quali il rafforzamento di una posizione dominante mediante una concentrazione, non rientrerebbero invece nello sfruttamento abusivo di detta posizione, ai sensi dell'art. 86 del trattato [ora art. 102 TFUE]. La decisione impugnata sarebbe quindi nulla in quanto priva di giuridico fondamento.

20/21. L'art. 86, n. 1, del trattato [ora art. 102 TFUE] dichiara “ incompatibile col mercato comune e vietato, 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 comune o su una parte sostanziale di questo”. Si tratta di stabilire se con l'espressione “ sfruttamento abusivo”, l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] intenda riferirsi solo ai comportamenti dell'impresa atti a influire direttamente sul mercato, che rechino danno alla produzione e alla distribuzione, agli utilizzatori o ai consumatori, ovvero anche alle modifiche strutturali dell'impresa che si risolvano in una grave alterazione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato comune. La distinzione fra provvedimenti che influiscono sulla struttura dell'impresa e pratiche che hanno un'incidenza sul mercato non è decisiva, poiché qualsiasi provvedimento strutturale può, dal momento che esso accresce le dimensioni e la potenza economica dell'impresa, avere incidenza sulla situazione del mercato.

22. Per risolvere il problema, si deve aver riguardo allo spirito, e al tempo stesso alla struttura e alla lettera dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE], tenuto conto del sistema del trattato e delle sue finalità. Il raffronto fra questo articolo e talune disposizioni del trattato CECA non è quindi pertinente in

relazione ai problemi di cui trattasi.

23. L'art. 86 [ora art. 102 TFUE] è compreso nel capitolo dedicato alle norme generali che definiscono la politica della Comunità nel campo della concorrenza.

Detta politica è basata sull'art. 3, lettera f), del trattato, il quale stabilisce che l'azione della Comunità implica la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata nel mercato comune.

La tesi delle ricorrenti secondo cui questa norma sarebbe solo programmatica, cioè priva di per sé di effetti giuridici, non tiene conto del fatto che l'art. 3 considera il perseguimento degli scopi da esso enunciati come indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità. Per quanto riguarda più precisamente la lettera f), si tratta di un obiettivo che trova attuazione in varie disposizioni del trattato, le quali vanno interpretate in funzione dell'obiettivo stesso.

24. Poiché contempla la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata nel mercato comune, l'art. 3, lettera f) impone, a maggior ragione, che la concorrenza non venga eliminata. Questa esigenza è così essenziale che, senza di essa, numerose disposizioni del trattato diverrebbero prive di oggetto. Essa risponde inoltre agli imperativi dell'art. 2 del trattato, il quale affida alla Comunità il compito di “promuovere lo sviluppo armonioso dell'attività economica” nell'intero mercato comune.

Le restrizioni della concorrenza, che il trattato ammette in certi casi, per ragioni inerenti alla necessità di conciliare i vari obiettivi da raggiungere, trovano perciò nelle disposizioni degli artt. 2 e 3 un limite oltre il quale l'affievolirsi della concorrenza potrebbe mettere in pericolo il raggiungimento delle finalità del mercato comune.

25. In vista dell'osservanza dei principi e del raggiungimento degli obiettivi enunciati dagli artt. 2 e 3 del trattato, gli artt. 85-90 hanno stabilito norme generali da applicare alle imprese. L'art. 85 [ora art. 101 TFUE] riguarda gli accordi fra imprese, le decisioni di associazioni d'imprese e le pratiche concordate, mentre l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] riguarda l'azione unilaterale di una o più imprese. Su piani diversi, gli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'effettiva concorrenza nel mercato comune.

L'alterazione della concorrenza, vietata quando deriva dai comportamenti contemplati dall'art. 85 [ora art. 101 TFUE], non può divenire lecita qualora detti comportamenti riescano, grazie all'azione di un'impresa dominante, a concretarsi in una compenetrazione fra le imprese. In mancanza di espresse disposizioni, non si può ritenere che il trattato, il quale vieta all'art. 85 [ora art. 101 TFUE] talune decisioni di semplici associazioni d'imprese che alterino la concorrenza senza eliminarla, ammetta tuttavia all'art. 86 [ora art. 102 TFUE] come lecito il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza.

Una tale diversità di trattamento giuridico aprirebbe nel complesso delle norme sulla concorrenza una breccia atta a compromettere il corretto funzionamento del mercato comune.

Qualora infatti fosse sufficiente, per eludere i divieti di cui all'art. 85 [ora art. 101 TFUE], che nell'ambito delle intese i rapporti fra imprese siano così stretti da sottrarle all'applicazione del suddetto articolo senza ch'esse ricadano sotto l'art. 86 [ora art. 102 TFUE], diverrebbe lecito, in contrasto coi principi fondamentali del mercato comune, l'isolamento di una parte sostanziale di questo mercato. L'intento degli autori del trattato che sia sempre possibile sul mercato, anche nei casi in cui sono ammesse restrizioni della concorrenza, una concorrenza effettiva o potenziale è chiaramente espresso dall'art. 85, n. 3, lettera b), del trattato [ora art. 101 TFUE].

La mancanza di un'analogia precisazione espressa nell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] è dovuta al fatto che il regime da esso istituito per le posizioni dominanti non ammette – a differenza dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE] – eccezioni al divieto. Nell'ambito di un siffatto regime, il vincolo imposto dagli obiettivi fondamentali del trattato, in particolare da quello di cui all'art. 3, lettera f), deriva dalla forza imperativa inerente a questi obiettivi. In ogni caso, gli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] non possono essere interpretati in modo contraddittorio, dal momento che servono all'attuazione

dello stesso obiettivo.

26. È alla luce delle suddette considerazioni che va interpretata la condizione posta dall'art. 86 [ora art. 102 TFUE], secondo cui, per essere vietato, lo sfruttamento di posizione dominante dev'essere stato attuato in modo abusivo. Questo articolo elenca un certo numero di pratiche abusive ch'esso vieta. Si tratta di una enumerazione esemplificativa, nella quale non sono compresi tutti i modi di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietati dal trattato.

D'altra parte, come risulta dalle lettere c) e d) del 2 comma, questo articolo non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio, modificando un regime di concorrenza effettiva, quale è quello di cui all'art. 3, lettera f), del trattato. Può quindi costituire un abuso il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante.

27. Tali essendo il significato e la portata dell'art. 86 del trattato [ora art. 102 TFUE], il problema, sollevato dalle ricorrenti, del nesso di causalità che dovrebbe esistere a loro avviso fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 del trattato [ora art. 102 TFUE], indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine, dal momento ch'esso produce gli effetti sopra descritti ».

14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continental B.V. c. Commissione*, causa 27/76, Racc. 207.

La United Brands Company di New York rappresentava il più importante gruppo mondiale nel settore delle banane negli anni settanta.

La stessa si serviva di un'affiliata a Rotterdam, la United Brands Continental B.V., per il coordinamento delle vendite delle banane in tutti gli Stati membri della Comunità, ad eccezione del Regno Unito e dell'Italia.

La società americana si occupava non solo della raccolta delle banane nei paesi dell'America latina e della rivendita nei paesi comunitari e non, ma anche di tutto il processo di trasporto, maturazione e controllo qualità.

Le banane arrivavano nella Comunità attraverso carichi settimanali nei porti di alcune città e venivano trasportate nelle società di maturazione, che facevano maturare artificialmente il frutto con particolari impianti, all'interno di ogni Stato membro.

Nella Comunità si servivano di maturatori-grossisti controllati o indipendenti.

La United Brands Company aveva creato un tipo di banana pregiata, ottenuta dall'incrocio di due specie diverse e puntava a venderle con un marchio (Chiquita) su ogni banana e ad un prezzo superiore intorno al 30-40% delle banane normali.

Nel 1975 la Commissione, in seguito ad alcuni reclami di imprese concorrenti degli Stati membri, emetteva una decisione nei confronti della società affiliata poiché le contestava un abuso di posizione dominante.

In particolare riteneva che la United Brands Continental B.V. aveva obbligato i distributori e maturatori ad impegnarsi a non vendere le banane verdi, aveva praticato prezzi diversi per banane di stessa qualità ed in mercati identici ai distributori e maturatori dei diversi Stati membri senza giustificazione, e, infine, aveva vietato di rifornire banane con il marchio Chiquita ad un'impresa danese (Olesen), poiché questa aveva partecipato ad una campagna pubblicitaria per una marca concorrente.

La Corte, nella sua analisi, individuava la posizione che le imprese United Brands Company e United Brands Continental B.V. occupavano sul mercato comunitario.

La Corte ha osservato:

« Sezione 1. Il mercato da prendere in considerazione

10. Onde stabilire se la UBC detenga una posizione dominante sul mercato delle banane, è d'uopo definire detto mercato e sotto il profilo del prodotto e sotto quello geografico;

11. Ai sensi dell'art. 86 del trattato [ora art. 102 TFUE], le possibilità di concorrenza vanno esaminate in funzione delle caratteristiche del prodotto di cui trattasi e in relazione ad una zona geografica ben definita, nella quale il prodotto è in commercio e in cui le condizioni di concorrenza sono abbastanza omogenee da consentire di valutare l'effetto della potenza economica dell'impresa in questione».

Successivamente la Corte stabiliva se le imprese in questione abusassero della loro posizione sul mercato in relazione ai tre punti contestati dalla Commissione, in particolare:
sul divieto per i distributori maturatori di vendere banane verdi,

« 130. La Commissione sostiene che la ricorrente ha abusato della sua posizione dominante nei confronti dei maturatori-distributori, in primo luogo includendo nelle sue condizioni generali di vendita una clausola che vietava agli stessi distributori-maturatori di rivendere le banane allo stato verde;

131. Inoltre essa ricorda che la UBC aveva anche insistito presso taluni maturatori-distributori affinché non rivendessero banane diverse da quelle ch'essa stessa forniva loro per tutto il tempo che avessero lavorato come suoi distributori, e affinché non rivendessero banane UBC a maturatori concorrenti, né a commercianti stranieri, assicurandoli di aver imposto le stesse condizioni agli altri maturatori-distributori stranieri;

132. Questa pratica avrebbe avuto inizio nel gennaio 1967, allorché la UBC era impegnata nel lancio in Europa della nuova varietà « cavendish valery » sotto il marchio « Chiquita », in sostituzione della varietà « gros michel », venduta con il marchio « Fyffes »;

133. Il divieto di rivendere banane allo stato verde, pur se non sempre stipulato per iscritto, sarebbe stato rigidamente applicato dal 1967, in tutti gli Stati che costituiscono il mercato considerato, nei confronti degli importatori- maturatori-distributori UBC, compreso il gruppo Scipio;

134. Questo divieto avrebbe chiaramente esplicitato i suoi effetti nel dicembre 1973, allorché la UBC rifiutava di vendere all'impresa danese Olesen, le cui richieste di banane verdi venivano respinte da tutti i distributori, compreso il gruppo Scipio;

135. Oltre al fatto di contribuire indirettamente a rafforzare e a consolidare la posizione dominante della UBC, questo vincolo renderebbe pressoché impossibile qualsiasi scambio di banane verdi UBC, marchiate o meno, sia all'interno di un solo Stato che tra i vari Stati membri, e quindi la clausola che lo impone avrebbe effetti analoghi a un divieto d'esportazione;

136. L'effetto di questa clausola sarebbe ulteriormente rafforzato dalla politica seguita dalla UBC, e cioè fornire quantitativi sempre inferiori rispetto agli ordini ricevuti, il che impedirebbe ai clienti di prendere qualsiasi iniziativa concorrenziale contro la disparità di prezzi tra uno Stato e l'altro e li obbligherebbe a limitarsi alla sola attività di maturazione;

137. Questi divieti e queste pratiche — sempre secondo la Commissione — costituirebbero nel contempo l'elemento essenziale di un sistema globale che consentirebbe alla ricorrente di controllare totalmente lo smercio del suo prodotto e di restringere il gioco della concorrenza, nonché la base di altri tre abusi addebitati alla UBC;

138. Soltanto nel mese successivo (31. 1. 1976) all'adozione della decisione 17 dicembre 1975 nei confronti della UBC (e dunque poco prima del termine ultimo del 1 febbraio 1976 posto dalla Commissione per aver conferma dell'abolizione del divieto di rivendere banane allo stato verde) la ricorrente avrebbe inviato a tutti i suoi clienti ubicati sul mercato di cui trattasi una lettera circolare in cui si dichiarava che con detta clausola non si era mai inteso vietare la vendita di banane « Chiquita » allo stato verde tra maturatori ufficiali, né la rivendita di banane verdi non marchiate.

139. Contro questi addebiti, la ricorrente fa notare che la clausola controversa aveva, nel Belgio, in Danimarca e nei Paesi Bassi, il seguente tenore: « le banane possono essere rivendute soltanto allo stato maturo » (la clausola danese precisa che si possono rivendere solo banane della colorazione n.

3);

140. La clausola relativa ai Paesi Bassi sarebbe stata notificata alla Commissione il 15 novembre 1968, nella seguente versione: «la vendita a maturatori concorrenti delle banane da noi fornite non è autorizzata»;

141. La ricorrente si meraviglia che la Commissione non le abbia richiesto di precisare ed eventualmente di modificare il testo delle condizioni di vendita, onde stabilire se non si potesse applicare l'esenzione a norma dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], e che siano occorsi 7 anni per elaborare e formulare definitivamente gli addebiti;

142. La clausola in questione avrebbe avuto unicamente lo scopo di tutelare il marchio e quindi, in definitiva, il consumatore, garantendo un prodotto – selezionato ed etichettato nel luogo di produzione – di qualità esemplare, riservandone la trattazione a maturatori esperti, che disponevano di impianti adeguati, lavoravano secondo i dettami della tecnica più progredita messa a punto dagli ingegneri della UBC, accettavano il relativo controllo ed erano disposti a porre sul mercato le banane « Chiquita » al momento più indicato sotto il profilo qualitativo;

143. Questa clausola non sarebbe mai stata interpretata, applicata, né posta in atto come divieto d'esportazione;

144. La ricorrente dichiara di non aver mai inteso irrogare sanzioni in caso di inosservanza della stessa,

145. D'altro canto, essa osserva, i commercianti di banane vendono un prodotto semi-finito molto deperibile che, per sua stessa natura, dovrebbe essere maturato immediatamente piuttosto che venduto orizzontalmente, e il commercio di banane allo stato verde – se esistesse – sarebbe solo marginale;

146. La funzione del maturatore consisterebbe unicamente nel far maturare le banane e distribuirle ai dettaglianti;

147. L'utile lordo del maturatore, d'altronde, sarebbe inferiore al ricavo ch'egli potrebbe ottenere speculando sulle differenze medie di prezzo tra i vari mercati, salvo durante alcune settimane l'anno, e quindi il maturatore non avrebbe alcun interesse a vendere orizzontalmente banane verdi;

148. L'unico caso in cui le apparenze potrebbero far pensare che la clausola sia stata applicata sarebbe quello della Olesen;

149. Si tratterebbe di un caso eccezionale, collegato ad una disputa tra la UBC e la ditta danese, e situato in un contesto diverso da quello dell'applicazione del divieto di vendere banane verdi;

150. In ogni caso, l'ingiunzione di sopprimere detta clausola pare « irragionevole e ingiustificata » alla ricorrente: non possedendo alcun impianto di maturazione – salvo quelli della Spiers, in Belgio, che rappresentano il 3,3 % della capacità di maturazione esistente sul « mercato in questione » – questa non riuscirebbe più a garantire la qualità delle sue banane al consumatore, il che porterebbe al crollo di tutta la sua politica commerciale.

151. L'esame da parte della Corte deve limitarsi al testo della clausola che vieta la rivendita delle banane allo stato verde, notificato alla Commissione il 15 novembre 1968, non essendo necessario tener conto della nuova versione del 31 gennaio 1976, posteriore alla decisione della Commissione.

152. La clausola applicata nel Belgio, in Danimarca e nei Paesi Bassi, nei casi in cui era formulata per iscritto, vietava di rivendere le banane allo stato verde, marchiate o meno, ed anche tra maturatori chiquita;

153. Avendo ritenuto necessario precisare, nella circolare 31 gennaio 1976 inviata a tutti maturatori-distributori, compresi quelli aventi sede in Germania, che la clausola non era stata stipulata per iscritto per la Germania, la UBC riconosce implicitamente che detta clausola vigeva anche per il mercato tedesco, giacché era stata evidentemente sottintesa o resa nota verbalmente;

154. Secondo il tenore delle condizioni generali di vendita del 1967, la UBC « chiedeva tassativamente ai suoi clienti di fare in modo che le banane in loro possesso non fossero rivendute a commercianti stranieri; la stessa richiesta era stata rivolta ai clienti stranieri per quel che riguardava i Paesi Bassi, la UBC non avrebbe esitato ad adottare i provvedimenti necessari se la richiesta di cui sopra non fosse stata esaudita in un modo o nell'altro »;

155. Questa formulazione implica che la UBC, lungi dal respingere l'idea di infliggere sanzioni ai maturatori-distributori ufficiali che non si fossero conformati alle sue direttive, lasciava pendere la minaccia della sanzione come mezzo coercitivo;

156. La Olesen ne ha d'altronde subito appieno le conseguenze, allorché ha voluto – dopo il rifiuto opposto dalla UBC – acquistare banane « chiquita » dalla Scipiodistributori ufficiali danesi;

157. Obbligare un maturatore a non rivendere le banane finché non siano mature e ridurre così le sue attività ai contatti con i soli dettaglianti costituisce una restrizione della concorrenza;

158. Pur essendo lodevole e legittimo praticare una politica della qualità, fra l'altro selezionando i rivenditori secondo criteri obiettivi attinenti alla qualificazione del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti, tale prassi è giustificata solo se non crei ostacoli le cui conseguenze vadano oltre il risultato da raggiungere;

159. Nella fattispecie, benché queste condizioni di selezione siano state stabilite in modo obiettivo e non discriminatorio, il divieto di rivendita imposto ai maturatori ufficiali « Chiquita » e quello di rivendere banane senza marchio costituivano innegabilmente – pur se la deperibilità del prodotto limitava, in pratica, a un breve periodo le possibilità di rivendita – uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, in quanto limitavano gli sbocchi a danno dei consumatori e pregiudicavano il commercio tra Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali;

160. L'organizzazione del mercato instaurata dalla UBC confinava quindi i maturatori nel ruolo di semplici fornitori del mercato locale e impediva loro di migliorare il proprio potere di contrattazione nei confronti della UBC, che per di più accentuava la sua egemonia economica su di loro rifornendoli in misura inferiore ai quantitativi da essi ordinati;

161. Dal complesso delle precedenti considerazioni risulta che la clausola controversa, relativa al divieto di rivendita delle banane allo stato verde, costituiva violazione dell'art. 86 del trattato [ora art. 102 TFUE];

162. Sotto questo profilo, la decisione impugnata è quindi giustificata».

sulla diversa pratica dei prezzi per i distributori-maturatori dei vari Stati membri, per prodotti e mercati identici,

« 232. Questi prezzi discriminatori a seconda degli Stati membri costituivano altrettanti ostacoli alla libera circolazione delle merci, ostacoli il cui effetto era accentuato dalla clausola che vietava la rivendita delle banane allo stato verde e dal fatto che le forniture erano ridotte rispetto ai quantitativi ordinati;

233. Si creava così un rigido isolamento dei mercati nazionali a livelli di prezzo artificialmente differenziati, che implicavano uno svantaggio per alcuni distributori-maturatori, essendo la concorrenza in questo modo falsata rispetto a quello che sarebbe stato il suo andamento naturale;

234. Di conseguenza, la politica dei prezzi diversi, che consentiva alla UBC di applicare nei confronti delle controparti commerciali condizioni diverse per prestazioni equivalenti, causando loro uno svantaggio nella concorrenza, costituiva uno sfruttamento abusivo di posizione dominante».

13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione, causa 85/76, Racc. 461.

La società svizzera Hoffman-La Roche & Co. AG (in prosieguo: la « Roche »), maggior produttore mondiale di vitamine non confezionate, aveva concluso, in particolare tra il 1970 e il 1974, contratti con ventidue imprese che svolgevano nel mercato comune attività di produzione e/o vendita di tali vitamine da utilizzarsi nel settore dell'industria farmaceutica, in quello della alimentazione umana o come additivi per l'alimentazione animale. Nel giugno 1976 la Commissione constatava che la Roche, stipulando i suddetti contratti, che obbligavano o comunque stimolavano gli acquirenti, tramite concessione di premi di fedeltà, a riservarle l'esclusiva o la preferenza nella fornitura di vitamine per la totalità o la parte essenziale del loro fabbisogno, aveva sfruttato in modo abusivo la posizione dominante di cui godeva nel mercato comune, commettendo pertanto un'infrazione dell'art. 86 Trattato CEE (ora art. 102 TFUE). Contro la decisione della

Commissione, che oltre ad attestare la violazione in parola, ingiungendo alla Roche di porvi immediatamente fine, le infliggeva un'ammenda, la società proponeva ricorso per annullamento, tra l'altro sostenendo che in essa veniva accolta un'interpretazione inesatta (e, quindi, effettuata un'applicazione erronea) delle nozioni di « posizione dominante » e di suo « sfruttamento abusivo » di cui al citato art. 86 (ora art. 102 TFUE), tale da far concludere, a torto, che il proprio comportamento fosse tale da pregiudicare il commercio intracomunitario in modo rilevante. Con riguardo, innanzitutto, all'esistenza di una posizione dominante della Roche, la Corte di giustizia ha osservato:

«21. Per stabilire se la Roche detenga la posizione dominante che le viene attribuita, si devono delimitare i mercati in questione, sia sotto l'aspetto geografico sia sotto il profilo del prodotto.

22. Il mercato geografico preso in considerazione, come risulta dai nn. 3 e 6 della decisione impugnata, comprende l'intero mercato comune, cioè il mercato dei 6 Stati membri fino al 31 dicembre 1972 e dei 9 Stati membri in seguito;

23. I prodotti contemplati dalla decisione impugnata sono vitamine non confezionate appartenenti a tredici gruppi, otto dei quali sono prodotti e venduti dalla Roche (A, B1, B2, B3 (acido pantotenico), B6, C, E ed H (biotina)) e cinque sono acquistati presso i produttori e rivenduti dalla Roche (B12, D, PP, K, M);

la Commissione ha ravvisato l'esistenza di una posizione dominante per sette degli otto gruppi prodotti dalla Roche, cioè A, B2, B3, B6, C, E ed H; le parti concordano nel ritenere, in primo luogo, che ciascuno di detti gruppi ha funzioni metabolizzanti specifiche e, per questo motivo, non è intercambiabile con gli altri e, in secondo luogo, che per i tre impieghi comuni a questi gruppi, cioè alimentazione umana, alimentazione animale ed uso farmaceutico, le vitamine in questione non sono soggette alla concorrenza di altri prodotti;

24. Tenuto conto di questi elementi, la Commissione ha dichiarato (decisione impugnata, n. 20) che ciascun gruppo di vitamine costituisce un mercato distinto e la Roche, dopo aver in un primo tempo prospettato l'idea che più gruppi potrebbero costituire insieme un mercato, ha ammesso questo punto di vista salvo che, a suo parere, i gruppi di vitamine C ed E rientrano, ciascuno per quel che lo riguarda, insieme con altri prodotti, in un mercato più ampio;

si deve perciò accertare se la Commissione abbia correttamente delimitato i mercati ai quali appartengono le vitamine dei gruppi C ed E.

25. È pacifico che, oltre che per gli impieghi nell'industria farmaceutica e nell'alimentazione umana o animale – definiti impieghi bio-nutritivi – le vitamine C ed E vengono pure vendute, tra l'altro, come antiossidanti, agenti di fermentazione ed additivi – impieghi cosiddetti « tecnologici » – e che dette vitamine, quando vengono richieste per impieghi tecnologici, devono affrontare la concorrenza di altri prodotti idonei agli stessi usi;

26. secondo la Roche, se ne deve concludere che le vitamine dei gruppi C ed E rientrano in mercati più ampi, che comprendono questi altri prodotti e che la Commissione, omettendo di farvi rientrare questi ultimi, ha dato una valutazione eccessiva alla quota della Roche su detti mercati;

27. secondo la Commissione, invece, i prodotti che possono sostituirsi alle vitamine C ed E negli impieghi tecnologici non possono venir inclusi negli stessi mercati di dette vitamine giacché il grado di intercambiabilità di detti prodotti e delle vitamine in questione, proprio a motivo della possibilità di doppia destinazione di queste ultime, è insufficiente. [...]

28. Quando un prodotto può venir impiegato a fini diversi e quando questi impieghi diversi rispondono ad esigenze economiche, anch'esse diverse, si deve riconoscere che questo prodotto può appartenere, a seconda dei casi, a mercati distinti, che presentano eventualmente, sotto l'aspetto sia della loro struttura sia delle condizioni di concorrenza, caratteristiche diverse; questa osservazione non giustifica tuttavia la conclusione che tale prodotto costituisca un solo ed unico mercato insieme con tutti gli altri che, nei vari impieghi cui esso si presta, possono venirgli sostituiti e con i quali si pone, a seconda dei casi, in concorrenza;

la nozione di mercato di cui trattasi (relevant market) implica, in realta', che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilita' per lo stesso uso fra tutti i prodotti che fanno parte dello stesso mercato; siffatta intercambiabilita' non esisteva, almeno all'epoca di cui trattasi, tra il complesso delle vitamine di ciascuno dei gruppi C ed E ed il complesso dei prodotti che, a seconda dei casi, possono venir sostituiti all'uno o all'altro di detti gruppi di vitamine negli impieghi tecnologici, pure essi molto diversificati. [...]

Risulta da queste considerazioni che la Commissione, nella decisione impugnata, ha correttamente delimitato i mercati di cui trattasi. [...]

31. Benche' ogni gruppo di vitamine costituisca un mercato distinto, questi diversi mercati hanno tuttavia, sia per quel che riguarda le strutture della produzione sia quelle della vendita, aspetti comuni che e' opportuno sottolineare;

32. in primo luogo, le parti concordano sul punto che, tra il 1950 e il 1974, i mercati di tutti i gruppi di vitamine sono stati in forte espansione, pur se in proporzioni diverse, giacche' la produzione non ha cessato d'aumentare;

33. per quel che riguarda, in particolare, la *produzione*, le parti concordano inoltre sul punto che, benche' la sintesi della vitamina, specie dopo la scadenza dei brevetti che per una parte rilevante erano nelle mani della Roche, non sollevi problemi tecnici particolarmente complicati, la produzione richiede comunque notevoli investimenti e necessita di impianti altamente specializzati, in ampia misura specifici ad ogni gruppo di vitamine, con la conseguenza che la capacita' degli impianti, nel periodo indicato sopra, veniva determinata in previsione del probabile aumento del fabbisogno nel successivo decennio;

questa struttura dei mercati, nonostante la forte espansione di cui si e' detto sopra, ha provocato, per la maggior parte dei gruppi di vitamine, un eccesso di capacita' su scala mondiale dell'apparato produttivo; [...]

34. Questa capacita' di produzione, nel periodo preso in considerazione dalla Commissione, era concentrata, per quel che riguarda i produttori operanti sul mercato comune, nelle mani di un numero limitato di ditte (nove in tutto [...]) mentre il numero dei produttori era ancora piu' ridotto per ogni gruppo specifico, cioe' 4 per le vitamine A, 3 per le vitamine B2, 3 per le vitamine B3, 4 per le vitamine B6, 5 per le vitamine C, 4 per le vitamine E e 2 per le vitamine H; taluni fra detti produttori erano inoltre acquirenti e rivenditori di vitamine che essi non producevano, mentre quantitativi non precisati di vitamine erano immessi sul mercato da grandi imprese commerciali che si rifornivano presso fonti diverse dai nove produttori menzionati nella decisione;

35. quanto alla *domanda* di vitamine non confezionate, la situazione nel mercato comune e' caratterizzata dalla presenza di acquirenti piuttosto numerosi — per la Roche circa 5 000 —; tuttavia una parte rilevante di detta domanda che, per quel che riguarda la Roche, puo' venir stimata in circa il 25% delle sue vendite nel mercato comune, era concentrata, all'epoca in questione, nelle mani di 22 ditte di primo piano, 7 delle quali facevano parte del settore farmaceutico, 5 di quello alimentare e 10 di quello foraggero;

tutti questi clienti, indipendentemente dal settore d'attivita' di cui facevano parte, acquistavano gran parte, se non tutte le vitamine in questione; [...]

36. La Commissione sostiene che la Roche occupa una posizione dominante sui sette mercati in questione (A, B2, B3, B6, C, E, H) e fonda il suo punto di vista, in primo luogo, sulle quote di mercato detenute dalla ricorrente rispetto a quelle dei suoi concorrenti, e, in secondo luogo, sull'esistenza di una serie di fattori che, nell'ipotesi in cui la quota di mercato non fosse, di per se', determinante, garantirebbero comunque alla Roche un netto predominio sui mercati di cui trattasi; essa ne trae la conclusione (decisione n. 21) «che, sui mercati in questione, Roche dispone di una totale indipendenza di comportamento che le permette di ostacolare una concorrenza effettiva all'interno del mercato comune e di assumere quindi una posizione dominante su questi mercati».

37. La Roche contesta la stima delle sue quote di mercato nonche' l'esattezza o la pertinenza degli altri indizi di cui si e' tenuto conto nella decisione impugnata; essa critica pure la Commissione per aver omesso di esaminare e di tener conto del suo comportamento sui mercati di cui trattasi ed in particolare delle riduzioni continue e notevoli dei prezzi delle vitamine, riduzioni che proverebbero l'esistenza di una concorrenza effettiva alla cui pressione la Roche avrebbe dovuto cedere.

1. L'art. 86 [ora art. 102 TFUE] e' un'espressione dello scopo generale assegnato dall'art. 3 f) del Trattato [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE] all'azione della Comunita', cioe' l'instaurazione di un regime che garantisca che la concorrenza non venga falsata nel mercato comune;

38. l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] vieta alle singole imprese, nei limiti in cui il commercio tra gli Stati membri potrebbe venirne pregiudicato, di sfruttare in modo abusivo una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune;

la posizione dominante contemplata in detto articolo corrisponde ad una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene e' in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilita' di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori;

39. siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgera' detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio;

la posizione dominante va pure distinta dai parallelismi di comportamento tipici delle situazioni di oligopolio, in quanto in un oligopolio i comportamenti s'influenzano reciprocamente, mentre in caso di posizione dominante il comportamento dell'impresa che si trova in tale posizione e', in gran parte, determinato unilateralmente;

l'esistenza di una posizione dominante puo' risultare da diversi fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti; tuttavia, nell'ambito di detti fattori la detenzione di cospicue quote di mercato e' molto significativa.

40. La detenzione di una quota di mercato notevole, come elemento probante dell'esistenza di una posizione dominante, non e' un dato assoluto, e la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi, specie per quel che riguarda la produzione, l'offerta e la domanda; pur se ogni gruppo di vitamine costituisce un mercato distinto, questi diversi mercati hanno tuttavia, come e' risultato dall'esame della loro struttura, numerosi aspetti comuni, cosicche', per quel che riguarda il significato delle quote di mercato, si possono seguire gli stessi criteri per stabilire se sussista o no una posizione dominante.

41. Inoltre, benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si puo' ritenere che quote molto alte costituiscano di per se', e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante;

in effetti, la detenzione di una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene durante periodi di una certa entita', dato il volume di produzione e d'offerta che in essa viene compreso, — mentre i detentori di quote notevolmente inferiori non sono in grado di soddisfare rapidamente la domanda che vorrebbe orientarsi verso imprese diverse da quella che detiene la quota maggiore — in una posizione di forza che la rende controparte obbligatoria e che, gia' per questo fatto, le garantisce, quanto meno per periodi relativamente lunghi, l'indipendenza di comportamento che caratterizza la posizione dominante.

42. La decisione impugnata ha accertato, oltre alle quote di mercato, l'esistenza di vari altri elementi che, venendo a sommarsi alle quote stesse, garantirebbero in determinati casi alla Roche una posizione dominante;

detti indizi, che la Commissione definisce criteri supplementari, sono i seguenti:

105. non solo le quote di mercato della Roche sono rilevanti, ma vi è per di più una differenza notevole tra le sue quote e quelle dei maggiori concorrenti (dec. nn. 5 e 21);

106. la Roche produce una gamma di vitamine molto più vasta di quella dei suoi concorrenti (dec. n. 21);

107. la Roche è il maggior produttore mondiale di vitamine, il cui fatturato supera quello di tutti gli altri produttori sommati, ed è alla testa di un gruppo multinazionale che, per il suo fatturato, è il primo gruppo farmaceutico mondiale (dec. nn. 5-6 e 21);

108. pur se i brevetti per la fabbricazione di vitamine, di cui era titolare, sono scaduti, la Roche, grazie alla funzione di avanguardia assunta in questo settore, possiede sui suoi concorrenti vantaggi tecnologici che si concretano nella disponibilità di un servizio molto perfezionato di assistenza e di informazione per la clientela (dec. nn. 7 e 8);

109. la Roche dispone di una rete distributiva molto estesa e specializzata (dec. n. 8);

110. l'assenza di concorrenza potenziale (dec. n. 21);

inoltre, nel corso del procedimento giurisdizionale, la Commissione ha rilevato, come indizio della posizione dominante della Roche, la capacità di questa di mantenere praticamente intatte, nonostante una viva concorrenza, le sue quote di mercato.

43. Prima di accertare se gli indizi di cui la Commissione ha tenuto conto sussistano realmente nel caso della Roche, si deve stabilire, dato che la ricorrente ne contesta la pertinenza, se detti elementi, tenuto conto delle caratteristiche dei mercati di cui trattasi e delle quote detenute, siano atti a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante.

44. A questo proposito, è opportuno respingere il criterio che si fonda sulla conservazione delle quote di mercato, giacché detta conservazione può essere la conseguenza tanto di un'efficace politica concorrenziale quanto di una posizione che garantisca all'impresa la possibilità di comportarsi in modo indipendente dalla concorrenza e la Commissione, pur ammettendo l'esistenza di una concorrenza, non ha indicato i fattori cui può attribuirsi la stabilità delle quote di mercato nei settori in cui è stata rilevata;

tuttavia, qualora vi sia posizione dominante, la conservazione di quote di mercato può rivelare la conservazione di detta posizione e – d'altro canto – i metodi cui si fa ricorso onde conservare la posizione dominante possono eventualmente costituire sfruttamento abusivo ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE].

45. Parimenti va disatteso il valore indicativo del fatto che la Roche produca una gamma di vitamine più vasta di quella dei concorrenti;

la Commissione ravvisa in questo fatto un indizio di posizione dominante in quanto « poiché il fabbisogno di numerosi utilizzatori comprende diversi gruppi di vitamine, Roche può praticare una politica di vendita, specie in materia di prezzi, molto meno dipendente dalle condizioni di concorrenza su singoli mercati rispetto agli altri produttori ».

46. Tuttavia la Commissione stessa ha dimostrato che ogni gruppo di vitamine costituisce un mercato specifico e non è – o lo è in modo limitato – intercambiabile con altri gruppi o altri prodotti (dec. n. 20), cosicché le vitamine appartenenti a gruppi diversi costituiscono prodotti tra loro diversi, alla stessa stregua delle vitamine rispetto ad altri prodotti del settore farmaceutico e dell'alimentazione;

d'altronde non è contestato che alcuni concorrenti della Roche, specie quelli appartenenti all'industria chimica, pongono in vendita, oltre alle vitamine che essi fabbricano, altri prodotti che, anch'essi, sono richiesti dagli acquirenti di vitamine, cosicché il fatto che la Roche sia in grado di offrire più gruppi di vitamine non le garantisce, solo per questo, un vantaggio rispetto alle sue concorrenti che possono, accanto ad una gamma di vitamine più ridotta o ristretta, offrire altri prodotti del pari richiesti dagli acquirenti di dette vitamine.

47. Considerazioni analoghe portano anche a disattendere l'indizio tratto dal fatto che la Roche è il maggior produttore mondiale di vitamine, che il suo fatturato è superiore a quello del

complesso di tutti gli altri produttori e che essa è alla testa del più importante gruppo farmaceutico mondiale;

secondo la Commissione, questi tre elementi costituiscono un fattore di posizione dominante in quanto «ne consegue che la ricorrente occupa una posizione preponderante non solo sul mercato comune, ma anche sul mercato mondiale; essa fruisce, quindi, di una grandissima libertà d'azione, giacché la sua posizione le consente di adattarsi facilmente all'andamento dei vari mercati regionali. Un'impresa che opera sull'intero mercato mondiale e che possiede una quota di mercato tale da sopravanzare di gran lunga tutte le sue concorrenti non deve preoccuparsi eccessivamente delle concorrenti che può avere nel mercato comune»;

simile argomento, tratto dai vantaggi offerti dall'esistenza di economie di scala e dalla possibilità di una strategia diversa secondo i vari mercati regionali, non ha forza probante, se si ammette che ogni gruppo di vitamine costituisce un gruppo di prodotti distinti che richiedono impianti specifici e che costituiscono un mercato particolare, nel senso che il volume della produzione globale di prodotti distinti tra loro non dà alla Roche un vantaggio concorrenziale rispetto ai suoi concorrenti, specie quelli dell'industria chimica i quali, oltre alle vitamine, producono su scala mondiale altri prodotti e dispongono, in linea di principio, delle stesse possibilità di compensazione dei mercati offerte da una produzione globale considerevole di prodotti altrettanto differenziati di quanto lo sono tra loro i vari gruppi di vitamine.

48. Al contrario, costituiscono indizi validi il rapporto tra le quote di mercato detenute dall'impresa interessata e quelle detenute dai suoi concorrenti, specie quelli più importanti, il vantaggio tecnologico che un'impresa possiede rispetto ai suoi concorrenti, l'esistenza di una rete commerciale estremamente perfezionata, l'assenza di concorrenza potenziale; il primo fattore, in quanto consente di valutare la competitività dei concorrenti dell'impresa, il secondo e il terzo in quanto rappresentano, di per sé, vantaggi tecnici e commerciali, il quarto poiché è il risultato dell'esistenza di ostacoli per l'entrata sul mercato di nuovi concorrenti;

per quanto riguarda l'esistenza o l'inesistenza di una concorrenza potenziale, si deve tuttavia osservare che, se è esatto che, data l'entità degli investimenti necessari – e ciò vale per tutti i gruppi di vitamine in questione – la capacità degli stabilimenti si determina in base all'espansione prevista per un lungo periodo, cosicché l'accesso al mercato è difficoltoso per i nuovi produttori, si deve anche tener conto della circostanza che l'esistenza di rilevanti capacità produttive inutilizzate crea, tra i produttori già introdotti, una situazione di concorrenza potenziale;

tuttavia, sotto questo aspetto la Roche si trova in una posizione privilegiata in quanto, come essa stessa riconosce, la sua capacità produttiva bastava da sola, nel periodo cui si riferisce la decisione impugnata, a far fronte alla domanda mondiale, senza che, tuttavia, questa eccedenza di capacità l'abbia posta in una situazione economicamente o finanziariamente difficile.

49. È dunque alla luce delle considerazioni suesposte che si devono valutare le quote detenute dalla Roche in ciascuno dei mercati di cui trattasi, e – in via complementare – gli indizi che, combinati con le quote di mercato, consentano di accertare l'eventuale esistenza di una posizione dominante;

infine, sarà pure opportuno stabilire se gli argomenti che la Roche adduce quanto al significato del suo comportamento sul mercato, essenzialmente per quel che riguarda i prezzi, siano atti a modificare le conclusioni che potrebbero trarsi dall'esame delle quote di mercato e degli altri indizi presi in considerazione. [...]

Risulta dalle considerazioni che precedono che sussistevano i fattori di una posizione dominante per quanto riguarda i gruppi di vitamine A, B2, B6, C, E ed H, mentre non è stata dimostrata l'esistenza di detta posizione per quel che riguarda le vitamine B3. [...]

Si deve però stabilire se le conclusioni di cui sopra non siano smentite dal comportamento della ricorrente sui mercati di cui trattasi, comportamento che, a suo dire, dimostra non solo l'esistenza di una vivace concorrenza, ma pure la pressione che detta concorrenza ha esercitato su di essa; a questo proposito essa invoca in particolare il fatto che i prezzi dei vari gruppi di vitamine sono

costantemente scesi, nonché la diminuzione delle sue quote di mercato in alcuni Stati membri; [...]

La Corte ha già affermato, specie nella sua sentenza 14 febbraio 1978 (United Brands, causa 27/76, Racc. 1978, pag. 207), che l'esistenza della concorrenza, anche vivace, su un determinato mercato, non esclude l'esistenza di una posizione dominante sullo stesso mercato giacché siffatta posizione è caratterizzata essenzialmente dalla possibilità di agire senza dover tenere conto, nella propria politica di mercato, di detta concorrenza e senza, per questo, subire conseguenze pregiudizievoli.

Tuttavia, il fatto che un'impresa debba ridurre i suoi prezzi a causa di un'iniziativa analoga dei concorrenti è in genere incompatibile con l'indipendenza di comportamento caratteristica di una posizione dominante; in allegato all'atto introduttivo, la ricorrente ha prodotto una serie di grafici che contengono due indici diversi, uno relativo alle riduzioni di prezzo e l'altro relativo agli aumenti di produzione dei vari gruppi di vitamine della Roche sul mercato mondiale in un periodo che va, a seconda dei casi, dal

1940 al 1954, fino a tutto il 1974; [...]

78. [...] dal complesso delle considerazioni [...] si arguisce che le variazioni di prezzo adottate e realmente accertate non dimostrano l'esistenza di una pressione concorrenziale tale da compromettere il rilevante grado di indipendenza di cui godeva la Roche nella sua politica di mercato e non sono idonee ad inficiare gli accertamenti dell'esistenza di una posizione dominante scaturenti, per ciascun gruppo di vitamine, dalla concomitanza delle quote di mercato e degli altri indizi;

79. è dunque fondato l'accertamento dell'esistenza di siffatta posizione nella decisione impugnata, per quel che riguarda i mercati delle vitamine A, B2, B6, C, E ed H; erroneo è invece lo stesso accertamento per il mercato delle vitamine B3».

Con riguardo, quindi, allo sfruttamento abusivo di posizione dominante, la Corte ha osservato:

«80. Secondo la decisione impugnata, la ricorrente ha sfruttato abusivamente la sua posizione dominante stipulando, con 22 acquirenti importanti di vitamine, contratti di vendita – circa 30 (alcuni dei quali peraltro costituivano semplicemente una proroga, con o senza modifiche, di contratti precedenti) – con i quali detti acquirenti s'impegnavano a rifornirsi esclusivamente presso la Roche per la totalità o per una parte essenziale del loro fabbisogno di vitamine o di determinate vitamine espressamente indicate, o che li stimolavano con la promessa di sconti, che la Commissione definisce sconti di fedeltà, a seguire questa linea;

secondo la Commissione (decisione impugnata nn. 22-24), i contratti d'esclusiva o gli sconti di fedeltà litigiosi costituiscono sfruttamento abusivo ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], in primo luogo, in quanto falsano la concorrenza tra produttori, privando i clienti dell'impresa in posizione dominante di qualsiasi possibilità di scelta per quel che riguarda le loro fonti di approvvigionamento e, in secondo luogo, in quanto hanno l'effetto di applicare, nei confronti delle controparti contrattuali, condizioni diverse per prestazioni equivalenti, penalizzandole quindi sotto il profilo concorrenziale, in quanto la Roche pratica a due acquirenti due prezzi diversi per l'identica quantità dello stesso prodotto a seconda che essi accondiscendano o no a rinunciare a rifornirsi presso i concorrenti.

I contratti di cui trattasi riguardano vendite di vitamine di uno o più gruppi per i quali è stata accertata l'esistenza di una posizione dominante, ad acquirenti che, nel mercato comune, hanno aziende cui dette vitamine sono destinate, in tutto o in parte; [...]

Detti contratti, pur se redatti in date diverse e in termini non sempre identici, per quel che riguarda la portata dell'impegno d'approvvigionamento accettato dall'acquirente, possono dividersi in tre categorie;

Un certo numero di contratti implicava per l'acquirente l'impegno formale a rifornirsi esclusivamente presso la Roche [...];

alcuni contratti implicavano per l'acquirente l'impegno di «give preference to Roche » [...], o di dichiarare la sua intenzione di approvvigionarsi esclusivamente presso Roche [...] o di raccomandare alle sue affiliate di seguire la stessa linea [...], per il complesso del fabbisogno di vitamine, o per alcune vitamine determinate [...], oppure ancora per una determinata percentuale del fabbisogno totale [...];

infine, i contratti stipulati rispettivamente con la Merck e l'Unilever possedevano caratteristiche che rendono opportuno l'esame separato degli impegni che essi implicavano.

La maggior parte dei contratti erano stipulati per una durata indeterminata, o per convenzione espressa o mediante la clausola della proroga tacita, quindi e' chiaro che con essi si intendevano stabilire relazioni pluriennali;

la grande maggioranza dei contratti e' stata stipulata con decorrenza dal 1970, ed era in vigore per una parte o per tutto il periodo 1970-74.

Tutti i contratti di cui sopra, salvo quelli conclusi con l'Unilever, contemplavano la concessione, con nomi diversi, di riduzioni o sconti calcolati sul totale degli acquisti di vitamine — indipendentemente dal gruppo in cui rientravano — durante un periodo determinato, per lo piu' annuale o semestrale;

[altri]i contratti [...] avevano la caratteristica che la percentuale degli sconti contemplati non era fissa, ma aumentava — in generale dall'1 % al 3% — a seconda degli acquisti annui;

i contratti [...] contenevano una clausola, cosiddetta « inglese », in base alla quale i clienti potevano far valere — nei modi che vedremo — di fronte alla Roche offerte piu' vantaggiose ricevute dalla concorrenza, il che faceva si' che, se la Roche non allineava i suoi prezzi, il cliente era svincolato, in quella determinata trattativa, dall'obbligo di approvvigionamento esclusivo oppure, se questo impegno formale non era stipulato, poteva acquistare dal concorrente in questione senza per questo perdere, ne' nell'uno ne' nell'altro caso, il vantaggio dello sconto di cui si e' detto, ne' per gli acquisti passati ne' per quelli futuri;

e' sotto il profilo di queste caratteristiche che si deve stabilire se i contratti litigiosi costituiscono sfruttamento abusivo di posizione dominante da parte della Roche. [...]

Per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare — sia pure a loro richiesta — gli acquirenti con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], tanto se l'obbligo in questione e' imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti;

lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, o in forza di accordi stipulati con gli acquirenti, o unilateralmente, un sistema di sconti di fedelta', cioè riduzioni subordinate alla condizione che il cliente — indipendentemente dal volume degli acquisti, rilevante o trascurabile — si rifornisca esclusivamente per la totalita' o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante;

in effetti, gli impegni d'approvvigionamento esclusivo di questo tipo, con o senza contropartita di sconti o concessioni di premi di fedelta' onde stimolare l'acquirente ad acquistare unicamente presso l'impresa in posizione dominante, sono incompatibili con lo scopo che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, in quanto non si fondano — salvo circostanze eccezionali, che rendano eventualmente ammissibile un accordo tra imprese nell'ambito dell'art. 85 ed in particolare del n. 3 di questo [ora art. 101, n. 3 TFUE] — su una prestazione economica che giustifichi questo onere o questo vantaggio, bensì mirano a togliere all'acquirente, o a ridurre nei suoi riguardi, la possibilita' di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento ed a precludere l'accesso al mercato agli altri produttori;

contrariamente agli sconti quantitativi, che dipendono solo dal volume degli acquisti, il premio di fedelta' mira ad impedire, mediante la concessione di un vantaggio finanziario, che i clienti si riforniscano presso produttori concorrenti;

i premi di fedelta', inoltre, fanno si' che vengano applicate alle controparti contrattuali condizioni

diverse per prestazioni equivalenti, in quanto due acquirenti delle stesse quantità del medesimo prodotto pagano prezzi diversi a seconda che si riforniscano esclusivamente presso l'impresa in posizione dominante o che diversifichino le loro fonti di approvvigionamento;

infine, simile condotta, tenuta da un'impresa in posizione dominante, e specie in un mercato in espansione, mira a rafforzare detta posizione mediante una concorrenza non fondata sulle prestazioni e – dunque – falsata.

Non è possibile condividere l'interpretazione suggerita dalla ricorrente onde sottrarsi alla censura di sfruttamento abusivo di posizione dominante, secondo cui lo sfruttamento abusivo implica che l'impiego della potenza economica conferita dalla posizione dominante sia il mezzo con cui si esercita l'abuso;

la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come 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. [...]

92. La ricorrente sostiene tuttavia che gli sconti pattuiti non sono sconti di fedeltà, ma di quantità o che essi corrispondono ad una prestazione economica del cliente che giustifica una contropartita di questo genere.

93. Nell'esaminare questo mezzo si deve distinguere tra contratti che contemplano sconti ad aliquota fissa e contratti che contemplano sconti ad aliquota progressiva. [...]

94. In primo luogo, non si può accogliere la tesi della ricorrente per i contratti che contemplano sconti ad aliquota fissa;

95. infatti – senza dimenticare che, in caso di esclusiva formalmente accettata, la concessione dello sconto è in definitiva irrilevante – nessuno dei contratti in questione contiene impegni relativi a quantitativi definiti, fosse pure a titolo di previsione, né impegni connessi al volume degli acquisti, bensì tutti fanno menzione del «fabbisogno» o di una parte di esso;

d'altro canto, nella maggior parte dei casi, le parti stesse hanno qualificato la clausola come premio di fedeltà [...] o hanno usato formule che sottolineano fortemente il nesso tra esclusiva e sconto; [...]

[...] indubbiamente in quattro contratti [...] lo sconto sul complesso degli acquisti è concesso, come specificato dagli stessi contratti, per il fatto che i clienti garantiscono alla Roche il pagamento delle fatture relative agli ordini passati direttamente dalle affiliate dei clienti stessi;

è tuttavia difficile ammettere che degli sconti, calcolati sotto ogni aspetto sulle stesse basi di quelli che in altri contratti si definiscono premi di fedeltà, possano essere la contropartita dell'impegno di società di dimensioni mondiali [...] di fornire alla Roche garanzie sulla solvibilità delle loro affiliate;

non è nemmeno possibile accogliere l'argomento della Roche secondo cui si tratta, quanto meno per alcune vitamine come la biotina (vitamina H), di sconti di lancio, giacché i contratti ne fanno, né consentono di fare, alcuna distinzione, in base alla loro funzione, tra i vari sconti, calcolati in modo globale ed uniforme, per ciascun cliente, per il suo fabbisogno totale o per una parte notevole dello stesso. [...]

97. [Quanto ai contratti con sconto ad aliquota progressiva] un certo numero di contratti litigiosi [...] implicano, in primo luogo, un impegno riguardante « la maggior parte » del fabbisogno dell'acquirente e, in secondo luogo, una clausola che stabilisce uno sconto a percentuale crescente – di regola dall'1 al 2 % e poi al 3 % – a seconda che il cliente, nel corso dell'anno, si rifornisca in proporzione maggiore o minore rispetto alle previsioni, mentre i contratti contengono in ogni caso una stima in valore [...] del fabbisogno totale ed inoltre, in due casi [...] una stima in quantità per ognuno dei tipi di vitamine contemplati dal contratto; [...].

98. È vero che i contratti in questione contengono elementi che, a prima vista, appaiono di

natura quantitativa per quel che riguarda il loro nesso con la concessione di uno sconto totale; cionondimeno il loro esame rivela che, in realta` , essi costituiscono una forma particolarmente elaborata di premio di fedelta` ;

99. anzitutto sorprende il fatto che questa forma particolare di sconto sia inserita proprio nei contratti in cui l'impegno di fornitura e` stato formulato nel modo meno vincolante, cioe` verta su « la maggior parte del fabbisogno », lasciando al cliente un notevole margine di liberta` ;

l'indeterminatezza dell'impegno cosi` formulato e` largamente compensata dalla stima del fabbisogno annuo e dal fatto che lo sconto aumenta in funzione della percentuale di copertura di detto fabbisogno, poiche` questa aliquota progressiva costituisce chiaramente uno stimolo notevole a rifornirsi quanto piu` possibile presso la Roche;

100. questo metodo di calcolo dello sconto differisce dalla concessione degli sconti di quantita` , connessi esclusivamente al volume degli acquisti effettuati presso il produttore, in quanto gli sconti litigiosi non dipendono da quantitativi fissati obiettivamente e validi per tutti gli eventuali acquirenti, bensì dipendono da stime fatte, di volta in volta, per ciascun cliente in funzione della sua presunta capacita` di assorbimento, con lo scopo quindi non gia` di fornire la quantita` massima, ma di coprire il massimo del suo fabbisogno;

101. altrettanto giustificata e` percio la tesi della Commissione secondo cui detti contratti, implicanti premi di fedelta` , costituivano sfruttamento abusivo di posizione dominante. [...]

102. Tutti i contratti in questione, salvo cinque [...] contengono una clausola, la cosiddetta clausola inglese, in base alla quale il cliente, se riceve dalla concorrenza offerte a prezzi piu` vantaggiosi di quelli ottenibili in base ai contratti di cui sopra, puo` chiedere alla Roche di allinearsi su dette offerte; qualora la Roche non acconsenta, il cliente ha facolta` , in deroga al suo impegno di approvvigionamento esclusivo, di acquistare da detto fornitore senza tuttavia perdere il diritto al premio di fedelta` pattuito nei contratti per la merce gia` acquistata o da acquistarsi presso la Roche.

103. Secondo la ricorrente, questa clausola elimina l'effetto restrittivo della concorrenza, esercitato dagli accordi di esclusiva e dai premi di fedelta` ; in particolare, per i contratti che non implicano l'obbligo espresso di approvvigionamento esclusivo, la clausola inglese eliminerebbe « l'effetto d'attrazione » dei premi di cui trattasi, poiche` il cliente non verrebbe a trovarsi nell'alternativa di accettare le offerte della Roche, che per lui sono piu` onerose, o perdere il diritto al premio di fedelta` per tutti gli acquisti gia` effettuati presso la stessa Roche.

104. E` innegabile che questa clausola costituisce un rimedio per alcune delle conseguenze inique che potrebbero avere per gli acquirenti gli impegni di approvvigionamento esclusivo o la stipulazione di premi di fedelta` globali, convenuti per periodi piuttosto lunghi; si deve pero` osservare che la possibilita` per l'acquirente di trar partito dalla concorrenza e` meno grande di quanto non paia a prima vista;

105. in effetti la clausola [...] comporta modalita` che ne restringono la portata e, di fatto, lasciano alla Roche un ampio potere discrezionale per quel che riguarda la possibilita` per il cliente di avvalersene;

in alcuni contratti, si precisa che l'offerta deve provenire non solo da concorrenti seri, ma anche da ditte importanti dello stesso livello della Roche, o anche che le offerte devono essere paragonabili non solo per quel che riguarda la qualita` del prodotto, ma anche per quel che riguarda la continuita` dell'offerta, il che, escludendo le forniture piu` vantaggiose ma occasionali, rinforza l'esclusiva;

in altri contratti si specifica che l'offerta deve provenire da produttori, non gia` da brokers o agenti commerciali, il che ha l'effetto di eliminare concorrenti extraeuropei che operano sul mercato europeo mediante imprese commerciali, come e` emerso dall'esame delle quote di mercato che le parti hanno effettuato in contraddittorio, a richiesta della Corte;

in vari contratti, la clausola inglese e` direttamente connessa alla promessa della Roche di

garantire i migliori prezzi «sul mercato locale» ed essa ha valore solo entro questi limiti, il che non solo ne restringe la portata, ma provoca un isolamento dei mercati, incompatibile con il mercato comune.

106. Inoltre, la clausola inglese non elimina la discriminazione, risultante dai premi di fedeltà, tra acquirenti che si trovano in condizioni identiche, a seconda che si riservino o no la libertà di approvvigionamento.

107. Soprattutto si deve osservare che, nemmeno nelle circostanze più favorevoli la clausola inglese costituisce un efficace rimedio per la distorsione della concorrenza provocata dalle clausole di approvvigionamento esclusivo e dai premi di fedeltà in un mercato sul quale opera un'impresa in posizione dominante, mercato che, di conseguenza, ha già una struttura concorrenziale indebolita; in realtà, obbligando i clienti a comunicarle le offerte più vantaggiose fatte dalla concorrenza, corredandole dei particolari indicati sopra – sicché la Roche non ha difficoltà ad individuarne la provenienza – la clausola inglese, per la sua stessa natura, fornisce alla ricorrente elementi d'informazione sulla situazione del mercato, nonché sulle possibilità ed iniziative dei suoi concorrenti, elementi particolarmente preziosi per la determinazione della sua politica di mercato; il fatto che un'impresa in posizione dominante esiga od ottenga per contratto dai suoi clienti l'impegno a renderle note le offerte della concorrenza, mentre gli stessi clienti possono avere un evidente interesse commerciale a non comunicarle, è atto ad aggravare il carattere abusivo dello sfruttamento della posizione dominante;

infine, con il sistema della clausola inglese, spetta alla Roche stessa decidere se, allineando o no i propri prezzi, dare adito al gioco della concorrenza;

108. essa può così diversificare, grazie agli elementi d'informazione fornite dai clienti, la propria politica di mercato nei loro confronti e nei confronti dei suoi concorrenti;

da tutti questi elementi si desume che la Commissione ha interpretato ed applicato correttamente l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] del Trattato quando ha ritenuto che la clausola inglese inclusa nei contratti litigiosi non fosse atta a togliere loro il carattere di sfruttamento abusivo di posizione dominante».

Con riferimento, infine, al presunto pregiudizio per la concorrenza e per il commercio intracomunitario, determinato dal comportamento della Roche, la Corte ha osservato:

« 122. La ricorrente nega che la differenza tra i prezzi che, tramite i premi di fedeltà, essa pratica ai vari clienti, a seconda che essi accettino o no di rifornirsi esclusivamente presso di lei, sia atta a svantaggiarli sotto il profilo concorrenziale ai sensi dell'art. 86, lett. c), del Trattato [ora art. 102 TFUE], giacché detta differenza non potrebbe avere rilevanti ripercussioni sulla concorrenza che gli acquirenti della Roche si fanno reciprocamente;

inoltre, nella replica, pare che la ricorrente voglia sostenere che il comportamento di cui le si fa carico non è atto ad ostacolare il commercio tra Stati membri.

123. Per quel che riguarda il primo punto, sia il tenore dei contratti litigiosi, sia le considerazioni esposte nel management information [...], mettono chiaramente in evidenza l'importanza che la stessa Roche attribuiva agli sconti da lei praticati;

stando così le cose, non può ammettersi che questi sconti non avessero alcuna importanza per la clientela;

d'altronde, nella sfera d'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE], quando si tratta del comportamento di un'impresa in posizione dominante sul mercato nel quale, di conseguenza, la struttura concorrenziale è già indebolita, qualsiasi ulteriore restrizione di detta struttura concorrenziale può costituire sfruttamento abusivo di posizione dominante.

124. Per quel che riguarda il pregiudizio per il commercio tra Stati membri, è in primo luogo assodato che il mercato di ciascuna delle vitamine prese in considerazione comprende l'intero territorio della Comunità, costituita dapprima da 6 e poi da 9 Stati membri;

125. i divieti di cui agli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] vanno interpretati ed applicati alla luce dell'art. 3, lettera f) [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE] (l'azione della Comunità comporta « la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune ») e dell'art. 2 del Trattato [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3 TUE] (« la Comunità ha il compito di promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme del mercato comune »);

vietando, nella misura in cui possa essere pregiudizievole per il commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo d'una posizione dominante sul mercato, l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] vuole quindi colpire non solo le pratiche atte a danneggiare direttamente i consumatori, ma anche quelle che recano loro un danno indiretto, indebolendo la struttura di effettiva concorrenza, prevista dall'art. 3, lettera f) del Trattato [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE];

126. d'altro canto, un certo numero di clausole inglesi, per il loro stesso tenore, implicavano la conservazione dell'isolamento dei mercati, specie in quanto consentivano di praticare prezzi diversi da uno Stato membro all'altro, constatazione confermata dalla circostanza, già rilevata sopra, che le variazioni di prezzo per la stessa vitamina nello stesso periodo variavano notevolmente da uno Stato membro all'altro.

127. Da quanto precede risulta che il comportamento litigioso poteva nuocere tanto alla concorrenza quanto agli scambi tra Stati membri».

10 luglio 1990, Tetra Pak Rausing SA c. Commissione, causa T-51/89, Racc. II-309.

La Tetra Pak Rausing SA era una società svizzera che controllava le attività del gruppo Tetra Pak operante sia nella Comunità che nel resto del mondo. Il gruppo era uno dei maggiori produttori e venditori di imballaggi di cartone e di impianti per il riempimento e condizionamento di prodotti alimentari liquidi.

In particolare la Tetra Pak deteneva nel 1985 il 90% del mercato comunitario per il condizionamento aseptico del latte (procedimento UHT) e il 50% per il condizionamento del latte fresco.

La società Elopak, concorrente della Tetra Pak partecipava insieme ad un'altra società canadese, la Liquidpak, alla messa a punto di un nuovo impianto per il condizionamento del latte protetto da licenza esclusiva. La licenza esclusiva per il nuovo metodo di condizionamento era concesso ad una società del gruppo canadese e fruiva di una esenzione ai sensi dell'art. 85 n. 3 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

Nel 1986 la Tetra Pak acquisiva la Liquidpak, e di conseguenza la società ad essa appartenente che deteneva il brevetto.

Poco dopo l'acquisizione, la società concorrente, la Elopak, presentava una denuncia alla Commissione contestando una violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato da parte della Tetra Pak.

La Commissione emetteva una decisione nei suoi confronti per sfruttamento di posizione dominante, ma senza l'imposizione di ammende.

La Corte analizzava il collocamento sul mercato e lo sfruttamento di tale posizione da parte della ricorrente Tetra Pak.

La Corte ha osservato:

« 21. Il Tribunale rileva, in primo luogo, che la questione della compatibilità dell'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] con il beneficio di un'esenzione per categoria, sulla quale si incentra il presente ricorso e che si pone a causa della necessità di una coerenza logica nell'attuazione degli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE], non è stata, finora, risolta in modo esplicito dal giudice comunitario. Si deve, tuttavia, ricordare che i rapporti tra l'art. 85 e l'art. 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] sono stati in parte chiariti dalla Corte, la quale ha espressamente riconosciuto che l'applicabilità dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE] ad un'intesa non esclude l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. Essa ha affermato che, in un'ipotesi di questo tipo, la Commissione ha la facoltà di applicare l'una o l'altra delle due disposizioni all'atto considerato, dichiarando quanto segue: "Il fatto che

accordi (...) possano rientrare (pure) nella sfera dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE], e in particolare del suo n. 3, non implica comunque che debba venir disapplicato l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] (...) cosicché, in questi casi, la Commissione può, tenuto conto in particolare dell'indole degli impegni reciprocamente assunti e della posizione concorrenziale dei vari contraenti sul mercato o sui mercati in cui operano, instaurare un procedimento in base all'art. 85 o 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE]" (sentenza 13 febbraio 1979, Hoffman-La Roche, punto 116 della motivazione, causa 85/76, Racc. pag. 461). Nella sentenza Ahmed Saed la Corte ha confermato questo punto di vista dichiarando che, in talune ipotesi, "non può escludersi l'applicazione simultanea degli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE]" (sentenza 66/86, già citata, punto 37 della motivazione). Ma il problema sollevato in quest'ultima fattispecie a proposito dei rapporti tra l'art. 85 e l'art. 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] verteva sulla questione se l'applicazione di un accordo suscettibile in quanto tale di essere vietato dall'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], possa, in linea di principio, costituire un abuso di posizione dominante (punto 34), e non metteva pertanto in discussione i rapporti tra l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], e l'applicabilità dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE].

22. Ciò considerato, si deve sottolineare, in via preliminare, che la questione della compatibilità dell'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] con l'esenzione deve essere risolta facendo riferimento al sistema di protezione della concorrenza, quale deriva in particolare dagli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] nonché dai regolamenti intesi a dar loro attuazione. Gli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] sono complementari in quanto perseguono un obiettivo generale comune definito dall'art. 3, lett. f), del Trattato, a norma del quale l'azione della Comunità comporta la "creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune". Ma nel sistema del Trattato questi articoli costituiscono, nondimeno, due strumenti giuridici indipendenti, che contemplano situazioni distinte. È quanto la Corte ha messo in evidenza, in particolar modo nella sentenza Continental Can, affermando che "su piani diversi, gli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'effettiva concorrenza nel mercato comune". In tale sentenza la Corte aveva previamente ricordato che "l'art. 85 [ora art. 101 TFUE] riguarda gli accordi fra imprese, le decisioni di associazione di imprese e le pratiche concordate, mentre l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] riguarda l'azione unilaterale di una o più imprese" (sentenza già citata, punto 25 della motivazione, causa 6/72) (...).

25 Alla luce di quanto sopra il Tribunale ritiene che nel sistema di protezione della concorrenza messo in atto dal Trattato, la concessione di un'esenzione, sia individuale, sia per categoria, ai sensi dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], non può in alcun caso valere anche come esenzione dal divieto sancito dall'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. Questo principio risulta dalla formulazione dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], che consente solo di derogare, mediante una dichiarazione di inapplicabilità, al divieto di intese sancito dall'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], come pure dalla ratio dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE] e da quella dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE], i quali costituiscono – va ricordato – disposizioni autonome e complementari destinate, in linea di principio, a regolare situazioni distinte sotto regimi diversi. Infatti mentre da un lato l'applicazione dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE] avviene in due fasi, cioè la constatazione dell'esistenza di un'infrazione all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], e successivamente, se del caso, l'esenzione dal divieto così sancito qualora l'intesa risponda cionondimeno alle condizioni di cui al n. 3, dall'altro, l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] data la natura stessa del suo oggetto, cioè un abuso, esclude qualsiasi possibilità di deroga al divieto (v. sentenza Ahmed Saed, già citata, punto 32 della motivazione, causa 66/86). Il fatto di esigere, in ogni caso, che la Commissione adotti una decisione di revoca dell'esenzione prima di applicare l'art. 86 [ora art. 102 TFUE], equivarrebbe in pratica, dato il carattere non retroattivo della revoca dell'esenzione, a riconoscere che l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], costituisce al tempo stesso esenzione dal divieto di abuso di posizione dominante. Per le ragioni ora esposte, ciò è incompatibile con la natura stessa dell'infrazione punita dall'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. Per di più, in considerazione dei principi che regolano la gerarchia delle norme, la concessione di un'esenzione mediante un atto di diritto derivato non può, in mancanza di una disposizione del Trattato che

l'autorizzi, derogare ad una disposizione del Trattato, nel caso di specie, all'art. 86 [ora art. 102 TFUE].

26. Una volta accertato che, in linea di principio, la concessione di un'esenzione non osta all'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE], occorre, ancora, verificare se, in concreto, quanto constatato ai fini della concessione dell'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], non osti all'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE].

27. In questa ottica, si deve ricordare che l'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], consente di dichiarare il divieto sancito dal n. 1 inapplicabile ad intese o a categorie di intese che soddisfano le condizioni indicate in detto n. 3. Questa disposizione prevede, in particolare, che l'accordo non debba dare alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti considerati.

28. A questo riguardo, occorre osservare che la questione dell'esenzione si pone in termini che in pratica possono differire secondo che si tratti di un'esenzione individuale o per categoria. Infatti, la concessione di un'esenzione individuale presuppone che la Commissione abbia previamente constatato la conformità di un determinato accordo alle condizioni stabilite dall'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE]. L'adozione di una decisione di esenzione individuale permette di considerare come accertate talune caratteristiche dell'accordo considerato che, se del caso, potrebbero anche essere prese in considerazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. Di conseguenza, la Commissione deve, in occasione di una procedura di applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE], tener conto, se le circostanze di fatto e di diritto non sono mutate, di precedenti constatazioni effettuate quando ha concesso l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE].

29. Certamente, i regolamenti di esenzione per categoria, al pari delle decisioni di esenzione individuale, riguardano soltanto gli accordi che, in linea di principio, rispondono alle condizioni previste dall'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE]. Ma al contrario dell'esenzione individuale, l'esenzione per categoria non è soggetta, per definizione, alla verifica caso per caso dell'effettiva sussistenza delle condizioni di esenzione richieste dal Trattato. Per beneficiare di un'esenzione, è sufficiente che un'intesa risponda ai criteri definiti a questo fine dal regolamento di esenzione per categoria considerato. L'accordo di per sé non è soggetto ad alcuna valutazione positiva con riferimento alle condizioni enunciate all'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE]. Di conseguenza, ad un'esenzione per categoria non possono essere attribuiti, in linea generale, effetti simili a quelli di un'attestazione negativa per quanto riguarda l'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. Ne consegue che, quando degli accordi ai quali partecipano imprese in posizione dominante ricadono nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione per categorie, cioè, quando questo regolamento non prevede una soglia di esclusione, gli effetti dell'esenzione per categoria sull'applicabilità dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] devono essere apprezzati nel contesto della sola ratio dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE].

30. Infine, la possibilità di applicare l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] ad un accordo che fruisce di un'esenzione per categoria è confermata dall'analisi sistematica dei regolamenti di esenzione per categoria. Da tale esame risulta infatti, in primo luogo, che questi regolamenti non escludono assolutamente in linea di principio le imprese che occupano una posizione dominante dal beneficio dell'esenzione e non prendono pertanto in considerazione la posizione delle imprese che sono parti di un accordo sui mercati considerati. Tale è, in particolare, il caso del citato regolamento di esenzione n. 2349/84, in materia di contratti di licenza di brevetto, il quale è pertinente nella presente fattispecie. In secondo luogo, da questo esame risulta che la possibilità della contemporanea applicazione degli artt. 85, n. 3, e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] è espressamente confermata da taluni regolamenti di esenzione, le cui disposizioni prevedono che la concessione dell'esenzione per categoria non esclude l'applicabilità dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. È, in particolare, il caso dei tre regolamenti di esenzione per categoria adottati dalla Commissione il 26 luglio 1988 nel settore dei trasporti aerei, i quali nella loro motivazione indicano in modo esplicito che il beneficio dell'esenzione per categoria non esclude l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. Si tratta del regolamento (CEE) n. 2671/88, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato CEE a talune categorie di accordi tra imprese, decisioni di associazione fra imprese o pratiche concordate aventi per

oggetto, sui servizi aerei di linea, la programmazione in comune ed il coordinamento delle capacità, la spartizione degli introiti, le consultazioni tariffarie e l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti, del regolamento (CEE) n. 2672/88, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101 TFUE], del Trattato CEE a talune categorie di accordi tra imprese relative a sistemi telematici di prenotazione per i servizi di trasporto aereo e, infine, del regolamento (CEE) n. 2673/88, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE] a talune categorie di accordi fra imprese, decisioni di associazioni fra imprese e pratiche concordate aventi per oggetto i servizi di assistenza a terra (GU L 239, pagg. 9 e, rispettivamente, 13 e 17). Parimenti, l'art. 8, n. 1, del citato regolamento del Consiglio n. 4056/86 afferma espressamente che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nei termini stabiliti dall'art. 86 [ora art. 102 TFUE] è vietato, senza che a tal fine sia necessaria una previa decisione».

3 luglio 1991, AKZO Chemie BV c. Commissione, causa C-62/86, Racc. I-3359.

La società AKZO Chemie BV e le sue filiali costituivano il comparto « specialità chimiche » del gruppo olandese AKZO NV, che fabbricava prodotti chimici e fibre sintetiche. La AKZO UK, società facente capo al 100% alla AKZO Chemie, operava nel Regno Unito e produceva insieme a sostanze per l'industria della plastica anche sostanze che servivano per imbiancare la farina.

Nel settore degli agenti imbiancanti operava anche un'altra società la ECS. Gli acquirenti di additivi potevano essere suddivisi in tre categorie, nella prima rientravano tre grandi gruppi molitori di uguale grandezza che rappresentavano l'85% della domanda, la seconda era rappresentata dai mulini indipendenti facenti capo ai tre grandi gruppi, costituendo il 10 % della domanda, e la terza era formata da piccoli mulini.

La AKZO UK riforniva gran parte della domanda, anche se la concorrente deteneva i due terzi dei mulini indipendenti e parti delle altre categorie.

La società ECS denunciava il comportamento della AKZO UK alla Commissione poiché quest'ultima aveva praticato, a partire dal 1980, prezzi anormalmente bassi e aveva fatto proposte di forniture a condizioni particolarmente favorevoli se i clienti della denunciante avessero intrapreso con lei rapporti per i prodotti in questione. Inoltre la AKZO UK aveva palesemente minacciato la ECS di ritirarsi dal mercato. Secondo quest'ultima tutti questi comportamenti andavano contro le norme comunitarie sullo sfruttamento di posizione dominante.

La Corte ha osservato:

« 57. La AKZO contesta la valutazione della sua quota di mercato nonché la realtà o la pertinenza degli altri elementi accolti nella decisione. In particolare, essa sostiene che la sua quota di mercato è stata valutata in modo erroneo, in quanto la Commissione avrebbe arbitrariamente considerato il mercato dei perossidi organici alla stregua di un unico mercato. Inoltre, essa assume che il fatto di offrire una gamma più ampia di prodotti rispetto ai suoi concorrenti non può costituire indizio di una posizione dominante.

58. Tali argomenti non possono essere accolti. Poiché il mercato dei perossidi organici è stato correttamente considerato alla stregua di un mercato unitario, ne deriva che la quota di mercato della AKZO doveva essere calcolata tenendo conto dei perossidi organici nel loro complesso. In tale prospettiva, è evidente che il fatto di offrire una gamma di prodotti più vasta rispetto a quella dei suoi principali rivali concorreva ad assicurare alla AKZO una posizione di dominio su tale mercato.

59. Giova rilevare, inoltre, come dal 1979 al 1982 la AKZO disponesse, stando ai suoi stessi documenti interni, di una quota di mercato stabile pari a circa il 50% (allegati 2 e 4 della comunicazione degli addebiti e tabella A allegata alla comunicazione degli addebiti). D'altra parte, la AKZO non ha fornito elementi atti a dimostrare che questa quota si sia ridotta nel corso degli anni successivi.

60. Sul tema delle quote di mercato, la Corte ha affermato (sentenza 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche, punto 41 della motivazione, causa 85/76, Racc. pag. 461) che quote molto alte costituiscono

di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante. Tale è il caso di una quota di mercato del 50%, come quella accertata nel caso in esame.

61. Peraltro, la Commissione ha giustamente posto in risalto come altri elementi confermino il predominio della AKZO sul mercato. Oltre al fatto che la AKZO stessa si considera leader mondiale sul mercato dei perossidi, va rilevato come essa possieda, per sua propria ammissione, l'organizzazione di marketing più avanzata sia sul piano commerciale sia su quello tecnico e disponga di conoscenze più estese di quelle dei suoi concorrenti in materia di sicurezza e tossicologia (allegati 2 e 4 della comunicazione degli addebiti).

62. Gli argomenti addotti dalla AKZO per negare che essa detenesse una posizione dominante sul mercato dei perossidi organici devono pertanto, nel complesso, essere disattesi.

B - Sull'esistenza di uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante

1. Rilievi preliminari: criterio di liceità del comportamento di un'impresa dominante in materia di prezzi

63. Stando alla decisione impugnata (punto 75), la AKZO avrebbe abusivamente sfruttato la propria posizione dominante tentando di eliminare la ECS dal mercato dei perossidi organici, principalmente mediante riduzioni massicce e prolungate dei prezzi sul mercato degli additivi per farine.

64. Secondo la Commissione, l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] non considera i costi come un criterio decisivo per accertare l'illiceità delle riduzioni di prezzo operate da un'impresa dominante (punto 77 della decisione). Un simile criterio non terrebbe affatto conto degli obiettivi generali delle norme comunitarie sulla concorrenza, enunciati all'art. 3, lett. f), del Trattato, in particolare con riguardo all'esigenza di impedire che venga compromessa una struttura efficace della concorrenza nel mercato comune. Un criterio meccanico non attribuirebbe giusto peso all'aspetto strategico del comportamento imperniato sul ribasso dei prezzi. Una riduzione dei prezzi potrebbe perseguire un intento anticoncorrenziale indipendentemente dal fatto che l'aggressore fissi i suoi prezzi al di sopra o al di sotto dei suoi costi, qualunque sia il modo in cui questi ultimi vanno intesi (punto 79 della decisione).

65. Tuttavia, l'analisi dettagliata dei costi dell'impresa dominante potrebbe avere un rilievo considerevole quando si voglia accertare la correttezza o meno del suo comportamento in materia di prezzi. Le ripercussioni, in termini di eliminazione dei concorrenti, di una campagna di riduzione dei prezzi condotta da un produttore in posizione dominante potrebbero essere così evidenti che non sarebbe affatto necessario provarne l'intento. Viceversa, quando il basso livello dei prezzi può avere diverse spiegazioni possibili, potrebbe risultare necessario, per dimostrare l'esistenza di un'infrazione, comprovare anche l'intento di eliminare un concorrente o di restringere la concorrenza (punto 80 della decisione).

66. La AKZO contesta la pertinenza del criterio di liceità accolto dalla Commissione, criterio che essa reputa vago o, comunque, inapplicabile. Essa sostiene che la Commissione avrebbe dovuto attenersi ad un criterio obiettivo fondato sui suoi costi.

67. Al riguardo, essa argomenta che la questione della liceità di un determinato livello di prezzi non potrebbe essere dissociata dalla concreta situazione di mercato nella quale il prezzo è stato fissato. Non sussisterebbe illecito allorché l'impresa dominante ricerca un prezzo di vendita ottimale ed un margine di copertura positivo. Un prezzo sarebbe ottimale quando l'impresa può ragionevolmente ritenere che l'offerta di un prezzo diverso o la mancanza di un prezzo conducano, nel breve periodo, ad un risultato di esercizio meno favorevole. D'altra parte, il margine di copertura sarebbe positivo allorché il valore dell'ordinativo è superiore alla somma dei costi variabili.

68. Un criterio fondato sulla ricerca di un prezzo ottimale, nel breve periodo, non potrebbe essere escluso sul presupposto che esso metterebbe a repentaglio, nel lungo periodo, la capacità di sopravvivenza dell'impresa. Solo dopo un certo tempo l'impresa interessata potrebbe adottare misure per eliminare le perdite oppure abbandonare un prezzo ottimale quando l'impresa può ragionevolmente ritenere che l'offerta di un prezzo diverso o la mancanza di un prezzo conducano, nel breve periodo, ad un risultato di esercizio meno favorevole. D'altra parte, il margine di copertura sarebbe positivo

allorché il valore dell'ordinativo è superiore alla somma dei costi variabili.

68. Un criterio fondato sulla ricerca di un prezzo ottimale, nel breve periodo, non potrebbe essere escluso sul presupposto che esso metterebbe a repentaglio, nel lungo periodo, la capacità di sopravvivenza dell'impresa. Solo dopo un certo tempo l'impresa interessata potrebbe adottare misure per eliminare le perdite oppure abbandonare un settore di attività deficitario. Nel frattempo, l'impresa dovrebbe accettare gli "ordinativi ottimali" per ridurre le proprie passività e garantire la continuità di esercizio.

69. È opportuno ricordare, conformemente a quanto la Corte ha stabilito nella sentenza 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche / Commissione, punto 91 della motivazione (causa 85/76, Racc. pag. 461), come la nozione di sfruttamento abusivo sia una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come 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.

70. Ne consegue che l'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] osta a che un'impresa dominante elimini un concorrente e rafforzi in tal modo la propria posizione, avvalendosi di mezzi diversi da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti. Sotto tale profilo, tuttavia, nessuna concorrenza esercitata facendo leva sui prezzi può considerarsi legittima.

71. I prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti) mediante i quali un'impresa dominante persegue l'obiettivo di eliminare un concorrente devono ritenersi illeciti. Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, ossia la totalità dei costi fissi (vale a dire quei costi che restano costanti a prescindere da quale sia l'entità dei quantitativi prodotti) e, almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta, la detta impresa non ha infatti alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio.

72. D'altra parte, prezzi inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente. Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti.

73. Questi sono i criteri che vanno applicati alla situazione del caso in esame.

74. Poiché il criterio di liceità da accogliere è un criterio fondato sui costi e sulla strategia della stessa impresa dominante, va immediatamente respinta la censura della AKZO relativa all'incompletezza dell'inchiesta svolta dalla Commissione in ordine alla struttura dei costi ed alla politica dei prezzi dei suoi concorrenti ».

10 marzo 1992, Società Italiana Vetro SPA e altri c. Commissione delle Comunità europee, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Racc. II- 1403.

La Società Italiana Vetro SPA (SIV), insieme alla Fabbrica Pisana (FP) e alla VP, operava nel campo della produzione del vetro. Vi erano due mercati di produzione: uno riguardante la produzione per i trasporti e l'altro dove il vetro poteva essere utilizzato senza trasformazione o trasformato. In quest'ultimo settore gli utilizzatori potevano essere approvvigionati direttamente dai produttori o indirettamente attraverso grossisti, grossisti-trasformatori o trasformatori indipendenti.

Nel 1981 la Commissione indirizzava alle imprese sopra menzionate una decisione in cui constatava un'infrazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

Nel 1986, la società Industria Vetraria Alfonso Cobelli che esercitava il commercio all'ingrosso di vetro, conveniva davanti al Tribunale di Reggio Calabria (dove aveva sede l'impresa) le società SIV e

FP, addebitando loro di aver causato il proprio dissesto tramite l'uso di un comportamento sleale e costitutivo di un abuso di posizione dominante.

In particolare, la Cobelli addebitava loro un tacito accordo, implicante anche la VP, tendente a mantenere stabile il mercato attraverso l'adozione di listini per la vendita dei propri prodotti.

Nei mesi successivi la Commissione ai sensi dell'art 14 del reg. n. 17/62, procedeva a verifiche presso le tre società in questione. Con un'ulteriore denuncia ai sensi dell'art. 3 del reg. n. 17/62, il signor Cobelli denunciava alla Commissione che le tre imprese avevano posto in essere una strategia commerciale tendente ad acquisire il pieno controllo non solo della produzione, ma altresì della distribuzione del vetro, attraverso la estromissione dal mercato della gran parte dei grossisti-distributori esistenti.

Il Tribunale ha osservato:

« 357. Il Tribunale rileva che la lettera stessa dell'art. 86, primo comma [ora art. 102 TFUE], prevede che “più imprese” possono sfruttare abusivamente una posizione dominante. Costituisce giurisprudenza costante, come ammettono del resto tutte le parti, che nel contesto dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE], la nozione di accordo o di pratica concordata tra imprese non riguarda accordi o pratiche concordate tra imprese che appartengono ad uno stesso gruppo se le imprese costituiscono un'unità economica (v., ad esempio, sentenza della Corte 31 ottobre 1974, Centrafarm, già citata, punto 41 della motivazione). Ne deriva che quando l'art. 85 riguarda accordi o pratiche concordate tra “imprese”, esso riguarda rapporti tra due o più entità economiche in grado di entrare in concorrenza l'una con l'altra.

358. Il Tribunale ritiene che non vi sia alcun motivo, giuridico o economico, di supporre che l'espressione “impresa” che figura all'art. 86 [ora art. 102 TFUE] abbia un significato diverso da quello che è ad essa attribuita nel contesto dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE]. Non si può escludere in via di principio che due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che, per tale motivo, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato. Tale potrebbe ad esempio essere il caso in cui due o più imprese indipendenti dispongono in comune, mediante accordo o licenza, di un vantaggio tecnologico che concede loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e infine dei consumatori (sentenza della Corte 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche, già citata, punti 38 e 48 della motivazione).

359. Il Tribunale si trova confortato in tale interpretazione dalla lettera dell'art. 8 del regolamento (CEE) del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 4056, che determina le modalità di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE] ai trasporti marittimi (GU L 378, pag. 4). Infatti, tale articolo prevede, al n. 2, che il comportamento di una conferenza marittima che beneficia di un'esenzione dal divieto di cui all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], del Trattato può produrre effetti incompatibili con l'art. 86 [ora art. 102 TFUE]. Ora, una conferenza che ha dovuto chiedere di beneficiare di una deroga dal divieto di cui all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], presuppone necessariamente un accordo tra due o più entità economiche indipendenti.

360. Occorre tuttavia sottolineare che per dimostrare una violazione dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], non è sufficiente, come ha sostenuto l'agente della Commissione all'udienza, “riciclare” i fatti costitutivi di un'infrazione all'art. 85 [ora art. 101 TFUE], traendone la constatazione che le parti di un accordo o di una pratica illecita detengono insieme una parte di mercato rilevante, che per questo solo fatto esse detengono una posizione dominante collettiva e che il loro comportamento illecito costituisce un abuso di questa posizione. Occorre sottolineare tra l'altro che la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante, che non comporta del resto di per sé alcun addebito, presuppone la delimitazione del mercato di cui trattasi (sentenze della Corte 21 febbraio 1973, Europemballage et Continental Can/Commissione, già citata, punto 32 della motivazione; 9 novembre 1983, Michelin/Commissione, punto 57 della motivazione, causa 322/81, Racc. pag. 3461). Spetta quindi al Tribunale verificare innanzitutto l'analisi del mercato effettuata nella decisione e successivamente le circostanze dedotte a sostegno della constatazione di una posizione dominante

collettiva.

361. Per quanto riguarda la delimitazione del mercato, il Tribunale fa presente che la sezione della parte in fatto della decisione intitolata “Il mercato” (punti da 2 a 17) è quasi tutta descrittiva e del resto contiene numerosi errori, omissioni e incertezze già esaminate dal Tribunale. Il Tribunale ricorda inoltre che le constatazioni operate dalla Commissione sui rapporti tra i tre produttori, nonché sui rapporti fra, da una parte, i tre produttori e, dall'altra, i grossisti sul mercato non-auto e i fabbricanti sul mercato auto, presenta lacune sotto diversi punti di vista. Infine, il Tribunale rileva che, nella sezione della parte in diritto consacrata al “mercato rilevante” (punti da 76 a 77), la decisione non aggiunge nulla sul piano di fatto a quanto è stato già detto precedentemente.

362. Occorre quindi verificare se l'analisi del mercato effettuata ai punti 76 e 77 della decisione sia sufficientemente fondata in fatto e inoltre se tale analisi sia di per sé sufficiente per dimostrare, come constata la decisione, che il mercato rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] sarebbe, per quanto riguarda il prodotto, il mercato del vetro piano in generale e, dal punto di vista geografico, l'Italia.

363. Per quanto riguarda il prodotto, il Tribunale osserva che le ricorrenti hanno richiamato, sia nel corso della fase amministrativa del procedimento sia nelle loro memorie e nelle loro osservazioni orali, numerosi aspetti del mercato del vetro piano in generale che sono passati sotto silenzio nella decisione (v. supra, la rubrica “A. Sulla valutazione del mercato”). Tale è in particolare il caso delle differenze strutturali tra il mercato auto e il mercato non-auto (monopolio della Fiat, nel primo, presenza di grossisti e di trasformatori indipendenti, nel secondo), differenze tra i tipi di vetro piano (vetro greggio, prodotto unicamente dalla FP, rispetto al vetro float) e differenze tra i tipi di prodotti forniti sul mercato dai produttori (prodotti specificati e/o trasformati rispetto ai prodotti di base). Certo la Commissione non è tenuta a discutere nelle sue decisioni ogni argomento presentato dalle imprese interessate. Tuttavia, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] al caso di specie, il Tribunale constata che un'analisi di questi elementi sarebbe stata necessaria per l'esame della questione della posizione dominante – cioè, per l'esame della misura in cui il gioco della concorrenza fosse indebolito dalla presenza assertivamente unitaria dei tre produttori sul mercato (sentenza della Corte 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche, soprammenzionata, punto 91 della motivazione). La decisione non contiene la minima menzione delle ragioni per cui la Commissione ha ritenuto appropriato scindere la sua valutazione del comportamento delle imprese per quanto riguarda rispettivamente il mercato auto e quello non-auto, mentre essa sostiene che ai fini dell'applicazione dell'art. 86, il mercato del vetro piano deve essere considerato come un mercato unico. L'affermazione della Commissione, nelle sue memorie, secondo cui la distinzione tra i mercati auto e non-auto è stata operata solo per la chiarezza dell'esposizione, è contraddetta dalla lettera del dispositivo della decisione.

364. Il Tribunale ritiene che lo stesso valga per l'asserita analisi del mercato geografico. La decisione afferma (punto 77) che “la localizzazione geografica degli impianti di produzione è un fattore vitale (...) perché, più aumenta la distanza fra centro di produzione e punti di consegna, più si intensifica la criticità del sistema logistico e più diminuisce la concorrenzialità del prodotto”. Ora, dal fascicolo risulta che i produttori italiani hanno dovuto prendere in considerazione l'effetto concorrenziale dei prodotti provenienti dal Benelux, dai paesi dell'Europa dell'Est e anche dalla Turchia. Sarebbe stato quindi pertinente esaminare la rilevanza delle rispettive distanze tra, da una parte, i punti di fornitura più importanti in Italia e, dall'altra, i centri di produzione italiani e esteri.

365. Non è tuttavia necessario che il Tribunale si pronunci definitivamente sulla questione se l'analisi insufficiente che la Commissione ha ritenuto opportuno dedicare alla delimitazione del mercato sia sostenuta da elementi di prova soddisfacenti, poiché la Commissione ha dichiarato, sia nella riunione informale convocata dal giudice relatore (v. supra, punto 50), sia all'udienza, che la frase che figura al punto 79, sesto comma, della decisione, “queste imprese si presentano sul mercato come una sola entità e non con la loro individualità”, costituiva un elemento essenziale della sua posizione circa l'applicazione dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], di cui spettava ad essa provare la

fondatezza. Risulta evidente da tutto quanto precede che la Commissione è lungi dall'aver provato la fondatezza di tale affermazione.

366. Ne deriva che, anche supponendo che le circostanze nel caso di specie si prestino all'applicazione della nozione di "posizione dominante collettiva" (nel senso di una posizione di dominio detenuta da più imprese indipendenti), la Commissione non ne ha fornito la prova. La Commissione non ha neanche cercato di raccogliere gli elementi di fatto necessari per mettere sulla bilancia, da un lato, il potere economico dei tre produttori e, dall'altro, quello della Fiat, poteri che potrebbero neutralizzarsi.

367. Per quanto riguarda l'art. 2, lett. d), della decisione, in cui la Commissione addebita solo alla FP e alla SIV di aver violato l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] nei loro rapporti con il gruppo Piaggio, va rilevato che non esiste nei motivi della decisione alcuna allusione a tale censura ».

1 aprile 1993, *BPB Industries plc e British Gypsum Limited c. Commissione*, causa T-65/89, Racc. II 389.

La BPB era la società britannica di un gruppo che controllava circa la metà della produzione di pannelli di gesso nella Comunità.

In Gran Bretagna, la BPB operava, nei settori dell'intonaco da costruzione e dei pannelli di gesso cartonato tramite una consociata che controllava al 100%, la British Gypsum Limited.

Negli anni ottanta subentravano nel mercato britannico altri concorrenti, uno francese e l'altro spagnolo.

Tra il 1985 e 1986 la British Gypsum Limited riforniva circa il 96% del mercato dei pannelli di gesso venduti nel Regno Unito, mentre le altre due si dividevano il resto.

Nel 1986 la società spagnola presentava alla Commissione una denuncia per far constatare una violazione dell'art. 86 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE).

La Commissione dopo aver avviato un procedimento ai sensi dell'art. 3 n. 1 del reg. n. 17 emetteva una decisione in cui constatava che la BPB aveva abusato della sua posizione dominante attraverso un sistema di premi in denaro versati a rivenditori di materiali edilizi che accettavano di acquistare pannelli solo da lei; inoltre affermava che la stessa aveva concesso priorità nei termini di consegna in periodi dove c'era molta attesa.

Il Tribunale ha osservato:

« 65. Il Tribunale considera, anzitutto, che giustamente le ricorrenti sostengono che le pratiche di pagamenti promozionali agli acquirenti costituiscono pratiche correnti di cooperazione commerciale tra un fornitore e i suoi distributori. In una normale situazione di mercato concorrenziale, detti contratti sono stipulati nell'interesse delle due parti. Infatti, mediante dette pratiche, il fornitore tenta di garantirsi le proprie vendite grazie alla fedeltà della domanda, mentre il distributore fruisce, dal canto suo, di una certezza di approvvigionamento e di prestazioni commerciali connesse.

66. Non è raro che siffatte azioni di cooperazione commerciale implicino, come contropartita, un impegno di acquisto esclusivo assunto dal destinatario dei pagamenti o delle prestazioni nei confronti del suo fornitore. In linea di principio, siffatti impegni d'acquisto esclusivi non possono essere vietati. Infatti, come ha ricordato il Tribunale nella sentenza 2 luglio 1992, causa T-61/89, *Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione* (Racc. pag. II-1931), la valutazione degli effetti di detti impegni sul funzionamento del mercato interessato dipende dalle caratteristiche di detto mercato. Come ha affermato la Corte (sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, Racc. pag. I-935) si deve valutare, in linea di massima, quali effetti abbiano sul mercato siffatti impegni nel loro contesto specifico.

67. Queste considerazioni, valide in situazione normale di mercato concorrenziale, non possono però ammettersi senza riserve nell'ipotesi di un mercato nel quale, proprio per la posizione dominante detenuta da uno degli operatori, la concorrenza è già ristretta. Infatti l'impresa in posizione dominante ha un dovere particolare, cioè quello di non compromettere lo svolgimento di una

concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune (sentenza della Corte 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 57 della motivazione).

68. Orbene, data l'indole dell'obbligo controverso, il Tribunale ricorda che, come ha già dichiarato la Corte, per un'impresa in posizione dominante, il fatto di vincolare sia pure a loro richiesta gli acquirenti con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno, esclusivamente presso l'impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di detta posizione ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE [ora art. 102 TFUE], tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti (sentenza Hoffmann-La Roche, già ricordata, punto 89 della motivazione; sentenza della Corte 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione, Racc. pag. I-3359, punto 149 della motivazione). Questa soluzione è giustificata dal fatto che, qualora, come nella fattispecie, un operatore detenga una forte posizione sul mercato, la stipulazione di contratti di fornitura esclusiva relativamente ad una quota rilevante degli acquisti costituisce un ostacolo inammissibile all'ingresso in questo mercato. Il fatto, ammesso che sia dimostrato, che i pagamenti promozionali costituivano una reazione alle richieste ed alla crescente forza d'acquisto dei distributori non giustifica comunque l'inclusione, nei contratti di fornitura in questione, di una clausola di esclusiva. Di conseguenza, le ricorrenti non possono sostenere che la Commissione non ha dimostrato il carattere illecito della pratica in questione, senza che occorra risolvere la controversia tra le parti sulla nozione di esclusiva d'acquisto, dal momento che in ogni caso emerge effettivamente dall'istruttoria che la clausola controversa verteva sulla totalità o quasi degli acquisti dei clienti.

69. Se l'esistenza di una posizione dominante non priva un'impresa che si trova in questa posizione del diritto di tutelare i propri interessi commerciali qualora essi siano insidiati, e se detta impresa ha la facoltà, entro limiti ragionevoli, di compiere gli atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è però ammissibile un comportamento del genere che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso (v. sentenza della Corte 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands/Commissione, Racc. pag. 207). Ne consegue che né l'argomento secondo il quale la BG doveva garantire la continuità e la regolarità degli approvvigionamenti, né l'argomento tratto dalle pratiche commerciali dell'Iberian possono venir accolti (v. sentenza del Tribunale 12 dicembre 1991, causa T-30/89, Hilti/Commissione, Racc. pag. II-1439, punto 118 della motivazione e sentenza della Corte 11 novembre 1986, causa 226/84, British Leyland/Commissione, Racc. pag. 3263).

70. Il Tribunale ricorda poi che la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva (sentenza Hoffmann-La Roche già ricordata, punto 91 della motivazione) e che, quindi, il comportamento di un'impresa in posizione dominante può considerarsi abusivo, ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE [ora art. 102 TFUE], anche se non viene commesso alcun illecito. Di conseguenza, l'argomento delle ricorrenti secondo il quale la BG non avrebbe mai inteso scoraggiare o indebolire l'Iberian è irrilevante ai fini della qualificazione giuridica dei fatti.

71. Anche ammettendo che una delle finalità di detto sistema avrebbe potuto essere, come sostengono le ricorrenti, quella di stimolare la promozione dei prodotti a base di gesso in generale, è giocoforza constatare che essa sfocia nella concessione di pagamenti che dipendono rigorosamente dalla fedeltà esclusiva alla BG e presentano quindi un carattere abusivo, indipendentemente da come si voglia valutare nel merito il summenzionato argomento relativo alla mancanza di fedeltà alla marca.

72. Analogamente, le ricorrenti non possono giustificare con le difficoltà di approvvigionamento dei loro concorrenti gli impegni di fornitura esclusiva che esse hanno fatto assumere, giacché non possono ragionevolmente sostenere che i loro clienti non erano in grado di trarre le conseguenze, in ordine alla loro politica commerciale, da tali difficoltà.

73. Quanto all'argomento relativo al fatto che i distributori avessero la facoltà di interrompere in qualsiasi momento il loro rapporto contrattuale con la BG, esso è privo di efficacia dal momento che il diritto di risolvere un contratto non impedisce affatto la sua effettiva applicazione finché non sia stata esercitata la facoltà di risoluzione. A questo proposito, si deve rilevare che un'impresa in posizione dominante dispone di un potere che può permetterle di imporre ai suoi clienti non solo la

stipulazione di siffatti contratti, ma anche la loro conservazione, rendendo così di fatto illusoria la possibilità giuridica di risolverli.

74. Quanto all'argomento secondo il quale la BG non ha praticato discriminazioni tra i distributori, basta constatare che la decisione non muove alcun addebito del genere e, quindi, detto argomento è privo di efficacia.

75. Infine, quanto all'argomento vertente sull'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato CEE, il Tribunale ricorda, innanzi tutto, che la decisione riguarda non già l'applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE [ora art. 101 TFUE], bensì l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] e, in secondo luogo, e in ogni caso, che un'esenzione a norma dell'art. 85, n. 3, del Trattato non pregiudica in alcun modo l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] (sentenza del Tribunale 10 luglio 1990, causa T-51/89, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. II-309).

76. Da quanto precede risulta che le ricorrenti non possono legittimamente sostenere che la Commissione ha concluso erroneamente che il sistema di pagamenti ai distributori, che mirava tra l'altro a garantire l'esclusiva degli acquisti effettuati dagli stessi, costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE [ora art. 102 TFUE].

77. La prima parte del mezzo relativo alla contestazione dell'abuso di posizione dominante va quindi disattesa».

6 aprile 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, Racc. I-743.

All'epoca dei fatti, in Irlanda e in Irlanda del Nord non era disponibile una guida televisiva generale settimanale. Ogni emittente televisiva faceva pubblicare una guida dedicata solo ed esclusivamente ai propri programmi e rivendicava, in forza della normativa irlandese e di quella del Regno Unito, la tutela del diritto d'autore sui suoi palinsesti settimanali onde opporsi alla loro riproduzione da parte di terzi. Nel 1985, la casa editrice irlandese Magill TV Guide Ltd (in prosieguo: la « Magill ») tentava di pubblicare una guida televisiva settimanale generale, ma doveva rinunciare in quanto su istanza della Radio Telefis Eireann (« RTE »), della BBC e della ITV (che si avvaleva di una società appositamente creata, la Independent Television Publications Ltd (« ITP »), per pubblicare la guida dei propri programmi), un giudice irlandese gli inibiva la pubblicazione dei palinsesti di queste società, dichiarando che ciò costituiva una violazione del diritto d'autore. La Magill ritenendo che le suddette società avessero commesso un abuso di posizione dominante negando la concessione delle licenze per la pubblicazione dei rispettivi palinsesti settimanali presentava denuncia alla Commissione. Quest'ultima, con decisione del 21 dicembre 1988, accertava l'infrazione dell'art. 86 Trattato CE (ora art. 102 TFUE) in capo alla RTE, alla BBC e alla ITP, infrazione poi confermata, con riguardo alla RTE e alla ITP, dal Tribunale di primo grado con sentenze del 10 luglio 1991 (rispettivamente causa T-69/89, Racc. pag. II-485, in prosieguo: « la sentenza RTE », e causa T-76/89, Racc. pag. II-575, in prosieguo: « la sentenza ITP »). Tali sentenze sono state oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia che, a proposito della contestata esistenza di un abuso di posizione dominante, ha osservato:

« 46. Per quanto riguarda la posizione dominante, si deve ricordare anzitutto che il semplice fatto di essere titolare di un diritto di proprietà intellettuale non è atto a costituire siffatta posizione.

47. Tuttavia, le informazioni grezze costituite dall'indicazione del canale, del giorno, dell'ora e del titolo dei programmi sono la conseguenza necessaria dell'attività di programmazione delle emittenti televisive, e queste ultime sono pertanto l'unica fonte delle dette informazioni per un'impresa come la Magill che intenda pubblicarle unitamente a commenti o immagini. La RTE e la ITP, avente causa della ITV, dispongono necessariamente, con la BBC, di un monopolio di fatto sulle informazioni utilizzate per l'elaborazione degli elenchi dei programmi televisivi captati dalla maggior

parte dei telespettatori in Irlanda e dal 30-40% dei telespettatori nell'Irlanda del Nord. Le ricorrenti hanno pertanto il potere di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato dei settimanali televisivi, giustificando quindi la decisione del Tribunale di confermare la valutazione della Commissione, la quale aveva ritenuto che esse si trovassero in posizione dominante (v. sentenza Michelin/Commissione, [9 novembre 1983, causa 322/81, Racc. pag. 3461], punto 30). [...]

48. Quanto all'abuso, si deve rilevare che l'argomento delle ricorrenti [...] presuppone erroneamente che, qualora il comportamento di un'impresa in posizione dominante rientri nell'esercizio di un diritto qualificato come

« diritto d'autore » dal diritto nazionale, tale comportamento sia sottratto a qualunque valutazione alla luce dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE].

49. E' senz'altro esatto che, in mancanza di unificazione comunitaria o di ravvicinamento delle legislazioni, la determinazione dei casi e delle modalita' di tutela di un diritto di proprieta' intellettuale dipende dalle norme nazionali e il diritto esclusivo di riproduzione fa parte delle prerogative dell'autore, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non puo' costituire di per se' un abuso di tale posizione (sentenza Volvo, [5 ottobre 1988, causa 238/87, Racc. pag. 6211], punti 7 e 8).

50. Tuttavia, come risulta dalla medesima sentenza (punto 9), dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare puo', in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo.

51. Nel caso di specie, il censurato comportamento delle ricorrenti consiste nell'avvalersi del diritto d'autore conferito dalla normativa nazionale per impedire alla Magill – o a qualunque altra impresa avente lo stesso progetto – di pubblicare informazioni (canale, giorno, ora e titolo dei programmi), con commenti ed immagini, ottenute indipendentemente dalle ricorrenti, su base settimanale.

52. Fra le circostanze considerate dal Tribunale al fine di qualificare tale comportamento come abusivo, si deve rilevare in primo luogo che non esisteva, stando agli accertamenti del Tribunale, nessun sostituto reale o potenziale di una guida televisiva settimanale in grado di offrire informazioni sui programmi della settimana successiva. Il Tribunale ha confermato in proposito quanto rilevato dalla Commissione, cioe' che l'elenco completo dei programmi per un periodo di 24 ore, ovvero di 48 ore per i fine settimana o la vigilia dei giorni festivi, pubblicato in taluni quotidiani e giornali domenicali, nonche' le rubriche televisive di talune riviste contenenti, inoltre, i

« punti salienti » dei programmi settimanali possono sostituire solo in misura estremamente ridotta la previa informazione dei telespettatori sul complesso dei programmi settimanali. Soltanto una guida televisiva settimanale che offra un'informazione completa sui programmi della settimana seguente consente agli utenti di avere conoscenza anticipatamente delle trasmissioni che desiderano seguire e, se del caso, di programmare in conseguenza le loro attivita' del tempo libero settimanali. Il Tribunale ha d'altra parte accertato l'esistenza di una domanda potenziale specifica, costante e regolare da parte dei consumatori (v. sentenze RTE, punto 62, e ITP, punto 48).

53. Pertanto le ricorrenti – che erano necessariamente le uniche fonti di informazioni grezze sui programmi, materia prima indispensabile per produrre una guida televisiva settimanale – lasciavano al telespettatore desideroso di informarsi sull'offerta di programmi per la settimana seguente unicamente la possibilita' di acquistare le guide settimanali di ogni emittente onde trarne personalmente i dati utili a un raffronto.

54. Il rifiuto di fornire informazioni grezze opposto dalle ricorrenti avvalendosi delle disposizioni nazionali sul diritto d'autore ha quindi ostacolato l'emergere di un prodotto nuovo – una guida settimanale completa dei programmi televisivi – che le ricorrenti non offrivano e per cui sussisteva una domanda potenziale da parte del consumatore, il che configura un abuso ex art. 86, secondo comma, lett. b), del Trattato [ora art. 102 TFUE].

55. In secondo luogo, tale rifiuto non era giustificato dall'attivita' di diffusione radiotelevisiva ne' da quella di pubblicazione di guide televisive (sentenze RTE, punto 73, e ITP,

punto 58).

56. Infine, e in terzo luogo, come ha altresì rilevato il Tribunale, con tale comportamento le ricorrenti si sono riservate un mercato derivato, quello delle guide televisive settimanali, escludendo qualunque tipo di concorrenza su siffatto mercato (v. sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Commercial Solvents/Commissione, Racc. pag. 223, punto 25), poiché le ricorrenti negavano l'accesso all'informazione grezza, materia prima indispensabile per elaborare una guida del genere.

57. Atteso il complesso di tali circostanze, il Tribunale non ha commesso un errore di diritto qualificando il comportamento delle ricorrenti come abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE]».

14 novembre 1996, Tetra Pak International SA c. Commissione, causa C-333/94 P, Racc. I-5951.

Una serie di comportamenti (politica di commercializzazione risoltasi in una sensibile restrizione dell'offerta e in una compartimentazione dei mercati; imposizione agli utilizzatori dei suoi prodotti di clausole contrattuali aventi lo scopo di eliminare la concorrenza; pratiche discriminatorie in materia di prezzi nei diversi Stati membri) posti in essere dalla Tetra Pak International SA (in prosieguo: la « Tetra Pak »), società con sede in Svizzera che coordina, a livello mondiale, un gruppo di società, in origine svedese, specializzate nel ramo delle attrezzature per il condizionamento (nel settore sia asettico, sia non asettico) in imballaggi di cartone di prodotti alimentari liquidi e semiliquidi e produttrici, dunque, di imballaggi di cartone e di macchine per il riempimento, venivano sottoposti, nel 1988, ad una procedura di indagine della Commissione ai sensi dell'art. 86 Trattato CEE (ora art. 101 TFUE). La decisione conclusiva di tale esame accertava la violazione, da parte della Tetra Pak, della disposizione richiamata e le imponeva il pagamento di un'ammenda. Il Tribunale di primo grado ha respinto il ricorso della società finalizzato ad ottenere l'annullamento della decisione della Commissione (cfr. sentenza 6 ottobre 1994, causa T-83/91, Racc. pag. II-755) e la sentenza del giudice di prime cure è stata oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia. Quest'ultima, con particolare riferimento al mercato rilevante e alla sussistenza di un abuso di posizione dominante (anche relativamente a mercati distinti, ma strettamente collegati), ha osservato:

«7. Con il primo motivo la Tetra Pak fa valere che la definizione dei mercati di prodotti considerati contenuta nella sentenza è contraddittoria. Inoltre, la detta definizione si fonderebbe su un criterio giuridico errato.

8. La prima parte del motivo riguarda i punti 64 e 73 della sentenza [...]

9. [che contengono, secondo la Tetra Pak,] due affermazioni [che] si escludono a vicenda. O si deve prendere in considerazione il mercato generale dei sistemi di condizionamento destinati ai prodotti alimentari liquidi, o esistono quattro mercati distinti. Se il mercato considerato fosse il mercato generale dei sistemi di condizionamento destinati ai prodotti alimentari liquidi, il Tribunale avrebbe dovuto accogliere l'argomento della Tetra Pak secondo il quale la Commissione aveva ingiustamente operato una distinzione tra mercati asettici e mercati non asettici. Se, al contrario, i mercati asettici e quelli non asettici dovevano essere considerati distinti, il Tribunale non avrebbe dovuto respingere l'argomento della Tetra Pak secondo il quale la Commissione aveva ingiustamente incluso i sistemi di condizionamento destinati a prodotti diversi dal latte nel mercato dei prodotti considerato.

10. A questo proposito va sottolineato che, al punto 60 della sentenza impugnata, il Tribunale ha affermato di essere tenuto ad accertare la fondatezza della definizione dei quattro mercati asettici e non asettici accolta nella decisione impugnata. Al punto 63 esso ha poi ricordato che, secondo una giurisprudenza consolidata, il mercato dei prodotti considerati doveva essere definito tenendo

conto del complessivo contesto economico, così da poter valutare la reale potenza economica dell'impresa in questione, e che era importante a tal fine definire anzitutto i prodotti che, pur essendo succedanei di altri prodotti, sono sufficientemente intercambiabili con i prodotti che essa propone, in funzione non soltanto delle loro caratteristiche proprie, ma anche delle condizioni di concorrenza e della struttura della domanda e dell'offerta sul mercato.

11. Dunque al punto 64 della sentenza impugnata il Tribunale non ha ancora espresso alcuna constatazione in merito al mercato di cui trattasi. A questo stadio dell'esame, esso si è limitato ad affermare che l'intercambiabilità dei sistemi asettici e di quelli non asettici doveva essere valutata sul mercato generale dei sistemi di condizionamento destinati ai prodotti alimentari liquidi. Esso ha così respinto la tesi della Tetra Pak secondo la quale era necessario differenziare i mercati sulla base dei prodotti confezionati. Soltanto dopo un'analisi dettagliata della situazione in essere nel mercato generale menzionato il Tribunale è giunto, al punto 73 della sentenza impugnata, alla conclusione che i quattro mercati considerati, definiti nella decisione impugnata, costituivano sicuramente mercati distinti.

12. La seconda parte del primo motivo, nella quale si contesta al Tribunale di essersi basato su un criterio giuridico errato, comporta tre aspetti. In primo luogo, la Tetra Pak sostiene che il mercato dei macchinari e dei cartoni impiegati per il condizionamento dei prodotti diversi dal latte avrebbe dovuto essere escluso dal mercato considerato. Il Tribunale avrebbe dovuto esaminare, come ha fatto la Corte nella sentenza 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione (Racc. pag. 3461, punto 37), se i prodotti considerati fossero particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non fossero facilmente intercambiabili con altri prodotti. Secondo la Tetra Pak il Tribunale non avrebbe dovuto limitarsi, come ha fatto invece ai punti 65, 74 e 75 della sentenza impugnata, a rilevare anzitutto che il settore del condizionamento del latte era preponderante rispetto a quello del condizionamento dei prodotti diversi dal latte e poi che i cartoni non asettici utilizzati per il condizionamento dei succhi di frutta costituivano soltanto una « quota marginale » del mercato.

13. Ebbene, proprio come la Corte ha constatato al punto 37 della sentenza Michelin/Commissione, citata, le condizioni di concorrenza e la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato sono criteri rilevanti per determinare se taluni prodotti siano intercambiabili con altri. Dunque nel caso di specie il Tribunale ha giustamente preso in esame la struttura della domanda. Esso ha prima osservato, al punto 65 della sentenza impugnata, che la maggior parte dei cartoni, sia asettici sia non asettici, fungevano al condizionamento del latte e che la Commissione non era tenuta a procedere ad un'analisi distinta del settore del condizionamento dei prodotti diversi dal latte. Infine, al punto 75, il Tribunale ha fatto leva sulla stabilità della domanda di cartoni asettici e non asettici utilizzati per il condizionamento dei succhi di frutta al fine di dimostrare che anche in questo settore l'intercambiabilità era assai scarsa.

14. In secondo luogo, la Tetra Pak ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto dichiarando, al punto 71 della sentenza impugnata, che per escludere una loro intercambiabilità con i sistemi che utilizzano il cartone fosse sufficiente osservare che i contenitori asettici che utilizzano altri materiali occupavano una quota di mercato marginale.

15. Va rilevato che, al punto 71 della sentenza impugnata, il Tribunale ha constatato che, nel periodo compreso tra il 1976 e il 1991, i materiali da imballaggio diversi dal cartone hanno potuto conquistare solo una quota marginale del mercato del condizionamento del latte UHT. Come rilevato in precedenza, questa stabilità della domanda costituisce un criterio rilevante per determinare se il cartone sia o meno intercambiabile con altri materiali.

16. In terzo luogo, la Tetra Pak contesta il ragionamento seguito dal Tribunale ai punti 66-68 della sentenza impugnata. Il Tribunale vi ha infatti osservato che « il criterio della sostituibilità sufficiente dei prodotti » andava applicato « allo stadio degli stessi sistemi di condizionamento, i quali costituiscono il mercato dei prodotti intermedi sul quale dev'essere valutata la posizione

della Tetra Pak, e non allo stadio dei loro prodotti finali, vale a dire degli alimenti liquidi condizionati ». Il Tribunale ha però aggiunto, al punto 67, che la Commissione aveva dovuto tener conto delle ripercussioni della domanda proveniente dai consumatori finali sulla domanda intermedia proveniente dai condizionatori e che essa aveva accertato che una modifica delle abitudini dei consumatori nella scelta del loro modo di condizionamento del prodotto sarebbe stata un processo lungo e costoso, abbracciante vari anni. Il Tribunale ha fatto proprio, al punto 68, il ragionamento della Commissione secondo cui piccole, ma significative, variazioni di prezzo relativo delle varie confezioni non sarebbero sufficienti per provocare slittamenti tra i vari tipi di latte ai quali essi sono associati, in quanto i vari tipi di latte non sono perfettamente intercambiabili.

17. Secondo la Tetra Pak il Tribunale ha commesso un errore di diritto tenendo conto, nella sua definizione di mercato considerato, soltanto della sostituibilità a breve termine, mentre sarebbe stato necessario esaminare se i sistemi di condizionamento asettici non fossero piuttosto esposti alla concorrenza dei sistemi di condizionamento non asettici in misura poco percettibile. Secondo la Tetra Pak, le considerazioni del Tribunale ai punti 69 e 70 della sentenza impugnata non dimostrano l'assenza di concorrenza significativa tra i due sistemi di condizionamento.

18. È pacifico che, nella parte della sentenza impugnata in esame, il Tribunale ha esaminato se i sistemi asettici fossero sufficientemente intercambiabili con quelli non asettici. Basandosi su vari criteri esso ha deciso che non era questo il caso.

19. Se il Tribunale ha preso atto, in questo contesto, di un processo lungo e costoso, l'ha fatto soltanto per qualificare in questo modo la possibilità di influenzare le abitudini dei consumatori. Gli altri fattori considerati rilevanti dal Tribunale, come i costi supplementari legati al passaggio da un sistema di condizionamento ad un altro a causa delle differenze tra i sistemi di distribuzione, la necessità di una tecnologia complessa per produrre macchine che consentano il condizionamento in ambiente asettico del latte UHT in contenitori di cartone e le difficoltà incontrate dai produttori di sistemi non asettici nell'accesso al mercato dei sistemi asettici, dimostravano una sufficiente assenza di intercambiabilità, anche a medio e lungo termine. Contrariamente a quanto sostiene la Tetra Pak, il Tribunale non si è quindi limitato ad esaminare la sostituibilità a breve termine.

20. Per tutte queste ragioni, il primo motivo va respinto. [...]

21. Con il secondo motivo la Tetra Pak contesta principalmente la conclusione raggiunta dal Tribunale al punto 122 della sentenza impugnata, secondo la quale:

« Discende dal complesso delle considerazioni sopra svolte che, nel contesto del caso in esame, le pratiche poste in essere dalla Tetra Pak sui mercati non asettici si prestano a rientrare nell'ambito dell'applicazione dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], senza necessità di accertare l'esistenza di una posizione dominante su questi mercati separatamente considerati, giacché l'egemonia di questa impresa sui mercati non asettici, in combinato con gli stretti legami esistenti tra questi mercati e i mercati asettici, conferiva alla Tetra Pak un'autonomia di comportamento rispetto agli altri operatori economici presenti sui mercati non asettici tale da giustificare la sua responsabilità particolare, in forza dell'art. 86, per il mantenimento su questi mercati di una concorrenza effettiva e non falsata ».

22. Secondo la Tetra Pak, la giurisprudenza citata dal Tribunale ai punti 114 e 115 della sentenza impugnata non consente di concludere che un comportamento posto in essere in un mercato diverso dal mercato dominato, e che non ha come obiettivo il rafforzamento della posizione su quest'ultimo, è disciplinato dall'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE]. La Tetra Pak sostiene che una tale conclusione non si giustifica nemmeno sulla base delle strette interconnessioni tra i diversi mercati, accertate dalla Commissione e dal Tribunale.

23. Nella sua argomentazione la Tetra Pak si riferisce in particolare al fatto che, nella giurisprudenza precedente, la Corte ha sempre esaminato vuoi abusi che si producevano sul mercato dominato e i cui effetti sono avvertiti in un altro mercato, vuoi abusi commessi su un mercato nel quale l'impresa non si trovava in posizione dominante, ma che rafforzavano la sua posizione sul mercato dominante.

24. Va sottolineato anzitutto che non può essere contestata la valutazione espressa dal Tribunale al punto 113 della sentenza impugnata secondo la quale l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] non detta alcuna espressa indicazione in ordine ai requisiti attinenti alla localizzazione dell'abuso sui mercati di prodotti. Il Tribunale poteva dunque legittimamente affermare, al punto 115 della sentenza impugnata, che l'ambito d'applicazione materiale della responsabilità particolare che incombe su un'impresa dominante deve essere valutato alla luce delle circostanze del caso concreto, le quali riflettano una situazione di concorrenza affievolita.

25. In proposito, la giurisprudenza richiamata dal Tribunale è pertinente [fornendo] esempi di abuso che esplica i propri effetti su mercati diversi dai mercati dominati [...]. Il Tribunale, al punto 116 della sentenza impugnata, ha dunque giustamente desunto da questa giurisprudenza che l'assunto della ricorrente secondo cui il giudice comunitario avrebbe escluso qualsiasi possibilità di applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] in relazione ad un atto commesso da un'impresa in posizione dominante su un mercato distinto dal mercato dominato andava negato. [...]

27. È esatto dire che l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] presuppone l'esistenza di un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo, nesso che di norma non sussiste quando un comportamento posto in essere in un mercato distinto dal mercato dominato produce conseguenze su questo stesso mercato. Trattandosi di mercati distinti, ma collegati, come nel caso di specie, soltanto circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non dominato, e produttivo di effetti su questo stesso mercato.

28. A questo proposito il Tribunale ha dapprima considerato rilevante, al punto 118 della sentenza impugnata, il fatto che la Tetra Pak detenesse il 78% dell'intero mercato dei contenitori di cartone asettici e non asettici, ossia sette volte di più del suo concorrente più prossimo. Al punto 119 della sentenza impugnata esso ha sottolineato l'egemonia della Tetra Pak nel settore non asettico ed ha poi constatato, al punto 121 della sentenza impugnata, che la posizione della Tetra Pak sui mercati asettici, nei quali la sua quota di mercato era prossima al 90%, era quasi monopolistica. Essa ha rilevato che tale posizione rendeva la Tetra Pak anche un fornitore privilegiato di sistemi non asettici. Infine ha concluso, al punto 122, che nel contesto del caso di specie l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] si giustificava in nome della situazione vigente nei diversi mercati e degli stretti legami esistenti tra di essi.

27. Non si può contestare la rilevanza degli stretti legami così riconosciuti dal Tribunale. Il fatto che i diversi materiali in questione vengano utilizzati per il condizionamento degli stessi prodotti liquidi di base indica che i clienti della Tetra Pak in un settore sono anche clienti potenziali nell'altro. Questa possibilità è confermata da statistiche [...].

28. Le circostanze sin qui descritte, considerate nel loro insieme e non isolatamente, hanno consentito al Tribunale, senza che fosse necessario dimostrare il dominio della Tetra Pak sui mercati non asettici, di ascrivere a questa impresa una certa indipendenza di comportamento rispetto agli altri operatori economici sui mercati considerati.

29. Tenuto conto di questi elementi, il Tribunale ha giustamente ammesso l'applicazione al caso di specie dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], tenuto conto del fatto che la posizione quasi monopolistica della Tetra Pak sui mercati asettici e la sua posizione preminente sui mercati non asettici, distinti, ma strettamente collegati, ponevano la detta impresa in una posizione equiparabile alla detenzione di una posizione dominante sul complesso dei mercati in esame.

30. Un'impresa che si trovi in una situazione del genere è necessariamente in grado di prevedere che il suo comportamento può essere soggetto all'applicazione dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE]. Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, le esigenze connesse alla certezza del diritto sono rispettate.

31. Dalle considerazioni svolte discende che il secondo motivo va respinto».

12 febbraio 1998, Procedimento penale c. Silvano Raso, causa C-163/96, Racc. I-533.

I fatti all'origine della controversia nascevano da un procedimento penale dinanzi alla pretura di La Spezia in cui il signor Raso e altri venivano accusati di aver commesso violazioni della legge sul collocamento della manodopera per i servizi portuali (n. 84/94) per l'esecuzione di prestazioni a favore dell'impresa terminalista La Spezia Container Terminal (LSTC) di cui erano i rappresentanti.

Secondo la legge citata la manodopera utilizzata per tale scopo doveva essere costituita da ex imprese portuali, altrimenti si incorreva nel reato penale di illecito collocamento di manodopera.

La LSTC era un'impresa che gestiva il 70% del traffico dei container nel Porto di La Spezia, ritenuto dal giudice a quo uno dei più grandi porti del Mediterraneo.

Ritenendo che vi fosse un ingiustificato monopolio concesso alle ex imprese portuali, secondo le norme comunitarie e la giurisprudenza comunitaria, il giudice penale adiva la Corte per individuare la posizione delle stesse sul mercato e se era possibile configurare uno sfruttamento di tale posizione.

La Corte ha osservato:

« 25. Orbene, secondo una giurisprudenza costante, un'impresa che fruisce di un monopolio legale su una parte sostanziale del mercato comune può essere considerata un'impresa che occupa una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] (sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 28; 18 giugno 1991, C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 31, e Merci convenzionali porto di Genova, citata, punto 14).

26. Quanto alla delimitazione del mercato di cui trattasi, dal provvedimento di rinvio risulta che il detto mercato è quello dell'esecuzione per conto terzi delle operazioni portuali relative al trasporto di container nel porto di La Spezia. Tenuto conto del volume del traffico in tale porto, ritenuto essere il primo porto nel Mediterraneo per il traffico dei container, e della sua rilevanza rispetto agli scambi intracomunitari, il mercato in questione può essere considerato costituire una parte sostanziale del mercato comune (sentenza Merci convenzionali porto di Genova, citata, punto 15).

27. Va poi ricordato che, sebbene il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106 TFUE] non sia di per sé incompatibile con l'art. 86 [ora art. 102 TFUE], uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere (sentenze Höfner e Elser, citata, punto 29; ERT, citata, punto 37; Merci convenzionali porto di Genova, citata, punto 17, e 5 ottobre 1994, causa C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Racc. pag. I-5077, punto 18).

28. A tale riguardo, è giocoforza constatare che, in quanto il sistema stabilito dalla legge del 1994 non solo riserva all'ex compagnia portuale trasformata il diritto esclusivo di fornire lavoro temporaneo ai concessionari di terminali e alle altre imprese autorizzate ad operare nel porto, ma le consente inoltre, come risulta dal punto 17 della presente sentenza, di concorrere con le stesse sul mercato dei servizi portuali, tale ex compagnia portuale trasformata si trova in situazione di conflitto di interessi.

29. Con il mero esercizio del suo monopolio, essa si trova infatti in grado di alterare a proprio vantaggio la parità di opportunità tra i vari operatori economici operanti sul mercato dei servizi portuali (v. sentenze ERT, citata, punto 37, e 13 dicembre 1991, causa C-18/88, GB-Inno-BM, Racc. pag. I-5941, punto 25).

30. Così, la compagnia in questione è incitata ad abusare del proprio monopolio imponendo ai propri concorrenti sul mercato delle operazioni portuali prezzi esorbitanti per la fornitura di forza lavoro o mettendo a loro disposizione una manodopera meno idonea ai compiti da svolgere.

31. Ciò posto, una disciplina normativa come quella risultante dalla legge del 1994 va considerata di per sé in contrasto con l'art. 90, n. 1 [ora art. 106 TFUE], in combinato disposto con l'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE]. In proposito, ha scarsa rilevanza che il giudice nazionale non abbia rilevato alcun abuso effettivo da parte dell'ex compagnia portuale trasformata (sentenza GB-Inno-BM, citata, punti 23 e 24).

32. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre pertanto risolvere la terza questione dichiarando che gli artt. 86 e 90 del Trattato [ora artt. 102 e 106 TFUE] devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione nazionale che riservi ad una compagnia portuale il diritto di fornire lavoro temporaneo alle altre imprese operanti nel porto in cui essa è stabilita, qualora tale compagnia sia essa stessa autorizzata all'espletamento di operazioni portuali ».

26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e a., causa C-7/97, Racc. I-7791.

La società austriaca Oscar Bronner GmbH si occupava della redazione, dell'edizione, della stampa e della distribuzione del quotidiano «Der Standard» che deteneva sul mercato dei quotidiani austriaci una quota del 3,6% in termini di tiratura e del 6% in termini di introiti pubblicitari. Sullo stesso mercato operava la Mediaprint und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG che pubblicava i quotidiani «Neue Kronen Zeitung» e «Kurier», che detenevano congiuntamente una quota del 46,8% in termini di tiratura e del 42% in termini d'introiti pubblicitari. Per la distribuzione dei suoi quotidiani la Mediaprint creava un sistema di recapito a domicilio su scala nazionale (consistente nel recapitare direttamente i giornali agli abbonati nelle prime ore del mattino), attuato tramite la Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. Poiché la Mediaprint rifiutava l'accesso alla sua rete di distribuzione alla Oscar Bronner, quest'ultima agiva in giudizio. Il giudice adito (Kartellgesetz) si rivolgeva alla Corte di giustizia chiedendo se costituisse abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 Trattato CE (ora art. 102 TFUE) il fatto che un'impresa del settore della stampa che deteneva una rilevatissima quota del mercato dei quotidiani in uno Stato membro e che gestiva l'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale esistente nello stesso Stato membro negasse l'accesso a tale sistema, contro corrispettivo, all'editore di un quotidiano concorrente che, a motivo della bassa tiratura del giornale, non era in grado di creare e di gestire in modo economicamente conveniente, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio. Sul punto la Corte ha osservato:

« 24. A questo proposito la Oscar Bronner sostiene che la prestazione di servizi costituita dal recapito a domicilio di quotidiani rappresenta un mercato a parte, in quanto tale prestazione sarebbe di solito chiesta separatamente da altre prestazioni. Essa sottolinea del pari che, in via di principio, la prestazione effettuata con il mettere a disposizione un impianto e quella fornita con l'uso di tale impianto costituiscono mercati separati, secondo la dottrina delle « essential facilities », come sancita dalla Corte nella sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione, Racc. pag. I-743; in prosieguo: la « sentenza Magill »). Orbene, come proprietaria di una « essential facility » — nel caso di specie l'unico sistema di recapito a domicilio economicamente redditizio esistente in Austria su scala nazionale —, la Mediaprint sarebbe tenuta a rendere il suo sistema accessibile, a condizioni e prezzi corrispondenti a quelli di mercato, a prodotti concorrenti.

25. La Oscar Bronner rinvia inoltre in questo contesto alla sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Commercial Solvents/Commissione (Racc. pag. 223, punto 25), dalla quale risulterebbe che il rifiuto, opposto da un'impresa che gode di una posizione dominante, di fornire i suoi prodotti ad imprese operanti nello stadio immediatamente successivo del circuito commerciale è lecito solo se obiettivamente giustificato. Essa rileva che nella sentenza 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261), la Corte ha dichiarato che costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE] il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe esser svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta

impresa. Ora, questa considerazione sarebbe trasponibile al caso di un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato di una data prestazione di servizi, indispensabile per l'attività di un'altra impresa su un mercato diverso.

26. La Mediaprint obietta che, in via di principio, anche per le imprese detentrici di una posizione dominante vale il diritto all'autonomia della volontà, nel senso che esse hanno di regola la facoltà di scegliere liberamente la persona alla quale offrire le loro prestazioni e, in particolare, la persona alla quale consentire l'accesso ai loro impianti. Pertanto, un obbligo di stipulare contratti, al quale sarebbe soggetta l'impresa in posizione dominante, potrebbe essere basato sull'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] solo in circostanze eccezionali, come la Corte avrebbe espressamente affermato nella sentenza Magill.

27. Orbene, secondo la Mediaprint, dalle citate sentenze Commercial Solvents/Commissione e CBEM risulta che tali circostanze eccezionali sussistono solo se il rifiuto di fornitura opposto dall'impresa detentrici della posizione dominante può eliminare ogni concorrenza su un mercato situato in uno stadio successivo del circuito commerciale, ipotesi che non ricorre nella fattispecie, in cui, accanto al recapito a domicilio, esistono altri sistemi di distribuzione che consentono alla Oscar Bronner di vendere i suoi quotidiani in Austria.

28. La Mediaprint aggiunge che, anche ammettendo che tali circostanze eccezionali sussistano, il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di stipulare contratti non costituisce abuso se è obiettivamente giustificato. Così sarebbe nel caso di specie se l'integrazione dello « Standard » potesse compromettere il funzionamento del sistema di recapito a domicilio della Mediaprint o risultasse impossibile per motivi inerenti alla capacità del sistema medesimo.

29. La Commissione ricorda che spetta al giudice nazionale accertare se sussistano i presupposti per l'applicazione dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE]: solo se esiste un mercato specifico dei sistemi di recapito a domicilio e se la Mediaprint detiene su di esso una posizione dominante occorre esaminare se il suo rifiuto di integrare la Oscar Bronner in tale rete distributiva costituisca abuso.

30. Sottolineando come dall'ordinanza di rinvio risulti che nella fattispecie è stata ammessa nel sistema di recapito a domicilio della Mediaprint un'altra impresa, la Commissione osserva che un abuso come contemplato dall'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] potrebbe consistere, ai sensi della lett. c) dello stesso articolo, nell'applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti. A suo giudizio, però, ciò non si verifica nel caso di specie in quanto la prestazione chiesta dalla Oscar Bronner non è stata subordinata a condizioni diverse da quelle applicabili ad altri contraenti; non è stata offerta affatto poiché nel contempo non sono state chieste alla Mediaprint altre prestazioni.

31. A questo proposito, e per fornire al giudice di rinvio una soluzione utile, si deve preliminarmente ricordare che l'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] vieta, qualora possa essere pregiudizievole per il commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

32. Allo scopo di esaminare se un'impresa occupi una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] occorre attribuire importanza fondamentale, come la Corte ha più volte sottolineato, alla determinazione del mercato di cui trattasi e alla delimitazione della parte sostanziale del mercato comune in cui l'impresa è in grado di attuare eventualmente pratiche abusive che ostacolano un'effettiva concorrenza (v. sentenza 17 luglio 1997, causa C-242/95, GT-Link, Racc. pag. I-4449, punto 36).

33. Secondo una consolidata giurisprudenza, ai fini dell'applicazione dell'art. 86 del Trattato il mercato di un determinato prodotto o servizio comprende tutti i prodotti o servizi che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non sono facilmente intercambiabili con altri prodotti o servizi (v., in questo senso, sentenze 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Ore' al, Racc. pag. 3775, punto 25, e 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione, Racc. pag. I-3359, punto 51).

34. Per quanto riguarda la delimitazione del mercato di cui trattasi nella causa principale, spetterà quindi al giudice di rinvio accertare, in particolare, se i sistemi di recapito a domicilio costituiscono un mercato distinto o se altri modi di distribuzione di quotidiani, come la vendita nei negozi o nelle edicole o la consegna a mezzo posta, siano sufficientemente intercambiabili con detti sistemi per essere presi anch'essi in considerazione. Nel valutare la posizione dominante il giudice di rinvio dovrà pure tener conto, come ha rilevato la Commissione, dell'eventuale esistenza di sistemi regionali di recapito a domicilio.

35. Qualora, in esito a tale esame, concludesse per l'esistenza di un mercato distinto costituito dai sistemi di recapito a domicilio e per l'esistenza di un insufficiente grado di intercambiabilità tra il sistema della Mediaprint, che funziona su scala nazionale, ed altri sistemi regionali, il giudice di rinvio sarebbe necessariamente portato a considerare che la Mediaprint, la quale, secondo le informazioni ricavabili dall'ordinanza di rinvio, gestisce l'unico sistema di recapito a domicilio esistente in Austria su scala nazionale, si trova in una situazione di monopolio di fatto sul mercato così definito e pertanto detiene una posizione dominante su di esso.

36. In tale ipotesi il giudice di rinvio sarà del pari indotto a considerare che la Mediaprint detiene una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato comune, poiché risulta dalla giurisprudenza della Corte che il territorio di uno Stato membro al quale si estende una posizione dominante può costituire una parte sostanziale del mercato comune (v., in questo senso, sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 28, e 5 ottobre 1994, causa C-323/93, Centre d'insemination de la Crespelle, Racc. pag. I-5077, punto 17).

37. Infine, si dovrebbe verificare se il fatto che il proprietario dell'unico sistema di recapito a domicilio esistente su scala nazionale nel territorio di uno Stato membro, il quale se ne serve per distribuire i propri quotidiani, neghi l'accesso a detto sistema all'editore di un quotidiano concorrente costituisca un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] per il motivo che tale diniego priverebbe detto editore di un modo di distribuzione ritenuto essenziale per la vendita del suo quotidiano.

38. A questo proposito si deve rilevare, da un lato, che la Corte, giudicando abusivo, nelle citate sentenze Commercial Solvents/Commissione e CBEM, il fatto che un'impresa detentrica di una posizione dominante su un dato mercato si rifiuti di fornire a un'impresa con la quale si trova in concorrenza su un mercato vicino le materie prime (v. sentenza Commercial Solvents/Commissione, punto 25) o i servizi (v. sentenza CBEM, punto 26) indispensabili per l'esercizio dell'attività della detta impresa concorrente, lo ha fatto in quanto il comportamento di cui trattavasi poteva eliminare del tutto la concorrenza esercitata da quest'ultima.

39. Dall'altro va osservato che nella sentenza Magill, punti 49 e 50, la Corte ha confermato che il rifiuto del titolare di un diritto di proprietà intellettuale di concedere una licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione, ma anche sottolineato che l'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può determinare, in circostanze eccezionali, un comportamento abusivo.

40. Nella medesima sentenza la Corte ha considerato che tali circostanze erano costituite dal fatto che il rifiuto controverso riguardava un prodotto (l'informazione sui programmi settimanali di talune reti televisive) la cui fornitura era indispensabile per l'esercizio dell'attività di cui trattavasi (l'edizione di una guida televisiva generale), nel senso che, senza di essa, la persona che intendeva offrire detta guida si trovava nell'impossibilità di pubblicarla e di offrirla sul mercato (punto 53) e che detto rifiuto ostacolava l'emergere di un prodotto nuovo per il quale esisteva una domanda potenziale da parte dei consumatori (punto 54), non era giustificato da considerazioni obiettive (punto 55) e poteva determinare l'esclusione totale della concorrenza sul mercato derivato (punto 56).

41. Di conseguenza, anche supponendo che questa giurisprudenza relativa all'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale sia applicabile all'esercizio di qualsivoglia diritto di proprietà, occorrerebbe inoltre, per poter utilmente rifarsi alla sentenza Magill onde concludere per la

sussistenza di un abuso ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] in una situazione come quella oggetto della prima questione pregiudiziale, non solo che il diniego del servizio costituito dal recapito a domicilio possa eliminare del tutto la concorrenza sul mercato dei quotidiani da parte della persona che richiede il servizio e non sia obiettivamente giustificabile, ma anche che detto servizio sia, di per se', indispensabile per l'esercizio dell'attività di tale persona, nel senso che non esiste alcun modo di distribuzione che possa realmente o potenzialmente sostituirsi al predetto sistema di recapito a domicilio.

42. Orbene, certamente questa ipotesi non si verifica nemmeno nel caso in cui, come nella fattispecie, nel territorio di uno Stato membro esista un solo sistema di recapito a domicilio su scala nazionale e, per di più, se sul mercato dei servizi costituito da tale sistema o del quale fa parte tale sistema il proprietario di questo detiene una posizione dominante.

43. Da un lato, infatti, è pacifico che altri modi di distribuzione di quotidiani, come la distribuzione a mezzo posta e la vendita nei negozi e nelle edicole, anche se eventualmente meno vantaggiosi per la distribuzione di taluni quotidiani, esistono e sono utilizzati dagli editori di questi.

44. Dall'altro, non risultano esistere ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile a qualsiasi altro editore di quotidiani cercare, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale e avvalersene per distribuire i propri quotidiani.

45. A questo proposito occorre sottolineare che, per dimostrare che la creazione di un sistema del genere non costituisce un'alternativa potenziale realistica e che, quindi, l'accesso al sistema esistente è indispensabile, non basta sostenere che essa non è economicamente redditizia a motivo della bassa tiratura del quotidiano o dei quotidiani da distribuire.

46. Infatti, perché il detto accesso possa essere eventualmente considerato indispensabile occorrerebbe quanto meno provare, come ha rilevato l'avvocato generale nel paragrafo 68 delle sue conclusioni, che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente.

47. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la [...] questione dev'essere risolta nel senso che non costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] il fatto che un'impresa del settore della stampa che detiene una rilevatissima quota del mercato dei quotidiani in uno Stato membro e che gestisce l'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale esistente nello stesso Stato membro neghi l'accesso a tale sistema, contro un adeguato corrispettivo, all'editore di un quotidiano concorrente che, a motivo della bassa tiratura del giornale, non è in grado di creare e di gestire in modo economicamente conveniente, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio ».

7 ottobre 1999, *Irish Sugar plc c. Commissione*, causa T-228/97, Racc. II-2969.

Con decisione 97/624/CE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 86 del Trattato CE (IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc) (GUCE L 258, pag. 1), la Commissione irrogava alla ricorrente, unica trasformatrice di barbabietole da zucchero in Irlanda e principale fornitrice di zucchero nel territorio di questo Stato membro, un'ammenda per violazione dell'art. 86 del Trattato CE (divenuto art. 102 TFUE).

Il prodotto oggetto della decisione impugnata è lo zucchero bianco cristallizzato destinato al mercato del settore industriale nonché a quello della vendita al dettaglio.

Con tale decisione la Commissione accertava l'esistenza di violazioni dell'art. 86 (ora art. 102 TFUE) del Trattato nel corso di un periodo compreso tra il 1985 e il 1995, violazioni consistenti più precisamente in sette specifici comportamenti illeciti commessi dalla ricorrente (e/o dalla SDL per il periodo antecedente al febbraio 1990) sul mercato dello zucchero cristallizzato destinato alla vendita

al dettaglio e al settore industriale in Irlanda. La decisione infliggeva a tale titolo alla ricorrente un'ammenda pari a 8.800.000 ECU.

La Irish Sugar chiedeva l'annullamento di tale decisione. Riguardo alla nozione di abuso di posizione dominante il Tribunale ha osservato:

« 166. La Corte ha infatti precisato che un'impresa in posizione dominante su un mercato di materie prime non poteva abusare di tale posizione dominante su questo mercato per facilitare il suo ingresso in un mercato di prodotti derivati comprendenti le dette materie prime, pregiudicando la posizione concorrenziale degli altri operatori su quest'ultimo mercato, ad esempio rifiutando di rifornirli delle materie prime necessarie per le loro attività sul secondo mercato (sentenza della Corte 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, Racc. pag. 223, punto 25). Se la mancata concessione di sconti analoghi agli altri acquirenti di zucchero industriale non equivale ad un rifiuto di fornitura, è d'uopo prendere atto che il principio dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato per pregiudicare la concorrenza su un diverso mercato è stato già enunciato. Nella fattispecie, risulta inoltre che l'impresa di cui trattasi deteneva una posizione dominante su entrambi i mercati considerati.

167. Secondo la giurisprudenza, è riconducibile alle previsioni dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] il fatto che un'impresa in posizione dominante su un determinato mercato si riservi, senza obiettiva necessità, un'attività ausiliaria o derivata su un mercato vicino, ma distinto, in cui non occupa alcuna posizione dominante, al rischio di eliminare qualsiasi concorrenza su questo mercato (sentenza Tetra Pak/Commissione, citata, punti 115 e 186, e sentenza della Corte 14 novembre 1996, causa C-333/94, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. I-5951, punti 24 e seguenti). Due elementi giustificano l'applicazione di questa giurisprudenza al caso in esame. In primo luogo, esiste un'innegabile connessione tra i mercati dello zucchero industriale e quello dello zucchero destinato alla vendita al dettaglio. In secondo luogo, la ricorrente detiene del pari una posizione dominante sul mercato dello zucchero destinato alla vendita al dettaglio, cosa che essa non ha nemmeno contestato nell'ambito del presente procedimento. L'eventuale assenza di concorrenza tra i clienti della ricorrente che fruiscono degli sconti e le imprese confezionatrici concorrenti non esclude l'applicazione dell'art. 86 [ora art. 102 TFUE], secondo comma, lett. c), del Trattato, poiché la prassi discriminatoria censurata produce effetti anticoncorrenziali nei confronti delle imprese confezionatrici concorrenti sul mercato dello zucchero destinato alla vendita al dettaglio».

29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG, causa C-418/01, Racc. I-5039.

La società tedesca IMS Health GmbH & Co. OHG (in prosieguo: la « IMS ») si occupava di seguire le vendite nei settori dei prodotti farmaceutici e delle cure mediche in Germania e di fornire ai laboratori farmaceutici i dati ad esse relativi, configurati sulla base di strutture ad aree. Lamentando l'uso improprio da parte, prima, della società Pharma Intranet Information AG (in prosieguo: la « PII »), istituita da un ex direttore della IMS, poi della NDC Health GmbH & Co. (in prosieguo: la « NDC »), nata dall'acquisizione della PII, di una struttura ad aree che essa stessa aveva sviluppato per la fornitura di tali dati, la IMS chiedeva al giudice competente (Landgericht Frankfurt am Main) di vietare, prima all'una e poi all'altra società, l'uso di ogni struttura ad aree derivata da quella di sua creazione c.d. « a 1860 aree » (in prosieguo, genericamente, la « struttura a 1860 aree »). A seguito dei provvedimenti di divieto adottati dal giudice nazionale, la NDC presentava una denuncia alla Commissione, sostenendo che il rifiuto della IMS di rilasciarle una licenza di uso della struttura a 1860 aree costituiva una violazione dell'art. 82 Trattato CE (ora art. 102 TFUE), e la Commissione, adottando una decisione provvisoria, nell'ambito di una procedura a norma di tale disposizione, ordinava alla IMS di concedere a tutte le imprese presenti sul mercato dei servizi di fornitura di dati relativi alle vendite regionali in Germania una licenza di uso della struttura a 1860 aree, ritenendo che il rifiuto, senza obiettiva giustificazione, dell'accesso a tale

struttura avrebbe eliminato qualsiasi concorrenza sul mercato di cui trattasi, non essendo possibile, senza di essa, competere al suo interno. La IMS proponeva allora ricorso per annullamento avverso tale decisione e, ai sensi degli artt. 242 e 243 Trattato CE (ora 278 e 279 TFUE), chiedeva la sospensione dell'esecuzione di tale decisione sino a che il Tribunale di primo grado non avesse statuito nel merito. La sospensione e' stata concessa e, qualche tempo dopo, la Commissione revocava la decisione impugnata, ritenendo che non vi fosse piu' un'urgenza che imponeva provvedimenti provvisori prima dell'adozione di una decisione conclusiva del procedimento amministrativo. Intanto, nella causa ancora pendente tra le due societa' davanti al giudice nazionale, quest'ultimo, anche alla luce di quanto accaduto in sede comunitaria, riteneva che la IMS non potesse esercitare il suo diritto di vietare ogni uso illegittimo della sua opera, qualora, rifiutando alla NDC la concessione della licenza a condizioni ragionevoli, essa agisse abusivamente ai sensi dell'art. 82 Trattato CE (ora art. 102 TFUE) e, pertanto, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali inerenti l'interpretazione di tale articolo. La Corte, dopo aver ricordato che, avendo la Commissione aperto « un procedimento nell'ambito del quale esamina l'applicabilita' dell'art. 82 CE (ora art. 102 TFUE) ai fatti all'origine della controversia di cui alla causa a qua, [...] i giudici nazionali, allorché si pronunciano su accordi o pratiche che possono ancora costituire oggetto di decisione da parte della Commissione, debbono evitare di adottare decisioni incompatibili con quelle che la Commissione ha adottato o intende adottare per l'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE (ora artt. 101 e 102 TFUE) (sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis, Racc. pag. I-935, punto 47) », ha osservato:

« 21. Con la prima questione il giudice a quo vuole in sostanza sapere se il rifiuto, opposto da un'impresa che detiene una posizione dominante e che e' titolare di un diritto di proprieta' intellettuale su una struttura ad aree sulla cui base vengono presentati dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici in uno Stato membro, di concedere una licenza per l'uso di tale struttura ad un'altra impresa, che pure intende fornire siffatti dati nello stesso Stato membro ma che, in ragione del rigetto manifestato dai potenziali utilizzatori, non puo' sviluppare una struttura alternativa ad aree per la presentazione dei dati che vuole offrire, costituisca un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

22. [...] tale questione parte dal presupposto, di cui al giudice a quo spetta verificare la fondatezza, secondo il quale l'uso della struttura a 1860 aree, protetta da un diritto di proprieta' intellettuale, e' indispensabile per consentire a un concorrente potenziale di accedere al mercato sul quale l'impresa titolare del detto diritto occupa una posizione dominante.

23. Con la seconda questione il giudice a quo si interroga sull'incidenza che il grado di partecipazione degli utenti allo sviluppo di una struttura ad aree, protetta da un diritto di proprieta' intellettuale di cui e' titolare un'impresa in posizione dominante, puo' avere sulla valutazione del carattere abusivo del diniego di tale impresa di concedere una licenza d'uso della detta struttura. Con la terza questione il giudice a quo si interroga circa l'incidenza che nello stesso contesto e ai fini della medesima valutazione puo' avere il dispendio, in particolare in termini di costi, cui dovrebbero andare incontro i potenziali utenti per poter acquistare studi di mercato presentati sulla base di una struttura diversa da quella protetta dal diritto di proprieta' intellettuale.

24. [...] queste due ultime questioni [...] si incentrano sul presupposto sul quale riposa la prima questione poiche' mirano in sostanza a chiarire i criteri pertinenti per valutare se l'uso della struttura a 1860 aree, protetta da un diritto di proprieta' intellettuale, e' indispensabile per consentire a un potenziale concorrente di accedere al mercato sul quale l'impresa titolare del detto diritto occupa una posizione dominante.

25. Da quanto sopra consegue che la seconda e la terza questione vanno risolte per prime. [...]

28. Dai punti 43 e 44 della [...] sentenza Bronner [26 novembre 1998, causa C-7/97, Racc. pag. I-

7791] risulta che, per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire ad una impresa di svolgere la sua attività su un determinato mercato, si deve accertare se esistono prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose, e se esistono ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare sul detto mercato, creare, eventualmente in collaborazione con altri operatori, prodotti o servizi alternativi. Secondo il punto 46 della detta sentenza Bronner, per poter riconoscere l'esistenza di ostacoli di natura economica, occorre quanto meno provare che la creazione di tali prodotti o servizi non è economicamente redditizia per una produzione su una scala comparabile a quella dell'impresa che controlla il prodotto o il servizio esistente.

29. Spetta al giudice a quo valutare, alla luce degli elementi che gli sono stati sottoposti, se tale è il caso che ricorre nella causa a qua. A questo proposito [...] va preso in considerazione il fatto che l'intensa partecipazione delle imprese farmaceutiche allo sviluppo della struttura a 1860 aree, protetta dal diritto d'autore, sempreché sia dimostrato, ha potuto creare una dipendenza tecnica degli utenti nei confronti di tale struttura in particolare sul piano tecnico. Ciò considerato è probabile che tali imprese farmaceutiche dovrebbero fare sforzi tecnici ed economici estremamente elevati per poter acquisire studi sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici presentati sulla base di una struttura diversa da quella protetta dal diritto di proprietà intellettuale. Il fornitore di tale struttura alternativa potrebbe, in tal caso, essere costretto a offrire condizioni finanziarie tali da escludere ogni redditività economica per un'attività realizzata su una scala comparabile a quella dell'impresa che controlla la struttura protetta.

30. La seconda e la terza questione vanno pertanto risolte nel senso che, ai fini della valutazione del carattere eventualmente abusivo del rifiuto di un'impresa in posizione dominante di concedere una licenza d'uso su una struttura ad aree protetta da un diritto di proprietà intellettuale di cui essa è titolare, il grado di partecipazione degli utenti allo sviluppo della detta struttura e lo sforzo, in particolare in termini di costo, che gli utenti potenziali dovrebbero fornire per poter acquisire studi sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici presentati sulla base di una struttura alternativa sono elementi che debbono essere presi in considerazione per accertare se la struttura protetta sia indispensabile per la commercializzazione di studi di siffatta natura. [...]

31. Per quanto riguarda la questione se e a quali condizioni il rifiuto, da parte di un'impresa in posizione dominante su un determinato mercato e titolare di un diritto di proprietà intellettuale su un prodotto indispensabile per l'esercizio di un'attività su questo medesimo mercato, di concedere una licenza che consenta l'uso del detto prodotto possa costituire un comportamento abusivo, la IMS, la NDC e la Commissione fanno tutte e tre riferimento alla sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione, detta « Magill » (Racc. pag. I-743). Tuttavia, non la interpretano nello stesso modo e non ne traggono le stesse conseguenze. [...]

32. Secondo una consolidata giurisprudenza, il diritto esclusivo di riproduzione fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione (sentenza 5 ottobre 1988, causa 238/87, Volvo, Racc. pag. 6211, punto 8, e Magill, cit., punto 49).

33. Tuttavia, come risulta dalla medesima giurisprudenza, dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può, in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo (v. citate sentenze Volvo, punto 9, e Magill, punto 50).

34. La Corte ha considerato che siffatte circostanze eccezionali erano integrate nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza Magill, in cui il comportamento ascritto a reti televisive in posizione dominante consisteva nel fatto di avvalersi del diritto di autore conferito dalla normativa nazionale sugli elenchi dei loro programmi per impedire ad un'altra impresa di pubblicare su base settimanale, unitamente ai commenti, le informazioni relative ai detti programmi.

35. Secondo la sintesi della citata sentenza Magill, operata dalla Corte al punto 40 della citata

sentenza Bronner, tali circostanze eccezionali erano costituite dal fatto che il rifiuto controverso riguardava un prodotto (l'informazione sui programmi settimanali delle reti televisive) la cui fornitura era indispensabile per l'esercizio dell'attività di cui trattasi (l'edizione di una guida generale televisiva) nel senso che, senza tale fornitura, la persona che intendeva offrire detta guida si trovava nell'impossibilità di pubblicarla e di offrirla sul mercato (v. sentenza Magill, cit., punto 53), che tale rifiuto ostacolava l'emergere di un prodotto nuovo per il quale esisteva una domanda potenziale da parte dei consumatori (punto 54), che non era giustificato da considerazioni obiettive (punto 55) e che poteva determinare l'esclusione totale della concorrenza sul mercato derivato (punto 56).

36. Dalla giurisprudenza sopra esposta consegue che, affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato.

37. Alla luce dell'ordinanza di rinvio e delle osservazioni sottoposte alla Corte, che denotano una forte controversia circa l'interpretazione della terza condizione, occorre iniziare esaminando quest'ultima. [...]

38. Si deve a questo proposito ricordare l'iter seguito dalla Corte nella citata sentenza Bronner, in cui quest'ultima si era interrogata sulla questione se il fatto che un'impresa del settore della stampa che detiene una relevantissima quota del mercato dei quotidiani in uno Stato membro e che gestisce l'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale esistente nello stesso Stato membro neghi l'accesso a tale sistema, contro un adeguato corrispettivo, all'editore di un quotidiano concorrente che, a motivo della bassa tiratura del giornale, non è in grado di creare e di gestire in modo economicamente conveniente, da solo o in collaborazione con altri editori, un proprio sistema di recapito a domicilio costituisca un abuso di posizione dominante.

39. La Corte ha innanzi tutto invitato il giudice *a quo* a verificare se i sistemi di recapito a domicilio costituissero un mercato distinto (sentenza Bronner, cit., punto 34), sul quale, tenuto conto delle circostanze della specie, l'impresa operante nel settore della stampa avrebbe detenuto un monopolio di fatto e quindi una posizione dominante (punto 35). Ha successivamente invitato il detto giudice a verificare se il rifiuto da parte del proprietario dell'unico sistema di recapito a domicilio esistente su scala nazionale nel territorio dello Stato membro interessato, il quale si serviva di tale sistema per distribuire i propri quotidiani, di accordare l'accesso a detto sistema all'editore di un quotidiano concorrente avrebbe privato detto concorrente di un modo di distribuzione ritenuto essenziale per la vendita del suo quotidiano (punto 37).

40. La Corte ha così considerato pertinente, ai fini della valutazione del carattere abusivo di un rifiuto di concedere l'accesso a un prodotto o a un servizio indispensabile per l'esercizio di una determinata attività, distinguere un mercato a monte, costituito dal detto prodotto o dal detto servizio, nella specie il mercato del servizio di recapito a domicilio dei quotidiani, e un mercato (derivato) a valle, nel quale il prodotto o il servizio di cui trattasi viene usato per la produzione di un altro prodotto o la fornitura di un altro servizio, nella specie il mercato dei quotidiani stessi.

41. Il fatto che il servizio di recapito a domicilio non fosse stato commercializzato in modo separato non è stato ritenuto escludere di primo acchito la possibilità di individuare un mercato distinto.

42. Pertanto [...] si deve rilevare che, ai fini dell'applicazione della precedente giurisprudenza, è sufficiente che possa essere identificato un mercato potenziale, cioè ipotetico. Ciò si verifica allorché prodotti o servizi sono indispensabili per svolgere una determinata attività e per essi esiste un'effettiva domanda da parte delle imprese che intendono esercitare l'attività per la quale tali prodotti sono indispensabili.

43. Ne consegue che è determinante che possano essere identificati due diversi stadi di

produzione tra loro collegati in quanto il prodotto a monte e` un elemento indispensabile per la fornitura del prodotto a valle.

44. Trasposto ai fatti di cui alla causa a qua, questo modo di procedere porta ad accertare se la struttura a 1860 aree costituisca, a monte, un elemento indispensabile alla fornitura, a valle, di dati sulle vendite di prodotti farmaceutici in Germania.

45. Spetta al giudice a quo accertare se tale ipotesi ricorra e, se del caso, accertare se il rifiuto da parte della IMS di concedere una licenza per lo sfruttamento della struttura di cui trattasi sia tale da escludere ogni concorrente dal mercato della fornitura dei dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici in Germania. [...]

46. [...] tale condizione risponde alla considerazione secondo cui, nella ponderazione dell'interesse relativo alla tutela del diritto di proprieta` intellettuale e alla liberta` di iniziativa economica del suo titolare, da un lato, con l'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza, dall'altro, questo puo` prevalere solo quando il rifiuto di concedere una licenza e` di ostacolo allo sviluppo del mercato derivato a danno dei consumatori.

47. Pertanto, il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di dare accesso a un prodotto protetto da un diritto di proprieta` intellettuale, allorché tale prodotto e` indispensabile per operare su un mercato derivato, puo` essere considerato abusivo solo qualora l'impresa che ha chiesto la licenza non intenda limitarsi, in sostanza, a riprodurre prodotti o servizi che sono gia` offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprieta` intellettuale, ma abbia l'intenzione di offrire prodotti o servizi nuovi che il titolare non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori.

48. Spetta al giudice a quo verificare se tale e` il caso che ricorre nella causa a qua. [...]

49. Per quanto riguarda [la condizione relativa al carattere ingiustificato del rifiuto], la cui interpretazione non ha costituito oggetto di specifiche osservazioni, spetta al giudice a quo esaminare, se del caso, alla luce degli elementi sottopostigli, se il rifiuto opposto alla domanda di licenza di uso sia giustificato o no da considerazioni obiettive.

50. Pertanto la prima questione va risolta nel senso che il rifiuto, opposto da un'impresa che detiene una posizione dominante e che e` titolare di un diritto di proprieta` intellettuale su una struttura ad aree indispensabile per la presentazione di dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici in uno Stato membro, di concedere una licenza per l'uso di tale struttura ad un'altra impresa, che intende anch'essa fornire siffatti dati nello stesso Stato membro, costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] qualora siano integrate le seguenti condizioni:

1.l'impresa che ha chiesto la licenza intende offrire sul mercato della fornitura dei dati di cui trattasi prodotti o servizi nuovi che il titolare del diritto di proprieta` intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;

2.il rifiuto non e` giustificato da considerazioni obiettive;

3.il rifiuto e` tale da riservare al titolare del diritto di proprieta` intellettuale il mercato della fornitura dei dati sulle vendite di prodotti farmaceutici nello Stato membro interessato escludendo ogni concorrenza sul detto mercato».

17 settembre 2007, *Microsoft c. Commissione*, causa T-201/04, Racc. II-3601.

La Microsoft Corp. (in prosieguo: la «Microsoft»), società con sede in Redmond, Washington (Stati Uniti), concepisce, sviluppa e commercia una vasta gamma di software destinati a diversi tipi di attrezzature informatiche. Inoltre, la Microsoft fornisce servizi di assistenza tecnica per i suoi diversi prodotti. Nel settembre del 1998, la Sun Microsystems, Inc. (in prosieguo: la «Sun»), società avente sede in Palo Alto, California (Stati Uniti), che fornisce tra l'altro server e sistemi operativi per server, ha chiesto alla Microsoft di fornire alla Sun tutte le informazioni necessarie per consentirle alle applicazioni ideate per essere eseguite su Solaris di comunicare in modo trasparente con i sistemi

operativi Windows e/o i software basati su Windows. A questa richiesta della Sun non seguiva una risposta soddisfacente da parte della Microsoft. Il 10 dicembre 1998 la Sun presentava, quindi, una denuncia alla Commissione ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17/1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 CEE (oggi artt. 101 e 102 TFUE). Nella denuncia, la Sun lamentava il rifiuto opposto dalla Microsoft di comunicarle le informazioni e la tecnologia necessarie per consentire l'interoperabilità dei suoi sistemi operativi per server per gruppi di lavoro con il sistema operativo Windows per PC clienti. Il 2 agosto 2000 la Commissione inviava alla Microsoft una prima comunicazione degli addebiti, vertente in sostanza su questioni relative all'interoperabilità fra i sistemi operativi Windows per PC clienti, da un lato, e i sistemi operativi per server di altri fornitori, dall'altro lato (interoperabilità client-server). Nel frattempo, nel febbraio 2000, la Commissione avviava un'indagine d'ufficio vertente, in particolare, sulla generazione Windows 2000 dei sistemi operativi per PC clienti e per server per gruppi di lavoro della Microsoft nonché sull'integrazione, da parte di quest'ultima, del suo lettore multimediale Windows Media Player nel proprio sistema operativo Windows per PC clienti. L'indagine si concludeva con l'invio, il 29 agosto 2001, di una seconda comunicazione degli addebiti alla Microsoft, con cui la Commissione reiterava le precedenti censure relative all'interoperabilità client-server. Essa inoltre affrontava alcune questioni relative all'interoperabilità fra server per gruppi di lavoro (interoperabilità server-server). Il 6 agosto 2003 la Commissione inviava alla Microsoft una terza comunicazione degli addebiti che, secondo la stessa Commissione, era destinata a completare le due precedenti e a fornire indicazioni sulle misure correttive che essa intendeva adottare. Il 1 dicembre 2003 la Microsoft presentava osservazioni complementari sulla terza comunicazione degli addebiti. Il 24 marzo 2004 la Commissione adottava la decisione 2007/53/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE contro Microsoft Corporation (caso COMP/C-3/37.792 - Microsoft). La Microsoft proponeva ricorso al Tribunale di primo grado con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 7 giugno 2004. Sulla nozione di abuso di posizione dominante il Tribunale, in particolare, ha osservato:

« 479. Le quattro categorie di argomenti invocati dalla Microsoft a sostegno della sua tesi secondo cui la circostanza relativa all'eliminazione della concorrenza non sussiste nel caso di specie verranno esaminate dal Tribunale nell'ordine seguente: in primo luogo, la definizione del mercato del prodotto di cui trattasi; in secondo luogo, il metodo applicato per calcolare le quote di mercato; in terzo luogo, il criterio applicabile; in quarto luogo, la valutazione dei dati del mercato e della situazione concorrenziale». [...]

Con riguardo alla definizione del mercato del prodotto rilevante, il Tribunale ha osservato:

«482. In via preliminare, va osservato che la definizione del mercato del prodotto, implicando valutazioni economiche complesse da parte della Commissione, può essere soggetta solo ad un controllo limitato da parte del giudice comunitario (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 6 giugno 2002, causa T-342/99, Airtours/Commissione, Racc. pag. II-2585, punto 26). Tuttavia quest'ultimo non può astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Al riguardo, detto giudice è tenuto a verificare se la valutazione della Commissione si basi su elementi di prova esatti, attendibili e coerenti, che costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e che siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono (v., in tal senso, sentenza Commissione/Tetra Laval [15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, Racc. pag. I-987] al punto 89 supra, punto 39).

483. Va inoltre rilevato che la Microsoft si limita in sostanza, da un lato, a riprendere argomenti da essa già esposti durante il procedimento amministrativo ed espressamente respinti dalla Commissione nella decisione impugnata, senza spiegare perché la valutazione da quest'ultima effettuata sarebbe errata e, dall'altro lato, a fare un rinvio generico a due relazioni contenute rispettivamente

nell'allegato A.23 al ricorso e nell'allegato C.12 alla replica. Per le ragioni esposte ai punti 94-99 della presente sentenza, queste ultime relazioni saranno prese in considerazione dal Tribunale solo nei limiti in cui servano a suffragare o a completare motivi o argomenti espressamente dedotti dalla Microsoft nelle proprie memorie.

484. Per giungere alla definizione contestata del mercato del prodotto, la Commissione ha tenuto conto della sostituibilità dei prodotti tanto dal lato della domanda quanto dal lato dell'offerta. Al riguardo va ricordato, come emerge dalla comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU 1997, C 372, pag. 5, punto 7), che «[i]l mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati». Va inoltre ricordato, come spiegato al punto 20 della suddetta comunicazione, che si può prendere in considerazione anche la sostituibilità sul versante dell'offerta quando si tratta di definire il mercato di cui trattasi in operazioni nelle quali tale sostituibilità ha effetti equivalenti, in termini di efficacia e di immediatezza, a quelli della sostituibilità sul versante della domanda. Occorre, a tal fine, che i fornitori siano in grado di modificare il loro processo produttivo in modo da fabbricare i prodotti in causa e immetterli sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare significativi rischi aggiuntivi, in risposta a piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi.

485. Va subito rilevato che l'individuazione del secondo mercato non è affatto basata sull'idea che esisterebbe una categoria separata di sistemi operativi che eseguono esclusivamente operazioni di condivisione di files e di stampanti nonché di gestione di utenti e di gruppi di utenti. Al contrario, più volte nella decisione impugnata la Commissione ammette espressamente che i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro possono essere utilizzati anche per svolgere altre funzioni e, in particolare, per applicazioni che non sono a «missione critica» (v., in particolare, punti 59, 355, 356 e 379 della decisione impugnata). Al punto 59 della decisione impugnata essa precisa che le applicazioni che non sono a «missione critica» sono quelle il cui cattivo funzionamento «avrà ripercussioni sull'attività di alcuni utenti, senza [però] mettere in discussione l'attività complessiva dell'organizzazione». Al riguardo, essa si riferisce, più in particolare, al funzionamento dei servizi di posta elettronica interna. Come verrà spiegato più in dettaglio nel prosieguo, la definizione accolta dalla Commissione si basa, di fatto, sulla constatazione che la capacità dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro di fornire collettivamente i servizi di condivisione di files e di stampanti nonché di gestione di utenti e di gruppi di utenti, fatte salve le altre operazioni che sono in grado di eseguire, costituisce una caratteristica fondamentale dei suddetti sistemi e che questi ultimi vengono in primo luogo ideati, venduti, acquistati ed utilizzati in vista della fornitura dei suddetti servizi.

486. Per quel che riguarda, in primo luogo, la sostituibilità sul versante della domanda, al punto 387 della decisione impugnata la Commissione conclude che «non esistono prodotti che (...) sono in grado di esercitare sui sistemi operativi per server per gruppi di lavoro pressioni concorrenziali tali da poter essere ricompresi nello stesso mercato del prodotto rilevante».

487. Per giungere a tale conclusione, in primo luogo, la Commissione ha osservato che dalle informazioni ottenute nell'ambito dell'indagine di mercato del 2003 emergeva che i server per gruppi di lavoro eseguivano un insieme distinto di operazioni collegate tra di loro e richieste dai consumatori (punti 348-358 della decisione impugnata).

488. Il Tribunale considera che tale osservazione è confermata dagli elementi del fascicolo e la Microsoft non fa valere alcun argomento idoneo a metterla in discussione.

489. Al riguardo va ancora osservato che, nella sua richiesta di informazioni del 4 giugno 2003, la Commissione ha chiesto alle organizzazioni interessate se al loro interno vi fosse un particolare tipo di server per la fornitura di servizi di condivisione di files e di stampanti nonché di gestione di utenti e di gruppi di utenti (prima parte della domanda n. 1). Tra le 85 organizzazioni che hanno risposto a detta domanda, 70 (pari a circa l'82,3%) hanno indicato che tale era il caso. [...]

643. Occorre sottolineare che la circostanza che il comportamento contestato ostacoli la comparsa di

un prodotto nuovo sul mercato dev'essere valutata alla luce dell'art. 82 [ora art. 102 TFUE], secondo comma, lett. b), CE, il quale vieta le pratiche abusive consistenti nel «limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori».

644. Così, al punto 54 della sentenza Magill [sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione (Racc. pag. I-743; in prosieguo: la «sentenza Magill»)] la Corte ha dichiarato che il rifiuto, da parte delle società di telediffusione considerate, doveva essere qualificato come abusivo ai sensi della suddetta disposizione, in quanto ostacolava la comparsa di un prodotto nuovo che esse non offrivano e per il quale sussisteva una domanda potenziale dei consumatori.

645. Emerge dalla decisione che era oggetto della causa nella quale è stata pronunciata tale sentenza, che la Commissione aveva ritenuto, più precisamente, che con il loro rifiuto le suddette società di telediffusione limitavano la produzione o gli sbocchi a danno dei consumatori [v. punto 23, primo comma, della decisione della Commissione 21 dicembre 1988, 89/205/CEE, relativa ad una procedura in applicazione dell'articolo [82 CE] (IV/31.851, Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE) (GU 1989, L 78, pag. 43)]. Essa aveva, in effetti, rilevato che il detto rifiuto impediva agli editori di produrre e pubblicare una guida televisiva generale settimanale per i consumatori in Irlanda e Irlanda del Nord, un tipo di guida che all'epoca non era disponibile su tale mercato geografico. Le società di telediffusione interessate pubblicavano ciascuna una guida televisiva settimanale, dedicata però esclusivamente ai loro programmi. Per constatare un abuso di posizione dominante commesso dalle suddette società, la Commissione aveva posto l'enfasi sul pregiudizio che la mancanza sul mercato di una guida televisiva settimanale generale in Irlanda e Irlanda del Nord causava ai consumatori, i quali, desiderosi di informarsi sull'offerta di programmi per la settimana seguente, non avevano altra possibilità se non di acquistare le guide settimanali di ciascuna emittente, onde trarne personalmente i dati utili per procedere ad un raffronto.

646. Nella sentenza IMS Health, citata supra [...], la Corte, nel valutare la circostanza relativa alla comparsa di un prodotto nuovo, l'ha collocata anche nell'ambito del pregiudizio arrecato agli interessi dei consumatori. Così, al punto 48 di tale sentenza, facendo rinvio al paragrafo 62 delle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano relative alla stessa causa (Racc. pag. I-5042), la Corte ha sottolineato che tale circostanza rispondeva alla considerazione secondo cui, nella ponderazione dell'interesse relativo alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e alla libertà di iniziativa economica del suo titolare, da un lato, e dell'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza, dall'altro, quest'ultimo può prevalere solo se il rifiuto di concedere una licenza impedisca lo sviluppo del mercato derivato a danno dei consumatori.

647. Va osservato che la circostanza relativa alla comparsa di un prodotto nuovo, come prevista dalle sentenze Magill, citata supra [...], e IMS Health [sentenza 29 aprile 2004, causa C-418/01, Racc. pag. I-5039] non può costituire l'unico parametro che consente di stabilire se il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale possa portare pregiudizio ai consumatori ai sensi dell'art. 82 [ora art. 102 TFUE], secondo comma, lett. b), CE. Come risulta infatti dalla lettera di tale disposizione, il detto pregiudizio può verificarsi in presenza di una limitazione non solo della produzione o degli sbocchi, ma anche dello sviluppo tecnico.

648. È su quest'ultima ipotesi che la Commissione si è pronunciata nella decisione impugnata. Essa ha così ritenuto che il rifiuto contestato alla Microsoft limitava lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori ai sensi dell'art. 82 [ora art. 102 TFUE], secondo comma, lett. b), CE (punti 693-701 e 782 della decisione impugnata) e ha respinto l'affermazione della ricorrente secondo cui non era dimostrato che il suddetto rifiuto causasse un pregiudizio ai consumatori (punti 702-708 della decisione impugnata).

649. Il Tribunale ritiene che le considerazioni della Commissione contenute nei punti della decisione supra menzionati non siano manifestamente erranee.

650. Infatti, in primo luogo, giustamente la Commissione, al punto 694 della decisione impugnata, ha osservato che «[i]n ragione della mancanza di interoperabilità che i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti sono in grado di raggiungere con l'architettura di dominio Windows, un

numero crescente di consumatori risulta imprigionato in una soluzione omogenea Windows quanto ai sistemi operativi per server per gruppi di lavoro».

651. In proposito, occorre ricordare che, come già indicato supra [...], il rifiuto contestato alla Microsoft impediva ai suoi concorrenti di sviluppare sistemi operativi per server per gruppi di lavoro capaci di raggiungere un grado di interoperabilità sufficiente con l'architettura di dominio Windows, il che faceva sì che, nel decidere sull'acquisto di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, i consumatori si orientassero verso i prodotti Microsoft. È stato altresì osservato [...] che da numerosi elementi del fascicolo emergeva che le tecnologie della gamma Windows 2000, in particolare l'Active Directory, venivano adottate in misura crescente dalle organizzazioni. Dato che i problemi di interoperabilità si presentano in modo più acuto con i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro appartenenti alla suddetta gamma di prodotti che non con i prodotti della generazione precedente (v. supra, punti 571-574 e punti 578-584, 588 e 613 della decisione impugnata), la crescente adozione dei suddetti sistemi non fa che rafforzare l'effetto di «imprigionamento» di cui al punto precedente.

652. La restrizione in tal modo provocata alle scelte dei consumatori è tanto più pregiudizievole per questi ultimi in quanto, come già osservato [...], essi ritengono i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti superiori ai sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro relativamente a tutta una serie di caratteristiche che essi considerano di grande importanza, come l'«affidabilità/disponibilità del sistema» e la «sicurezza integrata nel sistema operativo per server».

653. In secondo luogo, giustamente la Commissione ha ritenuto che il vantaggio artificiale in termini di interoperabilità che la Microsoft si riservava, in forza del suo rifiuto, dissuadeva i suoi concorrenti dallo sviluppare e immettere sul mercato sistemi operativi per server per gruppi di lavoro dotati di caratteristiche innovative, a danno, in particolare, dei consumatori (v., in tal senso, punto 694 della decisione impugnata). Tale rifiuto, infatti, pone i concorrenti in svantaggio rispetto alla Microsoft per quel che riguarda i meriti dei loro prodotti, in particolare relativamente a parametri come la sicurezza, l'affidabilità, la facilità d'uso o la rapidità di esecuzione delle operazioni (punto 699 della decisione impugnata). [...]

656. Così, la decisione impugnata si basa sull'idea secondo cui, una volta eliminato l'ostacolo rappresentato, per i concorrenti della Microsoft, dall'insufficiente grado di interoperabilità con l'architettura di dominio Windows, essi saranno in grado di offrire sistemi operativi per server per gruppi di lavoro che, lungi dal rappresentare una semplice riproduzione dei sistemi Windows già presenti sul mercato, si distingueranno da questi ultimi relativamente a parametri importanti per i consumatori (v., in tal senso, punto 699 della decisione impugnata).

657. Occorre ricordare, al riguardo, che i concorrenti della Microsoft non sarebbero peraltro in grado di clonare o di riprodurre i prodotti di quest'ultima avendo accesso alle sole informazioni sull'interoperabilità indicate nella decisione impugnata. Oltre al fatto che la stessa Microsoft ammette, nelle sue memorie, che la misura correttiva prevista dall'art. 5 della stessa decisione non consentirebbe il raggiungimento di un simile risultato [...], va ribadito che le informazioni in parola non si estendono a dettagli di implementazione o ad altri elementi del codice sorgente di Microsoft [...]. Deve inoltre rilevarsi che i protocolli a proposito dei quali la Microsoft è tenuta a divulgare alcune specificazioni in attuazione della decisione impugnata rappresentano solo una minima parte dell'insieme di protocolli che sono applicati nei sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro.

658. Va aggiunto che i concorrenti della Microsoft non avrebbero alcun interesse a contentarsi di riprodurre i sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro. Una volta in grado di sviluppare, grazie alle informazioni loro comunicate, sistemi operativi sufficientemente interoperabili con l'architettura di dominio Windows, essi non avranno altra scelta, al fine di godere di un vantaggio concorrenziale sulla Microsoft e di restare in modo redditizio sul mercato, se non quella di diversificare i propri prodotti da quelli della Microsoft rispetto ad alcuni parametri e a determinate caratteristiche. Va ricordato in proposito, come sottolineato dalla Commissione ai punti 719-721 della

decisione impugnata, che l'implementazione di specificazioni è un'operazione difficoltosa, che esige ingenti investimenti in termini finanziari e di tempo.

659. Infine, quanto all'argomento della Microsoft secondo cui essa sarà meno incentivata a elaborare una determinata tecnologia se fosse costretta a metterla a disposizione dei suoi concorrenti [...], è sufficiente constatare che si tratta di un argomento privo di rilievo in sede di esame della circostanza relativa al prodotto nuovo, ove occorre valutare l'impatto del rifiuto di cui trattasi sugli incentivi ad innovare per i concorrenti della Microsoft e non la questione degli incentivi ad innovare per quest'ultima. Tale ultima questione dev'essere valutata in sede di esame della circostanza relativa alla mancanza di giustificazione oggettiva.

660. In terzo luogo, sempre giustamente la Commissione ha respinto, in quanto infondata, l'affermazione fatta dalla Microsoft durante il procedimento amministrativo, secondo cui non era dimostrato che il rifiuto ad essa contestato causasse un pregiudizio ai consumatori (punti 702-708 della decisione impugnata). [...]

664. Infine, va ricordato che secondo una giurisprudenza costante l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] vuole colpire non solo le pratiche atte a danneggiare direttamente i consumatori, ma anche quelle che recano loro un danno indiretto, indebolendo la struttura di effettiva concorrenza (sentenza della Corte 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 125, e sentenza Irish Sugar/Commissione [7 ottobre 1999, causa T-228/97, Racc. pag. II-2969], al punto 229 supra, punto 232). Nel caso di specie, la Microsoft ha compromesso la struttura di concorrenza effettiva sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro acquistando su di esso una considerevole quota.

665. Dal complesso di considerazioni che precedono deve dedursi che il rilievo della Commissione secondo cui il rifiuto contestato alla Microsoft limita lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori, ai sensi dell'art. 82 [ora art. 102 TFUE], secondo comma, lett. b), CE, non è manifestamente erroneo. Deve pertanto ritenersi che ricorra nel caso di specie la circostanza relativa alla comparsa di un prodotto nuovo».

Sulla mancanza di giustificazione oggettiva, il Tribunale ha osservato:

«688. In via preliminare va rilevato che, se l'onere della prova riguardo all'esistenza di circostanze costitutive di una violazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] grava sulla Commissione, è tuttavia all'impresa dominante interessata, e non alla Commissione, che spetta all'occorrenza, e prima che si chiuda il procedimento amministrativo, far valere un'eventuale giustificazione obiettiva e dedurre argomenti ed elementi di prova al riguardo. La Commissione è tenuta allora, qualora intenda dichiarare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, a dimostrare che gli argomenti e gli elementi di prova addotti dalla suddetta impresa non sono convincenti e che quindi la giustificazione addotta non può essere accolta.

689. Nel caso di specie, come osservato al punto 709 della decisione impugnata, e come espressamente confermato dalla Microsoft nel ricorso, quest'ultima a giustificazione del suo comportamento ha dedotto unicamente il fatto che la tecnologia di cui si tratta era protetta da diritti di proprietà intellettuale. In questo contesto essa ha precisato che, qualora fosse stata obbligata a concedere a terzi l'accesso a tale tecnologia, questo «farebbe venir meno le future spinte ad investire nella creazione di proprietà intellettuale» (punto 709 della decisione impugnata). In sede di replica, la Microsoft ha altresì invocato il fatto che la detta tecnologia era segreta, di grande valore e conteneva innovazioni importanti.

690. Il Tribunale sostiene che il semplice fatto - anche supponendolo accertato - che i protocolli di comunicazione indicati nella decisione impugnata, o le loro specificazioni, siano coperti da diritti di proprietà intellettuale, non può costituire una giustificazione obiettiva ai sensi delle sentenze Magill e IMS Health, citate supra [...]. Infatti, la tesi in tal modo sostenuta dalla Microsoft è incompatibile con la ratio della deroga che detta giurisprudenza ammette in materia a favore della libera concorrenza, in

quanto, se il semplice fatto di detenere diritti di proprietà intellettuale potesse costituire di per sé una giustificazione obiettiva del rifiuto di concedere una licenza, la deroga individuata dalla giurisprudenza non verrebbe mai applicata. In altri termini, un rifiuto di dare in licenza un diritto di proprietà intellettuale non potrebbe mai essere considerato come violazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], mentre nelle sentenze *Magill* e *IMS Health*, citate supra [...], la Corte ha dichiarato esattamente il contrario.

691. A questo proposito, come indicato supra [...], va ricordato che il giudice comunitario ritiene che la facoltà del titolare di un diritto di proprietà intellettuale di sfruttarlo a proprio esclusivo vantaggio costituisce la sostanza stessa del suo diritto esclusivo. Pertanto, il semplice rifiuto di concedere una licenza a terzi, anche qualora provenga da un'impresa di posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]. Solo se accompagnato da circostanze eccezionali, come quelle individuate finora nella giurisprudenza, tale rifiuto può essere qualificato come abusivo e di conseguenza è consentito, nell'interesse pubblico al mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato, usurpare il diritto esclusivo del titolare del diritto di proprietà intellettuale costringendolo a concedere licenze a terzi che tentano di entrare sul detto mercato o di restarvi. In proposito, occorre ricordare che è stato accertato più sopra che le suddette circostanze eccezionali erano presenti nel caso di specie.

692. Non può essere accolto neppure l'argomento dedotto dalla *Microsoft* in sede di replica e basato sul fatto che la tecnologia di cui si tratta sarebbe segreta, di grande valore per i beneficiari della licenza e conterrebbe innovazioni importanti.

693. Infatti, in primo luogo, il fatto che la tecnologia in parola sia segreta è la conseguenza di una decisione commerciale unilaterale della *Microsoft*. Inoltre, quest'ultima non può basarsi sull'asserita segretezza delle informazioni sull'interoperabilità per sostenere che può essere obbligata a divulgarle solo se sussistono le circostanze eccezionali individuate dalla Corte nelle sentenze *Magill* e *IMS Health*, citate [...], e, contemporaneamente, giustificare il suo rifiuto sempre sulla base della presunta segretezza delle suddette informazioni. Infine, nulla giustifica il fatto che una tecnologia segreta goda di un grado di tutela più elevato rispetto, per esempio, ad una tecnologia coercitivamente divulgata al pubblico dal suo inventore nell'ambito di una procedura di rilascio di un brevetto.

694. In secondo luogo, le informazioni sull'interoperabilità, una volta che ne sia dimostrato il carattere indispensabile – come nel caso di specie –, sono necessariamente di grande valore per i concorrenti che vogliono avervi accesso.

695. In terzo luogo, è inerente al fatto che l'impresa interessata detenga un diritto di proprietà intellettuale il fatto che l'oggetto di tale diritto abbia carattere innovativo o originale. In effetti, non può esistere brevetto se non c'è invenzione né diritto d'autore se non c'è opera originale. [...]

709. In altri termini, conformemente ai principi stabiliti dalla giurisprudenza [...], la Commissione, dopo aver stabilito che le circostanze eccezionali individuate dalla Corte nelle sentenze *Magill* e *IMS Health*, citate supra [...], erano presenti nel caso di specie, ha valutato se la giustificazione addotta dalla *Microsoft*, basata sul presunto pregiudizio per i suoi incentivi ad innovare, fosse atta a prevalere sulle circostanze eccezionali suddette, compresa quella secondo cui il rifiuto in parola limitava lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori ai sensi dell'art. 82 [ora art. 102 TFUE], secondo comma, lett. b), CE.

710. La Commissione ha risposto negativamente alla suddetta questione, non dopo aver ponderato l'impatto negativo che l'imposizione di un obbligo di fornire le informazioni in parola potrebbe avere sugli incentivi per la *Microsoft* ad innovare rispetto all'impatto positivo di tale obbligo sull'innovazione nell'insieme del settore, bensì dopo aver respinto gli argomenti della *Microsoft* relativi al timore di clonazione dei suoi prodotti (punti 713-729 della decisione impugnata), aver rilevato che la divulgazione delle informazioni sull'interoperabilità era una prassi diffusa nell'industria interessata (punti 730-735 della decisione impugnata), aver spiegato che l'impegno assunto nel 1984 dall'*IBM* nei confronti della Commissione non era in sostanza diverso da quello imposto alla *Microsoft* nella decisione impugnata (punti 736-742 della decisione impugnata) e

chiarito che il suo approccio era conforme alla direttiva 91/250 (punti 743-763 della decisione impugnata).

711. Dall'insieme delle considerazioni che precedono emerge che la Microsoft non ha provato l'esistenza di una qualsiasi giustificazione obiettiva del suo rifiuto di divulgare le informazioni sull'interoperabilità di cui trattasi.

712. Inoltre, poiché nel caso di specie erano presenti le circostanze eccezionali individuate dalla Commissione nelle sentenze Magill e IMS Health, citate supra [...], il primo capo del motivo dev'essere dichiarato infondato nel suo complesso ».

1 luglio 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, causa C-49/07, Racc. I-4863.

La Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) (Federazione greca di motociclismo; in prosieguo: la «MOTOE») è un'associazione greca di diritto privato senza scopo di lucro avente per oggetto l'organizzazione di gare motociclistiche in Grecia. Tra i suoi membri vi sono diversi club regionali di motociclismo. Il 13 febbraio 2000 tale associazione presentava al ministro competente una domanda diretta ad ottenere l'autorizzazione ad organizzare gare nell'ambito del trofeo panellenico della MOTOE, secondo un programma allegato a tale domanda. Conformemente all'art. 49, par. 2, del codice stradale greco, tale programma veniva trasmesso all'Elliniki Leschi Aftokinitou kai Perigiseon (Club automobilistico e turistico greco; in prosieguo: l'«ELPA»), persona giuridica, associazione senza scopo di lucro, che rappresenta in Grecia la FIM, per ottenere un parere conforme ai fini della concessione dell'autorizzazione richiesta. In risposta alla domanda della MOTOE diretta a ottenere informazioni sul seguito dato alle sue domande di autorizzazione, il ministero competente indicava a quest'ultima, nell'agosto 2000, che non gli era pervenuto nessun documento dell'ELPA contenente il suo parere conforme a norma dell'art. 49 del codice stradale greco. Eccependo l'illegittimità di tale rigetto implicito, la MOTOE proponeva un ricorso dinanzi al Dioikitiko Protodikeio Athinon (Tribunale amministrativo di primo grado di Atene), diretto ad ottenere un risarcimento pecuniario di GRD 5.000.000 per l'asserito danno morale subito a causa dell'impossibilità in cui si è trovata di organizzare la gara in questione. La MOTOE ha fatto valere che l'art. 49 del codice stradale greco è contrario, da un lato, al principio costituzionale di imparzialità degli organi amministrativi e, dall'altro, agli artt. 82 e 86, par. 1, CE (oggi artt. 102 e 106 TFUE), in quanto la disposizione nazionale controversa consente all'ELPA, la quale organizza direttamente gare motociclistiche, di istituire un monopolio in tale settore e di abusarne. Il Dioikitiko Protodikeio Athinon respingeva il ricorso della MOTOE. La MOTOE, quindi, proponeva ricorso dinanzi al Dioikitiko Efeteio Athinon che rilevava, anzitutto, che le attività dell'ELPA non si limitano all'ambito strettamente sportivo, cioè al potere conferito a quest'ultima dall'art. 49 del codice stradale greco, dato che essa svolge anche attività economiche, consistenti nella conclusione di contratti di sponsorizzazione, di pubblicità e di assicurazione. Alla luce di quanto precede, il Dioikitiko Efeteio Athinon decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. Sulla nozione di abuso di posizione dominante, in particolare, la Corte ha osservato:

« 19. Con le sue questioni, che è opportuno trattare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, da un lato, se una persona giuridica, associazione senza scopo di lucro, quale l'ELPA, rientri nell'ambito di applicazione degli artt. 82 CE e 86 CE [ora artt. 102 e 106 TFUE], dal momento che le sue attività consistono non solo nel partecipare alle decisioni amministrative che autorizzano l'organizzazione di gare motociclistiche, ma anche nell'organizzare direttamente le gare in questione e nel concludere in tale contesto contratti di sponsorizzazione, di pubblicità, nonché di assicurazione e, dall'altro, se tali disposizioni del Trattato ostino ad una regola, come quella enunciata dall'art. 49 del codice stradale greco, in quanto conferisce ad un'associazione siffatta il potere di emettere un parere

conforme sulle domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare senza fissare limiti, obblighi e controlli all'esercizio di tale potere.

20. In proposito occorre ricordare, anzitutto, che il diritto comunitario della concorrenza riguarda le attività delle imprese (sentenze 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-Inno-BM, Racc. pag. 2115, punto 31, e 11 dicembre 2007, causa C-280/06, ETI e a., Racc. pag. I-10893, punto 38 e la giurisprudenza ivi citata). Più specificamente, l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] è applicabile alle imprese che occupano una posizione dominante.

21. Se il Trattato non definisce la nozione di impresa, la Corte ha ripetutamente dichiarato che va così definito qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 21, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband e a., Racc. pag. I-2493, punto 46).

22. Si deve ricordare, in proposito, che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (v., in particolare, sentenze 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 36, e 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, punto 75). Nei limiti in cui tale presupposto è soddisfatto, la circostanza che un'attività sia attinente allo sport non osta all'applicazione delle regole del Trattato (sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, Racc. pag. 1405, punto 4, e 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, Racc. pag. I-4921, punto 73), tra cui quelle che disciplinano il diritto della concorrenza (v., in tal senso, sentenza 18 giugno 2006, causa C-519/04 P, Meca-Medina e Majcen/Commissione, Racc. pag. I-6991, punti 22 e 28).

23. Come indicato nella decisione di rinvio e altresì confermato all'udienza dinanzi alla Corte, l'ELPA organizza, in cooperazione con l'ETHEAM, gare motociclistiche in Grecia e conclude in tale contesto contratti di sponsorizzazione, di pubblicità e di assicurazione destinati allo sfruttamento commerciale di tali gare. Tali attività costituiscono per l'ELPA una fonte di reddito.

24. Secondo la giurisprudenza della Corte, le attività che si ricollegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato (v., in tal senso, sentenza 19 gennaio 1994, causa C-364/92, SAT Fluggesellschaft, Racc. pag. I-43, punti 30 e 31).

25. Per quanto riguarda l'eventuale impatto dell'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri sulla qualificazione di una persona giuridica quale l'ELPA come impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza, va rilevato, come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 49 delle sue conclusioni, che la circostanza che un ente disponga, per l'esercizio di una parte delle proprie attività, di prerogative dei pubblici poteri non impedisce, di per sé sola, di qualificarlo come impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza per il resto delle sue attività economiche (sentenza 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, Aéroports de Paris/Commissione, Racc. pag. I-9297, punto 74). Infatti, la qualificazione come attività rientrante nell'esercizio dei pubblici poteri o come attività economica dev'essere effettuata separatamente per ogni attività esercitata da un dato ente.

26. Nel caso di specie, occorre distinguere la partecipazione di una persona giuridica quale l'ELPA al processo decisionale delle pubbliche autorità dalle attività economiche esercitate da questa stessa persona giuridica, come l'organizzazione o lo sfruttamento commerciale delle gare motociclistiche. Ne consegue che il potere di una siffatta persona giuridica di emettere il suo parere conforme circa le domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare non osta a che essa sia considerata come un'impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza quanto alle summenzionate attività economiche.

27. In merito all'incidenza che su tale qualificazione può avere il fatto che l'ELPA non persegue scopi di lucro, occorre rilevare che, nella sentenza 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a. (Racc. pag. I-289, punti 122 e 123), la Corte ha precisato che la circostanza che l'offerta di beni e servizi sia fatta senza scopo di lucro non osta a che l'ente che effettua tali operazioni sul mercato vada considerato come un'impresa, poiché tale offerta si pone in concorrenza con quella di

altri operatori che perseguono uno scopo di lucro.

28. Tale è il caso delle attività esercitate da una persona giuridica come l'ELPA. Il fatto che la MOTOE, ricorrente nella causa principale, sia essa stessa un'associazione senza scopo di lucro, in quest'ottica, è ininfluente in ordine alla qualificazione come impresa di una persona giuridica quale l'ELPA. Da un lato, non è escluso che esistano in Grecia, oltre alle associazioni la cui attività consiste nell'organizzazione e nell'esercizio commerciale delle gare motociclistiche senza perseguire uno scopo di lucro, associazioni che esercitino tale attività perseguendo uno scopo siffatto e che siano quindi in concorrenza con l'ELPA. Dall'altro, associazioni senza scopo di lucro, che offrono beni o servizi su un mercato determinato, possono trovarsi reciprocamente in posizione di concorrenza. Infatti, il successo o la sopravvivenza economica di tali associazioni dipende, a lungo termine, dalla capacità di queste ultime di imporre, sul mercato in questione, le prestazioni che esse offrono, a detrimento di quelle proposte dagli altri operatori.

29. Di conseguenza una persona giuridica quale l'ELPA va considerata come un'impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza. Tuttavia, affinché sia ricompresa nell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], è inoltre necessario che essa occupi una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

30. A tale riguardo si deve ricordare che, nell'ambito di un procedimento di cui all'art. 234 CE, basato sulla netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale (sentenza 14 febbraio 2008, causa C-450/06, Varec [Racc. pag. I-581], punto 23). Tuttavia, al fine di dare a quest'ultimo una soluzione utile, la Corte può, in uno spirito di cooperazione con i giudici nazionali, fornirgli tutte le indicazioni che reputa necessarie.

31. Prima di poter stabilire se una persona giuridica come l'ELPA detenga una posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] occorre definire il mercato di cui è causa sia sotto il profilo del prodotto e del servizio interessato sia sotto quello geografico (sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, Racc. pag. 207, punto 10).

32. Secondo una giurisprudenza consolidata, ai fini dell'applicazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], il mercato del prodotto o del servizio in esame comprende i prodotti o i servizi che sono sostituibili o sufficientemente interscambiabili con questo, in funzione non solo delle loro caratteristiche obiettive, grazie alle quali essi sono particolarmente atti a soddisfare i bisogni costanti dei consumatori, ma anche in funzione delle condizioni di concorrenza e della struttura della domanda e dell'offerta sul mercato rilevante (v., in tal senso, sentenze 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal, Racc. pag. 3775, punto 25; 9 novembre 1983, causa 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 37, e 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione, Racc. pag. I-3359, punto 51).

33. Va in proposito ricordato che dalla decisione di rinvio emerge che le attività svolte dall'ELPA consistono, da un lato, nell'organizzare gare motociclistiche e, dall'altro, nel loro sfruttamento commerciale mediante la conclusione di contratti di sponsorizzazione, di pubblicità e di assicurazione. Questi due tipi di attività non sono interscambiabili, ma rivestono piuttosto un carattere di complementarità funzionale.

34. Quanto alla definizione del mercato geografico rilevante, essa rientra, al pari di quella del mercato dei prodotti o dei servizi, in una valutazione di carattere economico. Il mercato geografico può così essere definito come il territorio nel quale tutti gli operatori economici si trovano in condizioni di concorrenza analoghe, con riferimento proprio ai prodotti o servizi considerati. In tale ottica non è affatto necessario che le condizioni obiettive di concorrenza tra gli operatori economici siano perfettamente omogenee. È sufficiente che esse siano analoghe o sufficientemente omogenee (v., in tal senso, sentenza United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, citata supra, punti 44 e 53). Inoltre, tale mercato può essere limitato a un solo Stato membro (v., in tal senso, sentenza Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, citata supra, punto 28).

35. Come indicato nella decisione di rinvio e confermato anche all'udienza dinanzi alla Corte, le

attività svolte dall'ELPA si limitano al territorio ellenico. Orbene, il territorio di uno Stato membro può costituire una parte sostanziale del mercato comune (v., in tal senso, sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 31). Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se il criterio relativo alle condizioni di concorrenza analoghe o sufficientemente omogenee sia soddisfatto nella causa principale.

36. Tale giudice dovrà valutare se l'ELPA detenga una posizione dominante proprio sul mercato così definito.

37. Va ricordato al riguardo che, secondo una giurisprudenza costante, la nozione di «posizione dominante» di cui all'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] concerne una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che le consente di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato in esame, fornendo alla stessa la possibilità di comportamenti rimarcabilmente indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori (sentenze *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, citate supra, punto 65; 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. pag. 461, punto 38, e *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, citata, punto 30).

38. Occorre aggiungere che un'impresa può essere messa in una siffatta posizione quando le sono accordati diritti speciali o esclusivi che le consentono di determinare se e, all'occorrenza, a quali condizioni altre imprese possano accedere al mercato in questione e svolgervi le loro attività.

39. Occorre inoltre rilevare che l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] può essere violato da una norma come quella enunciata all'art. 49 del codice stradale greco solo se influisce sugli scambi tra Stati membri. Come ha ricordato l'avvocato generale ai paragrafi 63 e 64 delle sue conclusioni, tale pregiudizio agli scambi tra Stati membri potrà ritenersi sussistente solo quando, in base ad un complesso di elementi oggettivi di fatto e di diritto, appaia sufficientemente probabile che la condotta de qua sia atta ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in modo tale da far temere che possa esserne ostacolata la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri (sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Racc. pag. I-8089, punto 48). Gli effetti puramente ipotetici o speculativi che possono caratterizzare il comportamento dell'impresa che occupa una posizione dominante non soddisfano tale criterio. Parimenti l'influenza sugli scambi intracomunitari non dev'essere irrilevante (sentenze 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco e a.*, Racc. pag. I-135, punto 60, e *Ambulanz Glöckner*, citata, punto 48).

40. Dunque, il pregiudizio agli scambi intracomunitari deriva in generale dalla combinazione di diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti (sentenza 15 dicembre 1994, causa C-250/92, *DLG*, Racc. pag. I-5641, punto 54).

41. Peraltro, la valutazione del carattere sensibile dell'incidenza sugli scambi tra Stati membri deve tener conto del comportamento dell'impresa dominante in questione, in quanto l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] osta a qualsiasi prassi atta a incidere sulla libertà degli scambi, in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune (sentenza 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin Kassaregister e Hugin Cash Registers/Commissione*, Racc. pag. 1869, punto 17).

42. Il fatto che il comportamento di un'impresa in posizione dominante abbia per oggetto solo la distribuzione di prodotti in un unico Stato membro non è sufficiente a escludere che gli scambi tra Stati membri possano essere pregiudicati (v., in tal senso, sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla e a.*, Racc. pag. I-11421, punto 45). Infatti, un comportamento siffatto può avere l'effetto di consolidare compartimentazioni a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato (v., per analogia, sentenza 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a.*, Racc. pag. I-6619, punti 45 e 46).

43. Per quanto riguarda, in secondo luogo, la sfera di applicazione dell'art. 86 CE [ora art. 106 TFUE], il n. 1 di tale articolo prevede che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei

confronti delle imprese cui riconoscono diritti speciali esclusivi, alcuna misura contraria, segnatamente, alle norme del Trattato in materia di concorrenza. Va in proposito rilevato che una persona giuridica come l'ELPA, cui è stata accordata la prerogativa di emettere un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate al fine di organizzare gare motociclistiche, deve considerarsi come un'impresa cui lo Stato membro interessato ha riconosciuto diritti speciali ai sensi dell'art. 86, n. 1, CE.

44. L'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE] consente agli Stati membri di conferire ad imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale diritti esclusivi che possono ostacolare l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi (sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, Racc. pag. I-2533, punto 14).

45. Per quanto riguarda l'organizzazione e lo sfruttamento commerciale di gare motociclistiche da parte di una persona giuridica come l'ELPA, il governo ellenico non ha asserito che a quest'ultima è stato attribuito l'esercizio di tali attività con un atto dei pubblici poteri. Non occorre quindi esaminare ulteriormente se le suddette attività possano costituire un servizio di interesse economico generale (v., in tal senso, sentenze 21 marzo 1974, causa 127/73, BRT e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, Racc. pag. 313, punto 20, e 11 aprile 1989, causa 66/86, Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro, Racc. pag. 803, punto 55).

46. Quanto al potere di emettere un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate al fine di organizzare gare motociclistiche, è pur vero che esso risulta da un atto dei pubblici poteri, cioè l'art. 49 del codice stradale greco, ma non può essere qualificato come attività economica, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 110 delle sue conclusioni.

47. Una persona giuridica come l'ELPA non può quindi essere considerata come un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE].

48. Per quanto riguarda, in terzo luogo, la questione se gli artt. 82 CE e 86, n. 1, CE [ora artt. 102 e 106 TFUE] ostino ad una normativa nazionale come l'art. 49 del codice stradale greco, che conferisce ad una persona giuridica quale l'ELPA, che può occuparsi direttamente dell'organizzazione di gare motociclistiche e del loro sfruttamento commerciale, il potere di emettere un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare, senza fissare limiti, obblighi e controllo all'esercizio di tale potere, occorre ricordare che il semplice fatto di creare o rafforzare una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi, ai sensi dell'art. 86, n. 1, CE [ora art. 106 TFUE], non è, in quanto tale, incompatibile con l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE].

49. Per contro, uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti speciali o esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere (sentenze Höfner e Elser, citata supra, punto 29; ERT, citata supra, punto 37, 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Mercis convenzionali porto di Genova, Racc. pag. I-5889, punti 16 e 17, nonché 5 ottobre 1994, causa C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Racc. pag. I-5077, punto 18). Al riguardo, non è necessario che un abuso si verifichi effettivamente (v., in tal senso, sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre, Racc. pag. 7119, punto 36).

50. In ogni caso, la violazione degli artt. 82 CE e 86, n. 1, CE sussiste dal momento che una misura imputabile ad uno Stato membro, segnatamente quella con cui lo Stato medesimo conferisce diritti speciali o esclusivi ai sensi di quest'ultima disposizione, crei un rischio di abuso di posizione dominante (v., in tal senso, sentenze ERT, citata supra, punto 37; Mercis convenzionali porto di Genova, citata supra, punto 17, e 31 gennaio 2008, causa C-380/05, Centro Europa 7, Racc. pag. I-

349, punto 60).

51. Infatti un sistema di concorrenza non falsata, come quello previsto dal Trattato, può essere garantito solo se sono garantite pari opportunità tra i vari operatori economici. Affidare ad una persona giuridica come l'ELPA, che, essa stessa, organizza e sfrutta commercialmente gare motociclistiche, il compito di fornire all'amministrazione competente un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare, equivale de facto a conferirle il potere di designare i soggetti autorizzati ad organizzare le suddette gare nonché a fissare le condizioni in cui le stesse si svolgono, concedendo in tal modo all'ente in questione un evidente vantaggio sui concorrenti (v., per analogia, sentenze 19 marzo 1991, causa C-202/88, Francia/Commissione, Racc. pag. I-1223, punto 51, e 13 dicembre 1991, causa C-18/88, GB Inno BM, Racc. pag. I-5941, punto 25). Una prerogativa siffatta può indurre l'impresa che ne dispone a impedire l'accesso degli altri operatori sul mercato di cui trattasi. Tale situazione di disparità tra le condizioni di concorrenza è inoltre sottolineata dal fatto, confermato all'udienza dinanzi alla Corte, che l'ELPA, quando organizza o partecipa all'organizzazione di gare motociclistiche, non è tenuta ad ottenere alcun parere conforme affinché l'amministrazione competente le conceda l'autorizzazione richiesta.

52. Peraltro una siffatta normativa, che conferisce ad una persona giuridica come l'ELPA il potere di emettere un parere conforme su domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di gare motociclistiche senza che la stessa normativa fissi limiti, obblighi o controlli all'esercizio di tale potere, può indurre la persona giuridica incaricata di emettere tale parere conforme a falsare la concorrenza favorendo le gare che essa organizza o quelle alla cui organizzazione partecipa.

53. Tenuto conto delle precedenti considerazioni, le questioni sollevate vanno risolte nel senso che una persona giuridica le cui attività consistono non soltanto nella partecipazione alle decisioni amministrative che autorizzano l'organizzazione di gare motociclistiche, ma anche nell'organizzare direttamente tali gare e nel concludere in tale contesto contratti di sponsorizzazione, di pubblicità e di assicurazione rientra nella sfera di applicazione degli artt. 82 CE e 86 CE. Tali articoli ostano ad una normativa nazionale che conferisca ad una persona giuridica, la quale organizza gare motociclistiche e conclude contratti di sponsorizzazione, di pubblicità e di assicurazione, il potere di emettere un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare, senza fissare limiti, obblighi e controlli all'esercizio di tale potere ».

16 settembre 2008, Sot. *Lelos kai Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton, anciennement Glaxowellcome AVEE*, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Racc. I-7139.

La società GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton, già Glaxowellcome AVEE (in prosieguo: la «GSK AVEE») è la filiale greca della GlaxoSmithKline plc, un'impresa di ricerca e produzione di prodotti farmaceutici con sede nel Regno Unito (in prosieguo: la «GSK plc»). Tale società è quindi titolare, sul territorio della Repubblica ellenica, dell'autorizzazione all'immissione in commercio, in particolare, dei prodotti Imigran, Lamictal e Serevent, specialità medicinali destinate a curare, rispettivamente, l'emigrania, l'epilessia e l'asma, la cui vendita è soggetta in Grecia a prescrizione medica. Da vari anni alcuni grossisti greci di prodotti farmaceutici acquistavano dalla GSK AVEE le dette specialità medicinali in tutte le loro forme, per poi distribuirle sul mercato greco e in altri Stati membri. Verso la fine di ottobre del 2000, la GSK AVEE modificava il proprio sistema di distribuzione sul mercato greco, sulla base di una pretesa situazione di penuria delle suddette specialità medicinali sul mercato medesimo, in ordine alla quale declinava peraltro la propria responsabilità. A partire dal 6 novembre 2000, la detta società cessava di evadere gli ordini delle ricorrenti nella causa principale, relativi alle specialità medicinali in questione, e iniziava a distribuire essa stessa tali medicinali agli ospedali e alle farmacie greche tramite la società Farmacenter AE (in prosieguo: la «Farmacenter»). L'Epitropi Antagonismou (commissione per la concorrenza) adita dalla

GSK AEVE al fine di ottenere un'attestazione negativa secondo la quale la sua nuova politica di vendita diretta delle specialità medicinali agli ospedali e alle farmacie greci non violava l'art. 2 della legge n. 703/1977, con decisione 22 gennaio 2003, sottoponeva alla Corte di giustizia una serie di questioni relative all'interpretazione dell'art. 82 CE (oggi art. 102 TFUE); tale domanda di pronuncia pregiudiziale veniva iscritta presso la cancelleria della Corte con il numero di ruolo C-53/03. Nel periodo intercorrente tra il 30 aprile 2001 e l'11 novembre 2002, ciascuno dei predetti grossisti proponeva ricorso dinanzi al Polymeles Protodikeio Athinon (Tribunale di Atene) sostenendo che l'interruzione, da parte della GSK AEVE, delle forniture delle specialità medicinali ordinate e la loro commercializzazione tramite la Farmacenter costituivano atti di concorrenza sleale e configuravano un abuso della posizione dominante detenuta dalla GSK AEVE sui mercati delle specialità medicinali di cui trattasi. Tra il gennaio e l'ottobre del 2003, il Polymeles Protodikeio Athinon si pronunciava sui ricorsi proposti dai grossisti greci contro la GSK AEVE. Nel dichiarare tali ricorsi ricevibili, ad eccezione delle domande dirette al risarcimento del lucro cessante, tale giudice li ha poi respinti in quanto infondati, sulla base del rilievo che il diniego di vendita da parte della GSK AEVE non era ingiustificato e non poteva quindi integrare uno sfruttamento abusivo della posizione dominante della stessa. Avverso tali decisioni detti grossisti greci proponevano appello all'Efeteio Athinon (Corte d'appello di Atene). Tale giudice sospendeva, quindi, l'esame di alcune delle cause di cui era stato investito per consentire alla Corte di statuire sulla domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dall'Epitropi Antagonismou. Con sentenza 31 maggio 2005, causa C-53/03, Syfait e a. (Racc. pag. I-4609), la Corte di giustizia dichiarava la propria incompetenza a pronunciarsi sulle questioni poste dall'Epitropi Antagonismou, in quanto quest'ultima non ha carattere di giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE (ora art. 267 TFUE). In seguito, con decisione 1 settembre 2006, 318/V/2006, l'Epitropi Antagonismou si pronunciava sui reclami presentati presso di essa nei confronti del GSK. In tale decisione, la suddetta commissione rilevava che il GSK non deteneva una posizione dominante sul mercato delle specialità medicinali Imigran e Serevent, considerata la loro sostituibilità con altri medicinali, ma che siffatta posizione dominante sussisteva rispetto alla specialità medicinale Lamictal, in considerazione del fatto che i malati affetti da epilessia possono riscontrare difficoltà nell'adattarsi ad altri medicinali destinati alla cura di tale malattia. I grossisti greci chiedevano, quindi, l'annullamento della suddetta decisione dinanzi al Dioikitiko Efeteio Athinon. L'Efeteio Athinon, ritenendo necessaria ai fini della propria decisione la risposta agli stessi quesiti sollevati dinanzi alla Corte dall'Epitropi Antagonismou, decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali vertenti sulla nozione di abuso di posizione dominante. Sulla carattere abusivo del rifiuto di fornitura la Corte, in particolare, ha osservato:

« 33. Occorre rammentare che l'art. 82 CE [ora art. 102 TUF] vieta, in quanto incompatibile con il mercato comune, 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 comune o su una parte sostanziale di questo. Conformemente al secondo comma, lett. b), del medesimo articolo, tali pratiche abusive possono consistere, in particolare, nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori.

34. Da una giurisprudenza consolidata della Corte emerge che il rifiuto da parte di un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato di un dato prodotto di soddisfare gli ordinativi inoltrati da un vecchio cliente costituisce sfruttamento abusivo di tale posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] qualora, senza alcuna giustificazione oggettiva, tale comportamento sia atto ad eliminare la concorrenza di una controparte commerciale (v., in tal senso, sentenze 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, Racc. pag. 223, punto 25, nonché 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, Racc. pag. 207, punto 183).

35. Per quanto attiene al rifiuto di un'impresa di fornire i propri prodotti in un altro Stato membro a grossisti che esportino tali prodotti verso altri Stati membri, un effetto di questo tipo sulla

concorrenza può esplicarsi non soltanto allorché tale rifiuto ostacoli le attività dei grossisti stessi sul mercato del detto Stato membro, bensì anche nel caso in cui esso conduca all'eliminazione della concorrenza effettiva tra questi ultimi nella distribuzione dei medesimi prodotti sui mercati di tali altri Stati membri.

36. Nella specie, le parti nella causa principale non contestano il fatto che la GSK AEVE, rifiutando di soddisfare gli ordinativi dei grossisti greci, miri a limitare le esportazioni parallele effettuate da questi ultimi verso i mercati di altri Stati membri nei quali il prezzo di vendita delle specialità medicinali in questione è più elevato.

37. Per quanto concerne settori diversi da quello dei prodotti farmaceutici, la Corte ha ritenuto che una pratica con cui un'impresa in posizione dominante miri a limitare il commercio parallelo dei prodotti da essa commercializzati costituisce sfruttamento abusivo di tale posizione dominante, in particolare quando tale pratica produca l'effetto di frenare le importazioni parallele, neutralizzando il livello eventualmente più favorevole dei prezzi di vendita imposti in altre zone della Comunità (v., in tal senso, sentenza 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors Continental/Commissione*, Racc. pag. 1367, punto 12) o quando sia diretta ad ostacolare le reimportazioni che fanno concorrenza alla rete di distribuzione di tale impresa (sentenza 11 novembre 1986, causa 226/84, *British Leyland/Commissione*, Racc. pag. 3263, punto 24). Invero, le importazioni parallele godono di una certa protezione nel diritto comunitario, in quanto favoriscono lo sviluppo degli scambi e il rafforzamento della concorrenza (sentenza 16 gennaio 1992, causa C-373/90, X, Racc. pag. I-131, punto 12).

38. Orbene, nelle proprie osservazioni scritte, la GSK AEVE sostiene che gli elementi indicati dal giudice del rinvio nelle questioni pregiudiziali costituiscono considerazioni oggettive in ragione delle quali il fatto che un'impresa farmaceutica limiti le forniture di medicinali al fabbisogno di un dato mercato nazionale non possa essere considerato abusivo qualora tale impresa riceva ordinativi provenienti da grossisti operanti nell'esportazione parallela verso altri Stati membri nei quali i prezzi di vendita di tali specialità medicinali siano fissati ad un livello superiore.

39. Al fine di stabilire se il rifiuto di un'impresa farmaceutica di rifornire tali grossisti di specialità medicinali rientri effettivamente nel divieto sancito dall'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], segnatamente al secondo comma, lett. b), di tale articolo, occorre quindi esaminare se, come sostenuto dalla GSK AEVE, esistano considerazioni oggettive in base alle quali siffatta pratica non possa essere considerata sfruttamento abusivo della posizione dominante detenuta da tale impresa (v., in tal senso, sentenze *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, cit., punto 184, e 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, Racc. pag. I-2331, punto 69) . [...]

40. Con riferimento alla citata sentenza *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, la GSK AEVE osserva, in via preliminare, che un'impresa che detenga una posizione dominante non è obbligata a soddisfare gli ordinativi che presentino un carattere anormale, e che può adottare le misure ragionevoli necessarie alla tutela dei propri legittimi interessi commerciali.

41. Per quanto attiene, più in particolare, al settore dei prodotti farmaceutici, la GSK AEVE sostiene, in primo luogo, che la logica generale della protezione della concorrenza all'interno di un marchio non si applica nel suddetto settore, nel quale l'intervento delle autorità pubbliche degli Stati membri impedirebbe ai produttori di medicinali di svolgere le loro attività in condizioni di normale concorrenza.

42. Da un lato, infatti, le imprese farmaceutiche non controllerebbero i prezzi dei loro prodotti, che sono fissati a livelli diversi dalle autorità pubbliche, le quali, esistendo sistemi sanitari nazionali, sono nel contempo gli acquirenti dei medicinali. Sebbene tali prezzi rappresentino il risultato di trattative condotte dalle suddette autorità con le imprese farmaceutiche, la loro accettazione da parte di queste ultime non implicherebbe, tuttavia, che tali prezzi coprano tutti i costi fissi connessi allo sviluppo di un prodotto farmaceutico. Peraltro, nonostante l'eventuale esistenza di un siffatto sistema di prezzi concordati, gli Stati membri sarebbero ancora in grado di imporre una riduzione di tali prezzi.

43. Dall'altro lato, i produttori di specialità medicinali sarebbero soggetti a obblighi precisi quanto

alla distribuzione di queste ultime. Mentre le imprese farmaceutiche sarebbero tenute per legge a fornire i loro prodotti in tutti gli Stati membri in cui sono autorizzate a farlo, gli esportatori paralleli sarebbero liberi di trasferire le loro attività da un prodotto ed un mercato verso altri prodotti e mercati qualora questi ultimi offrano un margine di profitto più elevato, il che potrebbe portare a situazioni di penuria in alcuni Stati membri di esportazione. Il commercio parallelo produrrebbe quindi conseguenze negative per la pianificazione della fabbricazione e della distribuzione dei medicinali.

44. In secondo luogo, la GSK AEVE osserva che il commercio parallelo delle specialità medicinali riduce i profitti che le imprese farmaceutiche possono investire nelle attività di ricerca e sviluppo da cui dipendono per rimanere competitive e interessanti per gli investitori. Per contro, i distributori che approfittano del commercio parallelo non contribuirebbero in alcun modo all'innovazione farmaceutica. Inoltre, negli Stati membri in cui i prezzi dei medicinali sono fissati ad un livello relativamente basso, la commercializzazione di nuove specialità medicinali rischierebbe di essere pregiudicata se le imprese farmaceutiche non potessero limitare l'approvvigionamento al fine di arginare il commercio parallelo. In tal caso, infatti, queste ultime avrebbero interesse a ritardare il lancio di nuovi prodotti negli Stati membri in cui i prezzi sono bassi.

45. In terzo luogo, la GSK AEVE deduce che il commercio parallelo non favorisce, in realtà, i consumatori finali. Infatti, dal momento che la maggior parte della differenza di prezzo che rende tale commercio vantaggioso verrebbe incamerata dagli intermediari, il commercio parallelo non riuscirebbe ad esercitare una vera pressione sui prezzi delle specialità medicinali negli Stati membri in cui tali prezzi sono più elevati. Per quanto riguarda gli Stati membri in cui una parte del fabbisogno di medicinali è soddisfatta da appalti pubblici, gli importatori paralleli, in considerazione del carattere occasionale del loro intervento, non si troverebbero nemmeno in una posizione tale da consentire loro di ridurre il livello dei prezzi.

46. Pur riconoscendo che il divieto di cui all'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] non è applicabile qualora il comportamento dell'impresa in posizione dominante sia oggettivamente giustificato, il governo polacco e la Commissione sottolineano che spetta a tale impresa dimostrare le circostanze capaci di giustificare la sua prassi.

47. Le ricorrenti nella causa principale, al pari del governo polacco e della Commissione, ritengono che l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] non possa trovare una diversa applicazione nel settore dei prodotti farmaceutici per il solo fatto che, in tale settore, i prezzi sono fissati, direttamente o indirettamente, dalle autorità pubbliche. Invero, anche negli Stati membri in cui i prezzi sono bassi, il prezzo di una specialità medicinale costituirebbe il risultato di trattative con le imprese farmaceutiche, che non commercializzerebbero i loro medicinali se non ritenessero convenienti i prezzi offerti. Non esisterebbe inoltre alcun nesso di causalità tra le ripercussioni del commercio parallelo sulle entrate delle imprese farmaceutiche e gli investimenti di queste ultime in materia di ricerca e sviluppo. Infine, il commercio parallelo delle specialità medicinali porterebbe vantaggi certi ai pazienti e potrebbe consentire ai sistemi nazionali di previdenza sociale di economizzare.

48. Le ricorrenti nella causa principale aggiungono che la presa in considerazione degli elementi di giustificazione adottati dalla GSK AEVE si porrebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte in materia di libera circolazione delle merci, in quanto tale giurisprudenza ammette soltanto le giustificazioni indicate all'art. 30 CE [ora art. 36 TFUE].

49. A tale proposito occorre rammentare che, al punto 182 della citata sentenza *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, la Corte ha dichiarato che un'impresa che detenga una posizione dominante per la distribuzione di un prodotto - che goda del prestigio di un marchio noto ed apprezzato dai consumatori - non ha la facoltà di sospendere le forniture a un vecchio cliente, ligio agli usi commerciali, se gli ordini di detto cliente non presentano alcunché di anormale. Al punto 183 della stessa sentenza, la Corte ha rilevato che un siffatto comportamento sarebbe in contrasto con le finalità enunciate all'art. 3, lett. f), del Trattato CEE [divenuto art. 3, lett. g), del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 3, n. 1, lett. g), CE], che trovano più precisa espressione nell'art.

86 del Trattato CEE [divenuto art. 86 del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 82 CE] [ora art. 102 TUF], in particolare al secondo comma, lett. b) e c), dello stesso, poiché il rifiuto di vendita limiterebbe gli sbocchi a danno dei consumatori e provocherebbe una discriminazione che può spingersi fino all'eliminazione di una controparte commerciale dal mercato considerato.

50. Al punto 189 della citata sentenza *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, la Corte ha rilevato che, se è vero che il fatto di detenere una posizione dominante non può privare l'impresa interessata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, se questi sono insidiati, e che le si deve quindi consentire, in misura ragionevole, di compiere gli atti ch'essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è però ammissibile un comportamento che abbia, in realtà, lo scopo di rafforzare la posizione dominante dell'impresa e di farne abuso.

51. In tale contesto occorre esaminare se, come sostiene la GSK AVEE, nel settore dei prodotti farmaceutici sussistano circostanze particolari in ragione delle quali, in generale, il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di rifornire in un dato Stato membri clienti che effettuino esportazioni parallele verso altri Stati membri in cui i prezzi dei medicinali siano superiori non presenti carattere abusivo ».

Riguardo le conseguenze del commercio parallelo per i consumatori finali, la Corte ha osservato:

« 52. Occorre anzitutto esaminare l'argomento dedotto dalla GSK AVEE relativo al fatto che, secondo quest'ultima, il commercio parallelo procurerebbe in ogni caso soltanto lievi vantaggi finanziari ai consumatori finali.

53. A tale proposito, occorre rilevare che le esportazioni parallele di specialità medicinali da uno Stato membro in cui i prezzi di queste ultime sono bassi verso altri Stati membri nei quali i prezzi sono più elevati permettono, in linea di principio, agli acquirenti delle suddette specialità medicinali in tali ultimi Stati di disporre di una fonte alternativa di approvvigionamento, il che comporta necessariamente determinati vantaggi per il consumatore finale di tali medicinali.

54. Certamente, come rilevato dalla GSK AVEE, per le specialità medicinali oggetto di esportazioni parallele, l'esistenza di una differenza di prezzo tra lo Stato membro di esportazione e quello di importazione non implica necessariamente che il consumatore finale in tale ultimo Stato membro godrà di un prezzo corrispondente a quello applicato nello Stato membro di esportazione, in quanto i grossisti che effettuano le suddette esportazioni trarranno essi stessi vantaggio dal detto commercio parallelo.

55. Tuttavia, l'attrattiva dell'altra fonte di approvvigionamento costituita dal commercio parallelo nello Stato membro di importazione risiede precisamente nel fatto che tale commercio è in grado di offrire sul mercato del detto Stato membro gli stessi prodotti a prezzi inferiori a quelli praticati su tale medesimo mercato dalle imprese farmaceutiche.

56. Di conseguenza, anche negli Stati membri in cui i prezzi delle specialità medicinali sono oggetto di una regolamentazione statale, il commercio parallelo può esercitare una pressione sui prezzi e, pertanto, creare vantaggi economici non soltanto per gli enti previdenziali di assicurazione malattia, ma anche per i pazienti interessati, per i quali la percentuale del prezzo delle specialità medicinali che resta a loro carico sarà meno elevata. Parimenti, come sottolineato dalla Commissione, il commercio parallelo di specialità medicinali da uno Stato membro verso un altro Stato membro può ampliare la scelta disponibile agli enti di quest'ultimo che si riforniscono di medicinali per mezzo di una procedura d'appalto nell'ambito della quale gli importatori paralleli possono offrire specialità medicinali a prezzi meno elevati.

57. Pertanto, senza che sia necessario che la Corte si pronunci sulla questione se spetti ad un'impresa in posizione dominante valutare il carattere abusivo del proprio comportamento rispetto ad una controparte commerciale in funzione del grado al quale le attività di quest'ultima offrono vantaggi ai consumatori finali, è giocoforza rilevare che, in presenza delle circostanze della causa principale, tale impresa non può fondarsi sulla premessa secondo cui le esportazioni parallele che essa intende

limitare presenterebbero soltanto un'utilità minima per i consumatori finali ».

2 aprile 2009, *France Télécom SA c. Commissione*, causa C-202/07 P, Racc. I-2369.

La France Télécom SA (in prosieguito: la «France Télécom») chiede alla Corte di annullare la sentenza del Tribunale di primo grado, del 30 gennaio 2007, causa T-340/03, France Télécom/Commissione (Racc. pag. II-107), con la quale il Tribunale ha respinto il suo ricorso, diretto all'annullamento della decisione della Commissione 16 luglio 2003 relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 82 CE (oggi art. 102 TFUE) (caso COMP/38.233 - Wanadoo Interactive). La Wanadoo Interactive SA (in prosieguito: la «WIN») era, all'epoca dei fatti controversi, una società del gruppo France Télécom operante in Francia nel settore dei servizi di accesso ad Internet, ivi compresi i servizi ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, linea digitale asimmetrica per l'abbonato). Ai sensi dell'art. 1 della decisione controversa, la Commissione ha accertato che, nel periodo marzo 2001 - ottobre 2002, la WIN «ha violato l'art.[82 CE], praticando per i suoi servizi eXtense e Wanadoo ADSL prezzi predatori che non le hanno permesso di coprire i suoi costi variabili fino all'agosto 2001 e che non le hanno permesso di coprire i suoi costi totali a partire dall'agosto 2001, nell'ambito di un disegno diretto ad appropriarsi prioritariamente del mercato dell'accesso ad Internet ad alta velocità in una fase importante del suo sviluppo». Di conseguenza, la Commissione le ha imposto di porre fine a tale violazione e le ha inflitto un'ammenda pari ad EUR 10,35 milioni. Il 2 ottobre 2003, la WIN, cui è subentrata la France Télécom in seguito ad un'operazione di fusione avvenuta il 1 settembre 2004, ha proposto al Tribunale un ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa. Questo ricorso è stato respinto con la sentenza impugnata. Con la sua domanda di annullamento la WIN ha sostenuto che la Commissione non aveva adeguatamente dimostrato l'abuso di posizione dominante da essa commesso sotto forma di applicazione di prezzi predatori per i servizi in questione nel periodo marzo 2001 - ottobre 2002, e che aveva commesso una serie di errori di diritto. Il Tribunale ha respinto l'asserzione della WIN, secondo la quale quest'ultima non aveva una strategia predatoria e di riduzione della concorrenza. A questo proposito, il Tribunale ha anzitutto ricordato che, secondo la giurisprudenza, la Commissione, per poter concludere nel senso dell'esistenza di una prassi di prezzi predatori, ha l'obbligo di fornire indizi seri in merito all'esistenza di una strategia di «appropriazione prioritaria» del mercato, quando i prezzi applicati da un'impresa in posizione dominante non siano sufficienti a coprire i suoi costi integrali. Contro la sentenza del Tribunale di primo grado la France Télécom ha proposto impugnazione davanti alla Corte di giustizia, la quale, sul diritto di un'impresa in posizione dominante di conformare i suoi prezzi a quelli dei propri concorrenti, ha osservato:

« 33. [...] nel punto 224 della sentenza impugnata, il Tribunale innanzitutto ha ricordato che, nelle [...] sentenze AKZO/Commissione [3 luglio 1991, causa C-62/86, Racc. pag. I-3359], (punti 71 e 72) nonché Tetra Pak/Commissione [14 novembre 1996, causa C-333/94 P, Racc. pag. I-5951] (punto 41), la Corte ha dichiarato che, da un lato, i prezzi inferiori alla media dei costi variabili devono sempre essere considerati abusivi e, dall'altro, i prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, presentano carattere abusivo solo quando può essere dimostrato un piano di eliminazione.

34. Il Tribunale ha poi ricordato, nel punto 225 della sentenza impugnata, le circostanze della causa sfociata nella citata sentenza Tetra Pak/Commissione. In particolare, esso ha fatto richiamo ai punti 42 e 43 di tale sentenza, dove la Corte aveva spiegato specificamente che:

«[...] (...) Per quanto riguarda i cartoni non asettici, in Italia, tra il 1976 e il 1981, [il Tribunale] ha rilevato che i prezzi erano largamente inferiori alla media dei costi variabili. Non era dunque necessaria la prova dell'intento di eliminazione dei concorrenti. Nel 1982 il prezzo dei cartoni si situava tra la media dei costi variabili e la media dei costi totali. Per questo motivo, al punto 151 della sentenza impugnata, il Tribunale ha cercato di dimostrare, senza peraltro essere criticato a questo

proposito dalla ricorrente, che la Tetra Pak [International SA] intendeva eliminare un concorrente. [...] Parimenti a giusto titolo il Tribunale, ai punti 189-191 della sentenza impugnata, ha svolto esattamente lo stesso ragionamento riguardo alle vendite di macchine non asettiche nel Regno Unito tra il 1981 e [il] 1984».

35 Infine il Tribunale, nel punto 226 della sentenza impugnata, ha citato il punto 44 della menzionata sentenza Tetra Pak/Commissione, dove la Corte aveva concluso nel senso che, alla luce degli accertamenti illustrati nei punti 42 e 43 della detta sentenza, non era opportuno richiedere, a titolo di prova supplementare, la dimostrazione che la Tetra Pak International SA avesse un'effettiva possibilità di recuperare le proprie perdite.

36. Pertanto, è proprio applicando al caso di specie il ragionamento seguito dalla Corte nella citata sentenza Tetra Pak/Commissione, quale sintetizzato nei punti precedenti, che il Tribunale, nel punto 227 della sentenza impugnata, ha concluso che la Commissione poteva presumere giustamente il carattere eliminatorio della prassi in materia di prezzi di cui trattasi, in quanto i prezzi applicati dalla WIN erano, proprio come nella causa che aveva portato alla menzionata sentenza Tetra Pak/Commissione, inferiori alla media dei costi variabili e che, per quanto riguarda i costi totali, essa doveva fornire in più la prova che la prassi in materia di prezzi adottata dalla WIN si inseriva nel quadro di un disegno diretto all'«appropriazione prioritaria» del mercato.

37. Alla luce di ciò, occorre constatare che la sentenza impugnata espone con chiarezza sufficiente le ragioni che hanno indotto il Tribunale a considerare le circostanze all'origine della presente causa, in particolare il rapporto esistente tra il livello dei prezzi praticati dalla WIN e la media dei costi variabili e totali sostenuti da quest'ultima, come analoghe a quelle che hanno portato alla citata sentenza Tetra Pak/Commissione ed a concludere, di conseguenza, che la dimostrazione di un recupero delle perdite non costituiva un presupposto necessario all'accertamento di una prassi di prezzi predatori. [...]

101. Con la prima parte del settimo motivo, la ricorrente sostiene che il Tribunale ha violato l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], giudicando che la dimostrazione della possibilità di recuperare le perdite non debba precedere l'accertamento di una pratica di prezzi predatori. In realtà, la giurisprudenza comunitaria richiederebbe sempre una siffatta dimostrazione, senza la quale non è concepibile nessuna strategia predatoria, dal momento che non sarebbe economicamente razionale per un'impresa dedicarsi a una pratica siffatta. Del resto, questa posizione sarebbe condivisa da numerosi giudici e autorità di vigilanza sulla concorrenza, nonché da gran parte della dottrina.

102. La Commissione ribatte anzitutto che la dimostrazione della possibilità di recupero delle perdite non è richiesta dalla giurisprudenza della Corte. Del resto, una dimostrazione siffatta, richiesta dai giudici statunitensi, si fonderebbe su una logica economica estranea al diritto comunitario. Infatti, secondo la Commissione, contrariamente all'impostazione dell'ordinamento nordamericano, l'analisi dell'abuso ex art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] presuppone che l'impresa in questione goda di una posizione dominante. Ebbene, l'esistenza di una siffatta posizione sarebbe sufficiente, di per sé, a determinare la possibilità di recupero delle perdite. Infine, nel caso di specie, lo stato di crescita esponenziale del mercato di cui trattasi avrebbe reso probabile un recupero siffatto. [...]

103. Al fine di valutare la fondatezza della prima parte del presente motivo, occorre ricordare preliminarmente che, in base a una giurisprudenza consolidata, l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] è espressione dello scopo generale assegnato dall'art. 3, n. 1, lett. g), CE all'azione della Comunità europea, ossia l'instaurazione di un regime che garantisca una concorrenza leale all'interno del mercato comune. Pertanto, la posizione dominante ex art. 82 CE riguarda una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che conferisca a quest'ultima il potere di impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei propri clienti e, in ultimo, dei consumatori (sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 38).

104. In una cornice del genere, vietando lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul

mercato, qualora ciò possa incidere sul commercio tra Stati membri, l'art. 82 CE mira ai comportamenti tali da influenzare la struttura di quel mercato dove, proprio in conseguenza della presenza dell'impresa in questione, il livello della concorrenza sia già indebolito e che abbiano l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione fra i prodotti o i servizi in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima (sentenze Hoffman-La Roche/Commissione, cit., punto 91; 9 novembre 1983, causa 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 70; AKZO/Commissione, cit., punto 69, e 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, British Airways/Commissione, Racc. pag. I-2331, punto 66).

105. Di conseguenza, poiché l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva (sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215, punto 26), è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale all'interno del mercato comune (sentenza Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, cit., punto 57).

106. Come già precisato dalla Corte, da ciò discende che l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] vieta a un'impresa in posizione dominante di eliminare un concorrente e di rafforzare in tal modo la propria posizione, facendo ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. In questa prospettiva, non si può considerare legale una qualsiasi forma di concorrenza realizzata tramite i prezzi (sentenza AKZO/Commissione, cit., punto 70).

107. In particolare, occorre giudicare che sfrutta abusivamente la propria posizione dominante un'impresa che, in un mercato in cui le condizioni della concorrenza siano già indebolite proprio a causa della sua presenza, attui una politica in materia di prezzi che persegua l'unico scopo economico di eliminare i suoi concorrenti, per poter poi trarre profitto dalla diminuzione del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato.

108. Ebbene, per valutare la correttezza della politica in materia di prezzi applicata da un'impresa dominante, la Corte, nel punto 74 della citata sentenza AKZO/Commissione, ha fatto riferimento a criteri relativi ai prezzi basati sui costi sostenuti dall'impresa dominante e sulla strategia di quest'ultima.

109. La Corte ha così precisato, da un lato, che i prezzi inferiori alla media dei costi variabili devono essere considerati in via di principio abusivi in quanto, applicando prezzi di tal genere, si presume che un'impresa in posizione dominante persegua l'unico scopo economico di eliminare i propri concorrenti. Dall'altro, i prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili devono essere considerati abusivi solo quando sono stabiliti nel quadro di un piano avente lo scopo di eliminare un concorrente (v. citate sentenze AKZO/Commissione, punti 70 e 71, nonché Tetra Pak/Commissione, punto 41).

110. Di conseguenza, contrariamente a quanto afferma la ricorrente, dalla giurisprudenza della Corte non si evince che la prova della possibilità di recupero delle perdite sofferte per l'applicazione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di prezzi inferiori a un determinato livello di costi costituisca un presupposto necessario per dimostrare il carattere abusivo di una siffatta politica in materia di prezzi. In particolare, la Corte ha avuto occasione di escludere la necessità di una prova del genere in circostanze in cui l'intento eliminatorio dell'impresa in questione poteva essere presunto alla luce dell'applicazione, effettuata da quest'ultima, di prezzi inferiori alla media dei costi variabili (v., in tal senso, sentenza Tetra Pak/Commissione, cit., punto 44).

111. Ovviamente, quest'interpretazione non esclude che la Commissione possa considerare una siffatta possibilità di recupero delle perdite come elemento rilevante in sede di valutazione della natura abusiva della pratica in questione in quanto, per esempio, essa può contribuire ad escludere, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi variabili, giustificazioni economiche

diverse dall'eliminazione di un concorrente, oppure a dimostrare, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi totali ma superiori alla media dei costi variabili, l'esistenza di un piano avente lo scopo di eliminare un concorrente.

112. Del resto, la mancanza di qualsiasi possibilità di recupero delle perdite non può bastare ad escludere che l'impresa in questione giunga a rafforzare la sua posizione dominante in seguito, in particolare, all'uscita dal mercato di uno o più tra i suoi concorrenti, di modo che il grado di concorrenza esistente sul mercato, già indebolito proprio a causa della presenza dell'impresa in questione, risulti ancor più diminuito e che i consumatori subiscano un danno derivante dalla limitazione delle loro possibilità di scelta.

113. Di conseguenza, il Tribunale ha concluso giustamente, nel punto 228 della sentenza impugnata, che la dimostrazione della possibilità di un recupero delle perdite non deve necessariamente precedere l'accertamento di una pratica di prezzi predatori. [...]

115. Con la seconda parte del settimo motivo, la ricorrente asserisce di aver fornito la prova che il recupero delle perdite fosse impossibile nel caso di specie. Il Tribunale avrebbe dovuto pronunciarsi, di conseguenza, sulla questione della possibilità, per la Commissione, di ignorare questa prova quando quest'ultima è fornita dall'impresa convenuta.

116. La Commissione replica che, in primo grado, la ricorrente non ha dedotto nessun motivo vertente sulla questione della possibilità o meno per la Commissione di ignorare una prova siffatta fornita dalla convenuta. Ad ogni modo, dai punti 103-121 e 261-267 della sentenza impugnata si ricaverebbe un implicito rigetto di questo argomento. Infine, la Commissione sottolinea che, nella decisione controversa, essa ha analizzato, in subordine, la possibilità di recupero delle perdite e l'ha ritenuta possibile nel caso di specie. [...]

117. Come ricordato nel punto 30 della presente motivazione, l'obbligo del Tribunale di motivare le proprie decisioni non può essere interpretato nel senso che implichi che esso sia tenuto a rispondere dettagliatamente a ciascun argomento dedotto da una parte, in particolare qualora esso non rivesta un carattere sufficientemente chiaro e preciso e non si fondi su elementi di prova circostanziati.

118. Ebbene, basti constatare che, in primo grado, la ricorrente non ha dedotto nessun motivo diretto a denunciare specificamente la circostanza che la Commissione avrebbe illegalmente ignorato la prova, asseritamente fornita dalla WIN, dell'impossibilità di recupero delle perdite nel caso di specie
».

17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, causa C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83

Alla fine degli anni '90 ed all'inizio del decennio seguente, un numero crescente di utenti finali svedesi di servizi Internet è passato dalla connessione Internet analogica (a bassa velocità di trasmissione) a diversi tipi di connessione a banda larga (con modalità di trasmissione considerevolmente più celeri). Le forme comuni di banda larga, all'epoca, erano rappresentate dalle connessioni effettuate mediante ADSL (collegamento digitale asimmetrico) [Asymmetric (bit rate) Digital Subscriber Line]. Tali connessioni si avvalevano di una rete telefonica fissa, o di una rete cablata oppure di una rete locale (local area network). La TeliaSonera, ex Telia AB, è l'operatore storico svedese della rete di telefonia fissa, già titolare di diritti esclusivi. Essa possiede da tempo una rete di accesso locale costituita da cavi metallici che collegano la quasi totalità delle abitazioni private svedesi. In particolare è proprietaria del circuito locale, cioè della parte della linea telefonica costituita da coppie di rame di collegamento tra gli scambi di telecomunicazione locale e la presa telefonica dell'abbonato. La TeliaSonera ha offerto ad altri operatori l'accesso al circuito locale, secondo due modalità. Da un lato, essa offriva il cosiddetto accesso disaggregato, in conformità agli obblighi ad essa imposti dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 18 dicembre 2000, n. 2887, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale (GU L 336, pag. 4). D'altro lato, la TeliaSonera offriva agli operatori, senza esservi tenuta da alcun obbligo regolamentare, un prodotto ADSL destinato a prestazioni intermedie. Tale prodotto permetteva a detti operatori di fornire i loro servizi

di connessione a banda larga ai clienti finali. Allo stesso tempo, la TeliaSonera proponeva servizi di connessione a banda larga direttamente ai clienti finali. Secondo il Konkurrensverket, tra l'aprile 2000 ed il gennaio 2003, la TeliaSonera avrebbe abusato della propria posizione dominante applicando una politica tariffaria mediante la quale il divario tra i prezzi di vendita dei prodotti ADSL destinati alle prestazioni intermedie e i prezzi di vendita dei servizi proposti agli utenti finali era insufficiente a coprire i costi che la stessa TeliaSonera doveva sopportare per la distribuzione di tali servizi ai detti utenti finali. Su questa base, il Konkurrensverket ha presentato una domanda dinanzi allo Stockholms tingsrätt diretta ad ottenere la condanna della TeliaSonera al pagamento di un'ammenda amministrativa per violazione della normativa nazionale in materia di concorrenza, nonché dell'articolo 82 CE (ora articolo 102 TFUE). Lo Stockholms tingsrätt, avendo dei dubbi circa la nozione di posizione dominante, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte che, al riguardo, ha osservato:

« [...] 23. [...] la posizione dominante ex art. 102 TFUE riguarda una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che conferisca a quest'ultima il potere di impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei clienti e, da ultimo, dei consumatori (sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 38, e 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, Deutsche Telekom/Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 170).

24. Di conseguenza, l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori (v., in tal senso, sentenze 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélos kai Sia e a., Racc. pag. I-7139, punto 68, nonché Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 180), ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva. Se, infatti, l'art. 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare grazie ai suoi meriti una posizione dominante su un dato mercato e se, a maggior ragione, la constatazione dell'esistenza di tale posizione non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata (v. in tal senso, sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461, punto 57, nonché 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione, Racc. pag. I-1365, punto 37), ciò non toglie che, secondo una giurisprudenza costante, è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno (v., in tal senso, sentenza 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, France Télécom/Commissione, Racc. pag. I-2369, punto 105 e giurisprudenza ivi citata).

25. Per quanto attiene al carattere abusivo di una pratica tariffaria come quella di cui trattasi nella causa principale, si deve rilevare che l'art. 102, secondo comma, lett. a), TFUE, vieta espressamente che un'impresa dominante imponga, in modo diretto o indiretto, prezzi non equi.

26. Peraltro, l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE non è esaustivo, ragion per cui l'elencazione delle pratiche abusive contenute in tale disposizione non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione (sentenza Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 173 e giurisprudenza ivi citata).

27. Infatti, lo sfruttamento abusivo di posizione dominante vietato da tale disposizione è una nozione obiettiva riguardante i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio in conseguenza della presenza dell'impresa in questione, il livello della concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione fra i prodotti o i servizi in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima (sentenza Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 174, e giurisprudenza ivi citata).

28. Per determinare se l'impresa che occupa una posizione dominante abbia sfruttato in modo abusivo tale posizione per effetto dell'applicazione delle proprie pratiche tariffarie, occorre valutare tutte le circostanze ed esaminare se tale pratica sia volta a sopprimere o limitare la possibilità per l'acquirente di scegliere le proprie fonti di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 175 e giurisprudenza ivi citata).

29. È alla luce di tali principi che il giudice del rinvio deve esaminare la pratica tariffaria di cui trattasi nella causa principale allo scopo di stabilire se essa costituisca uno sfruttamento abusivo della posizione dominante eventualmente detenuta dalla TeliaSonera.

30. In particolare, dopo aver verificato se ricorrono nella fattispecie le altre condizioni di applicazione dell'art. 102 TFUE – tra cui, segnatamente, l'esistenza della posizione dominante della TeliaSonera e la circostanza che gli scambi tra Stati membri siano stati pregiudicati dai suoi comportamenti – spetterà al giudice del rinvio esaminare sostanzialmente se la pratica tariffaria attuata dalla TeliaSonera presenti un carattere non equo in quanto comprime effettivamente i margini dei concorrenti di tale impresa sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali.

31. È infatti la compressione dei margini che, considerato l'effetto preclusivo che essa può generare per i concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa dominante, potrebbe di per sé, in assenza di qualsiasi giustificazione obiettiva, costituire un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 183) [...] ».

Sulla necessità dell'esistenza di effetti restrittivi e sull'indispensabilità del prodotto offerto dall'impresa dominante, la Corte ha, invece, osservato:

« [...] 60. Il giudice del rinvio si chiede sostanzialmente, in terzo luogo, se l'abusività della pratica tariffaria di cui trattasi dipenda dall'esistenza di concreti effetti restrittivi sulla concorrenza e, eventualmente, come tali effetti possano essere determinati. Esso si chiede, inoltre, se il prodotto offerto dalla TeliaSonera sul mercato all'ingrosso debba essere indispensabile per avere accesso al mercato al dettaglio.

61. Va osservato, al riguardo, che tenuto conto della nozione di sfruttamento abusivo di posizione dominante ricordata al punto 27 della presente sentenza, la Corte ha già escluso che la sola esistenza di una pratica tariffaria di un'impresa dominante che comporti la compressione dei margini dei suoi concorrenti almeno altrettanto efficienti possa costituire una pratica abusiva ai sensi dell'art. 102 TFUE senza che sia necessaria la dimostrazione che sussistono effetti anticoncorrenziali (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punti 250 e 251).

62. La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che l'effetto anticoncorrenziale deve potersi ricondurre agli eventuali ostacoli che siffatta pratica tariffaria può causare sullo sviluppo dell'offerta nel mercato al dettaglio delle prestazioni ai clienti finali e, quindi, sul livello di concorrenza esistente sul medesimo (sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 252).

63. Quindi, la pratica di cui trattasi, adottata da un'impresa dominante, costituisce un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE, qualora, producendo effetti preclusivi per i concorrenti quantomeno altrettanto efficienti mediante una compressione dei loro margini, sia idonea a rendere più difficile, se non impossibile, l'accesso per tali concorrenti al mercato di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 253).

64. Ne consegue che, per accertare l'abusività di siffatta pratica, il suo effetto anticoncorrenziale sul mercato deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante.

65. Certamente, qualora un'impresa dominante ponga effettivamente in essere una pratica tariffaria

che, determinando una compressione dei margini dei suoi concorrenti almeno altrettanto efficienti, mira a estrometterli dal mercato interessato, la circostanza che il risultato perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE.

66. Tuttavia, in assenza del minimo effetto sulla posizione concorrenziale dei concorrenti, una pratica tariffaria come quella in esame nella causa principale non può essere qualificata come pratica preclusiva qualora essa non renda minimamente più difficile la penetrazione di questi ultimi nel mercato interessato (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 254).

67. Nella fattispecie, spetta al giudice del rinvio esaminare se la pratica tariffaria della TeliaSonera fosse idonea ad ostacolare l'esercizio delle attività dei concorrenti almeno altrettanto efficienti sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali [...] ».

Sulla rilevanza del fatto che i mercati rilevanti debbano confrontarsi con una nuova tecnologia, la Corte ha osservato:

« [...] 104. Lo Stockholms tingsrätt chiede, in ottavo e ultimo luogo, se a questo stesso scopo, rileva il fatto che i mercati coinvolti siano in forte crescita e si confrontino con una nuova tecnologia che necessita investimenti molto ingenti.

105. Al riguardo, va anzitutto osservato che l'art. 102 TFUE non introduce alcuna distinzione per quanto riguarda il grado di sviluppo dei mercati interessati dallo sfruttamento della posizione dominante da parte di un'impresa.

106. In un mercato in forte crescita, poi, il vantaggio competitivo derivante dell'essere situati in posizione dominante su un secondo mercato ad esso prossimo è idoneo a falsare il gioco della concorrenza sul primo mercato, tenuto conto della circostanza che in questo primo mercato gli operatori, come sostiene la stessa TeliaSonera, possono essere indotti, per un certo periodo di tempo, ad operare in perdita o anche facendo affidamento su tassi di redditività ridotti.

107. Orbene, è esattamente in tali circostanze che l'ulteriore riduzione della redditività nell'attività di un operatore, derivante dalla compressione dei suoi margini e imposta dalla pratica tariffaria in esame, è idonea ad impedire che si instaurino o che si sviluppino condizioni normali di concorrenza sul mercato interessato.

108. Inoltre, tenuto conto dell'obiettivo delle regole di concorrenza, ricordato al punto 22 della presente sentenza, la loro applicazione non può dipendere dalla circostanza che il mercato in esame abbia già raggiunto un certo grado di maturazione. Infatti, segnatamente in un mercato in forte crescita, l'art. 102 TFUE esige che si intervenga il più rapidamente possibile per evitare che si stabilisca e si consolidi in tale mercato una struttura concorrenziale falsata dalla strategia abusiva di un'impresa in posizione dominante su tale mercato o anche su un mercato vicino ad esso strettamente collegato, che si intervenga cioè prima che si producano gli effetti anticoncorrenziali di detta strategia.

109. Ciò è valido a maggior ragione nel contesto di un mercato, come quello della fornitura di prestazioni per l'accesso ad Internet a banda larga, che è strettamente collegato ad un mercato diverso, come quello dell'accesso al circuito locale nel settore delle telecomunicazioni. Quest'ultimo mercato, infatti, non soltanto non è affatto nuovo ed emergente, ma la sua struttura concorrenziale è anche strettamente derivata dalla vecchia struttura monopolistica. Così, la possibilità per le imprese di sfruttare la loro posizione dominante su quest'ultimo mercato in modo tale da pregiudicare lo sviluppo della concorrenza su un mercato vicino in forte crescita richiede che non sia ammessa alcuna deroga all'applicazione dell'art. 102 TFUE [...] ».

« [...] 112. Alla luce delle considerazioni che precedono, le questioni sollevate vanno risolte dichiarando che, in assenza di qualsiasi giustificazione obiettiva, può costituire un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE il fatto che un'impresa verticalmente integrata, che detiene una posizione dominante sul mercato all'ingrosso delle prestazioni ADSL intermedie, applichi una pratica tariffaria

tale che il divario tra i prezzi praticati su detto mercato e quelli applicati sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali non sia sufficiente a coprire i costi specifici che questa stessa impresa deve sopportare per poter accedere a quest'ultimo mercato.

113. Nell'ambito della valutazione dell'abusività di siffatta pratica, occorre prendere in considerazione tutte le circostanze di ciascuna fattispecie. In particolare,

- occorre prendere in considerazione, in linea di principio e prioritariamente, i prezzi e i costi dell'impresa interessata sul mercato delle prestazioni al dettaglio. Soltanto qualora non sia possibile, tenuto conto delle circostanze, fare riferimento a tali prezzi e costi, occorre esaminare quelli dei concorrenti sullo stesso mercato, e
- è necessario dimostrare che, tenuto conto, in particolare, del carattere indispensabile del prodotto all'ingrosso, tale pratica produce un effetto anticoncorrenziale almeno potenziale sul mercato al dettaglio, senza che ciò sia in alcun modo giustificato economicamente.

114. Ai fini di tale valutazione non rilevano in linea di principio:

- l'assenza per l'impresa interessata di qualsiasi obbligo regolamentare di fornire le prestazioni ADSL intermedie sul mercato all'ingrosso su cui essa detiene una posizione dominante;
- il grado di dominio che tale impresa detiene su detto mercato;
- la circostanza che detta impresa non detenga una posizione dominante anche sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali;
- la circostanza che i clienti ai quali siffatta pratica tariffaria si applica sono clienti nuovi o preesistenti dell'impresa interessata;
- l'impossibilità per l'impresa dominante di recuperare le perdite eventuali che l'attuazione di siffatta pratica tariffaria potrebbe provocarle, né
- il grado di evoluzione dei mercati interessati e la presenza su di essi di una nuova tecnologia che richiede investimenti assai ingenti [...] ».

29 marzo 2012 *Telefónica, SA, Telefónica de España, SA, c. Commissione*, causa T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172

La Telefónica SA, ricorrente nella specie, è la società madre del gruppo Telefónica, già monopolio di Stato nel settore delle telecomunicazioni in Spagna. Durante il periodo interessato dalla decisione C (2007) 3196 def. della Commissione del 4 luglio 2007, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 [CE] (ora articolo 102 TFUE) (caso COMP/38.784 – Wanadoo España contro Telefónica), vale a dire dal settembre 2001 al dicembre 2006, la Telefónica forniva servizi a banda larga tramite la propria controllata Telefónica de España SAU (in prosieguo: la «TESAU»), nonché tramite due altre controllate, la Telefónica Data de España SAU e Terra Networks España SA. La Telefónica e le sue controllate (in prosieguo, congiuntamente: la «Telefónica») costituivano una sola e medesima entità economica durante tutto il periodo interessato dall'indagine (punto 12 della decisione impugnata). L'11 luglio 2003, la Wanadoo España SL (divenuta la France Telecom España SA) (in prosieguo: la «France Telecom») presentava alla Commissione delle Comunità europee una denuncia, sostenendo che il margine tra i prezzi all'ingrosso che le controllate della Telefónica applicavano ai loro concorrenti per la fornitura all'ingrosso di servizi di accesso a banda larga in Spagna e i prezzi al dettaglio che esse applicavano agli utenti finali non fosse sufficiente affinché i concorrenti della Telefónica potessero farle concorrenza (punto 26 della decisione impugnata). Il 4 luglio 2007 la Commissione adottava la suddetta decisione che veniva davanti al Tribunale. Il Tribunale, circa la valutazione della posizione, eventualmente, dominante, di un'impresa su un mercato settoriale determinato, ha osservato:

« [...] 111. [...] le possibilità di concorrenza vanno valutate nell'ambito del mercato comprendente tutti i prodotti che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non sono facilmente intercambiabili con altri prodotti. Inoltre, atteso che la

determinazione del mercato rilevante è funzionale alla valutazione se l'impresa di cui trattasi disponga della possibilità di porre ostacoli ad una concorrenza effettiva e di comportarsi, in misura apprezzabile, in modo indipendente rispetto ai propri concorrenti, clienti e consumatori, non è possibile, a tal fine, limitarsi all'esame delle sole caratteristiche oggettive dei prodotti interessati, bensì occorre parimenti prendere in considerazione le condizioni di concorrenza e la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato (v. sentenza della Corte del 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, Racc. pag. 3461, punto 37, e sentenze *France Télécom/Commissione*, punto 60 supra, punto 78, e *Clearstream/Commissione*, punto 70 supra, punto 48 e giurisprudenza ivi richiamata).

112. La nozione di mercato rilevante implica che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso fra tutti i prodotti che fanno parte dello stesso mercato (sentenza *Hoffmann-La Roche/Commissione*, punto 76 supra, punto 28, e *Clearstream/Commissione*, punto 70 supra, punto 49).

113. Risulta parimenti dalla comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU 1997, C 372, pag. 5, punto 7), che «[i]l mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati». Dal punto di vista economico, e nella prospettiva della definizione del mercato rilevante, la sostituibilità sul versante della domanda costituisce il vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo (punto 13 di detta comunicazione). Inoltre, la sostituibilità sul versante dell'offerta può essere parimenti presa in considerazione ai fini della definizione del mercato rilevante nelle operazioni in cui tale sostituibilità produca effetti equivalenti a quelli della sostituibilità sul versante della domanda in termini di immediatezza e di efficacia. A tal fine, occorre che i fornitori possano riorientare la loro produzione verso i prodotti di cui trattasi e immetterli sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, in risposta a variazioni lievi ma permanenti dei relativi prezzi (punto 20 della menzionata comunicazione) [...] ».

Sul terzo motivo, relativo ad errori di fatto e di diritto nell'accertamento della pretesa posizione dominante della Telefónica sui mercati rilevanti, il Tribunale ha osservato:

« [...] 146. In limine, devono essere disattesi gli argomenti delle ricorrenti secondo cui, per poter accertare un abuso di posizione dominante della Telefónica sotto forma di compressione dei margini, la Commissione avrebbe dovuto dimostrare che la Telefónica disponeva di una posizione dominante sul mercato all'ingrosso e, al tempo stesso, su quello al dettaglio. Infatti, come emerge dalla giurisprudenza della Corte, l'abusività di una pratica tariffaria attuata da un'impresa verticalmente integrata in posizione dominante su un mercato all'ingrosso rilevante e che conduca alla compressione dei margini dei concorrenti dell'impresa medesima sul mercato al dettaglio non dipende dall'esistenza di una posizione dominante dell'impresa stessa su detto mercato (sentenza della Corte del 17 febbraio 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, Racc. pag. I-527, punto 89). Non occorre, quindi, esaminare gli argomenti delle ricorrenti relativi all'accertamento della posizione dominante della Telefónica per quanto attiene ai mercati all'ingrosso rilevanti.

147. Secondo costante giurisprudenza, una posizione dominante può essere definita come posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che le consente di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento, fornendo alla stessa la possibilità di comportamenti apprezzabilmente indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori (sentenze della Corte *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, punto 72 supra, punto 65, e del 15 dicembre 1994, *DLG*, C-250/92, Racc. pag. I-5641, punto 47; sentenze del Tribunale del 22 novembre 2001, *AAMS/Commissione*, T-139/98, Racc. pag. II-3413,

punto 51; del 23 ottobre 2003, Van den Bergh Foods/Commissione, T-65/98, Racc. pag. II-4653, punto 154, e France Télécom/Commissione, punto 60 supra, punto 99).

148. In linea generale, l'esistenza di una posizione dominante può risultare da più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi (sentenze United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, punto 72 supra, punto 66, e DLG, punto 147 supra, punto 47). Tra tali fattori, l'esistenza di quote di mercato di grande ampiezza è altamente significativa (sentenze del Tribunale del 12 dicembre 1991, Hilti/Commissione, T-30/89, Racc. pag. II-1439, punto 90, e del 25 giugno 2010, Imperial Chemical Industries/Commissione, T-66/01, Racc. pag. II-2631, punti 255 e 256).

149. In tal senso, secondo costante giurisprudenza, quote di mercato estremamente elevate costituiscono di per sé, e salvo circostanze eccezionali, prova dell'esistenza di una posizione dominante. Infatti, una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene per un certo periodo, dato il volume di produzione e di offerta che essa rappresenta – senza che i detentori di quote notevolmente inferiori siano in grado di soddisfare rapidamente la domanda che vorrebbe orientarsi verso imprese diverse da quella che detiene la quota maggiore –, in una posizione di forza che la rende controparte obbligatoria e che, già solo per questo fatto, le garantisce, quanto meno per periodi relativamente lunghi, l'indipendenza di comportamento che caratterizza la posizione dominante (sentenze Hoffmann-La Roche/Commissione, punto 76 supra, punto 41; Van den Bergh Foods/Commissione, punto 147 supra, punto 154, e Imperial Chemical Industries/Commissione, punto 148 supra, punto 256; v., parimenti, sentenza France Télécom/Commissione, punto 60 supra, punto 100).

150. Secondo la giurisprudenza, una quota di mercato del 50% costituisce, di per sé, e salvo circostanze eccezionali, una posizione dominante (sentenza della Corte del 3 luglio 1991, AKZO/Commissione, C-62/86, Racc. pag. I-3359, punto 60, e sentenza Imperial Chemical Industries/Commissione, punto 148 supra, punto 256). Parimenti, una quota di mercato compresa tra il 70 e l'80%, indica di per sé chiaramente l'esistenza di una posizione dominante (sentenze del Tribunale Hilti/Commissione, punto 148 supra, punto 92; del 30 settembre 2003, Atlantic Container Line e a./Commissione, T-191/98, da T-212/98 a T-214/98, Racc. pag. II-3275, punto 907, e Imperial Chemical Industries/Commissione, punto 148 supra, punto 257).

151. Nella specie, le ricorrenti sostengono che la Telefónica non dispone di una posizione dominante sul «mercato all'ingrosso» a banda larga [...] ».

« [...] 160. Al fine di dimostrare l'assenza di posizione dominante della Telefónica sul mercato all'ingrosso nazionale, le ricorrenti deducono una serie di argomenti. In primo luogo, esse sostengono che la rete della Telefónica poteva essere riprodotta.

161. Esse affermano, in tal senso, che la rete della Telefónica è stata riprodotta integralmente da più operatori alternativi. Tuttavia, come correttamente constatato dalla Commissione al punto 239 della decisione impugnata, tali esempi non dimostrano l'assenza di posizione dominante della Telefónica sul mercato all'ingrosso nazionale.

162. È certamente vero che l'eventuale esistenza di una concorrenza sul mercato è una circostanza che rileva per valutare la sussistenza di una posizione dominante. Tuttavia, l'esistenza di una concorrenza, anche vivace, su un determinato mercato non esclude l'esistenza di una posizione dominante sullo stesso mercato, giacché tale posizione è caratterizzata essenzialmente dalla possibilità di agire senza dover tener conto, nella propria politica di mercato, di detta concorrenza e senza, tuttavia, subire conseguenze pregiudizievoli da tale comportamento (v. sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2005, General Electric/Commissione, T-210/01, Racc. pag. II-5575, punto 117, e giurisprudenza ivi richiamata; sentenza France Télécom/Commissione, punto 60 supra, punto 101).

163. Orbene, nella specie, gli esempi dedotti dalle ricorrenti non rimettono in discussione gli elementi indicati dalla Commissione ai punti 235-241 della decisione impugnata, alla luce, segnatamente, del fatto che la Telefónica ha mantenuto una quota di mercato superiore all'84% per tutto il periodo dell'infrazione, del fatto che, dopo il 2001, tale quota di mercato è rimasta undici

volte superiore a quella del concorrente principale o, ancora, del fatto che vari ostacoli impedivano ai concorrenti della Telefónica di proporre in modo redditizio un prodotto all'ingrosso nazionale in concorrenza con quello di quest'ultima.

164. Secondo, le ricorrenti affermano che la Commissione avrebbe adottato una «posizione essenzialmente dogmatica». Questa risulterebbe incoerente con la posizione adottata dalla Commissione nelle proprie comunicazioni ad altre autorità di regolamentazione europee. Infatti, in tali comunicazioni, la Commissione avrebbe ritenuto che una concorrenza esercitata a livello di mercato al dettaglio da imprese integrate verticalmente può esercitare una pressione concorrenziale indiretta sul mercato all'ingrosso. Pertanto, la Commissione sarebbe stata tenuta ad esaminare la questione se gli operatori via cavo e della rete locale abbiano esercitato una pressione concorrenziale indiretta sul comportamento della Telefónica sul mercato all'ingrosso di accesso indiretto.

165. A tal riguardo, è sufficiente rilevare che tale argomento risulta privo di fondamento, tenuto conto del fatto che, da un lato, la Commissione ha effettivamente esaminato la pressione concorrenziale degli operatori via cavo indicando, ai punti 268-276 della decisione impugnata, che gli operatori via cavo non avevano esercitato alcuna disciplina tariffaria sulla Telefónica sul mercato al dettaglio e, dall'altro, come emerge dai punti 264-266 della decisione impugnata, che la disaggregazione della rete locale era realmente decollata solo dopo il settembre 2004, risultando limitata sul piano geografico.

166. Terzo, il fatto che la Telefónica sia stata obbligata, dall'anno 2000 in poi, a fornire l'accesso alla rete locale a prezzi fondati sui costi non è sufficiente a dimostrare l'assenza di posizione dominante di detta impresa. Infatti, se è pur vero che la capacità di imporre regolarmente aumenti di prezzo rappresenta innegabilmente un elemento idoneo ad affermare l'esistenza di una posizione dominante, non ne costituisce tuttavia affatto un elemento indispensabile, dato che l'indipendenza di cui gode un'impresa dominante in materia di prezzi attiene più alla sua capacità di fissare questi ultimi senza dovere tener conto della reazione dei concorrenti, dei clienti e dei fornitori che alla sua capacità di aumentarli (v. sentenza *Atlantic Container Line e a./Commissione*, punto 150 supra, punto 1084, e giurisprudenza ivi richiamata). Orbene, atteso che tutti i prodotti concorrenti di accesso all'ingrosso sono basati sulle reti locali della Telefónica ovvero sul suo prodotto all'ingrosso regionale, la disponibilità di prodotti concorrenti dipende non solo dalla disponibilità reale di reti locali disaggregate e/o dal prodotto all'ingrosso regionale, bensì dalle condizioni economiche con cui detti prodotti vengono forniti (punto 240 della decisione impugnata).

167. Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve concludere che correttamente la Commissione ha ritenuto che la Telefónica fosse in posizione dominante sul mercato all'ingrosso nazionale.

168. Pertanto e considerato che, come rilevato supra al punto 146, la Commissione non era tenuta, al fine di dimostrare l'esistenza di una compressione dei margini, a dimostrare che la Telefónica detenesse una posizione dominante sul mercato al dettaglio, il motivo in esame dev'essere respinto in toto [...].

27 giugno 2012, *Microsoft Corp. c. Commissione*, causa T-167/08, ECLI:EU:T:2012:323

La Microsoft Corp., società con sede in Redmond, Washington (Stati Uniti), concepisce, sviluppa e commercializza una vasta gamma di software destinati a diversi tipi di attrezzature informatiche. Tali software includono, tra l'altro, sistemi operativi per personal computer clienti (in prosieguo: i «PC clienti») e sistemi operativi per server per gruppi di lavoro. Il 24 marzo 2004 la Commissione ha adottato la decisione 2007/53/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 [CE] (ora articolo 102 TFUE) e dell'articolo 54 dell'accordo SEE contro Microsoft Corp. (caso COMP/C-3/37.792 – Microsoft) (GU 2007, L 32, pag. 23; in prosieguo: la «decisione del 2004»). Secondo la decisione del 2004, la Microsoft ha violato tali norme a causa di due abusi di posizione dominante, tra i quali il primo è costituito dal rifiuto che la Microsoft avrebbe opposto ai

suoi concorrenti di fornire le «informazioni relative all'interoperabilità» e di autorizzarne l'utilizzazione per lo sviluppo e la distribuzione di prodotti concorrenti con i propri sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, durante il periodo compreso tra l'ottobre 1998 e la data di notificazione della decisione del 2004 [articolo 2, lettera a), della decisione del 2004]. Nella decisione del 2004 la Commissione sottolinea che il rifiuto in parola non verte su elementi del «codice sorgente» della Microsoft, bensì unicamente su talune specificazioni di alcuni protocolli, vale a dire su una descrizione dettagliata di ciò che ci si attende dal programma di cui trattasi, in contrapposizione alle implementazioni consistenti nell'esecuzione del codice da parte del computer (punti 24 e 569 della decisione del 2004). Con la decisione C(2005) 2988 def., del 28 luglio 2005, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 [CE] (caso COMP/C-3/37.792 – Microsoft), la Commissione ha imposto il sistema previsto all'articolo 7 della decisione del 2004. Il 4 ottobre 2005 la Commissione ha proceduto a nominare il mandatario indipendente. Con decisione del 10 novembre 2005 (in prosieguo: la «decisione del 2005»), la Commissione ha ritenuto che la documentazione tecnica predisposta dalla Microsoft al 20 ottobre 2005 contenente le informazioni relative all'interoperabilità non fosse né precisa né completa (punto 101 della decisione del 2005). Essa ha del pari considerato che i tassi di remunerazione richiesti dalla Microsoft per dare accesso alle informazioni relative all'interoperabilità ed autorizzarne l'utilizzazione non erano ragionevoli (punti 161 e 193 della decisione del 2005). Con decisione del 12 luglio 2006 (in prosieguo: la «decisione del 2006»), la Commissione ha ritenuto che la documentazione tecnica predisposta dalla Microsoft al 20 giugno 2006 contenente le informazioni relative all'interoperabilità non fosse né precisa né completa (punto 232 della decisione del 2006). Con ricorso depositato presso la cancelleria del Tribunale il 2 ottobre 2006, la Microsoft ha impugnato la decisione del 2006. Con sentenza del 17 settembre 2007, Microsoft/Commissione (T-201/04, Racc. pag. II-3601), il Tribunale ha annullato l'articolo 7 della decisione del 2004 ed ha respinto il ricorso per i restanti capi. Con la decisione C(2008) 764 def., del 27 febbraio 2008, che fissa l'ammontare definitivo della penalità di mora inflitta alla Microsoft] in virtù della decisione del 2005, la Commissione ha inflitto alla Microsoft una penalità di mora pari a EUR 899 milioni perché quest'ultima non si sarebbe conformata agli obblighi imposti dall'articolo 5, lettera a), della decisione del 2004 per il periodo compreso tra il 21 giugno 2006 ed il 21 ottobre 2007. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 9 maggio 2008, la Microsoft ha proposto ricorso innanzi al Tribunale che, quanto al carattere non ragionevole dei tassi di remunerazione, il Tribunale ha osservato:

« [...] 120. Occorre inoltre precisare che, se la decisione del 2004 non vieta alla Microsoft di richiedere tassi di remunerazione proporzionali ai ricavi dei licenziatari, tassi siffatti possono essere richiesti soltanto allorché rappresentino un valore diverso dal valore strategico delle tecnologie di cui trattasi [v. punto 1008, lettera ii), della decisione del 2004]. Orbene, è precisamente su quest'ultimo aspetto che verte la valutazione effettuata dalla Commissione nell'ambito della decisione impugnata. Inoltre, è giocoforza constatare che, fermo l'obbligo di fornire le informazioni relative all'interoperabilità a condizioni non discriminatorie, la decisione del 2004 è neutra rispetto alla possibilità per ciascuno dei potenziali contraenti della Microsoft di stipulare un accordo con quest'ultima a seconda del suo modello imprenditoriale. Lo stesso dicasi, a maggior ragione, per la decisione impugnata, nel senso che il comportamento della Microsoft è analizzato sulla base del carattere innovativo delle tecnologie di cui trattasi e non della possibilità per ciascuno dei potenziali contraenti di stipulare un accordo con quest'ultima alla luce del suo modello imprenditoriale. Gli argomenti della Microsoft riassunti al punto 110 supra devono pertanto essere respinti in quanto inconferenti.

121. Per quanto riguarda l'argomento della Microsoft secondo il quale la convenzione No Patent conferisce agli interessati il diritto di beneficiare di tecnologie brevettate, è sufficiente rilevare che, secondo l'articolo 1.14 di tale convenzione, la nozione di «Microsoft licensed intellectual property» include il «know-how», i segreti industriali, i segreti aziendali, le informazioni confidenziali ed i

diritti d'autore con l'esplicita esclusione di qualunque diritto coperto da brevetto o da una domanda pendente di brevetto. Quanto alla promessa unilaterale della Microsoft di non avvalersi dei diritti che risultano da brevetti, occorre rilevare, analogamente alla Commissione, che essa è stata manifestata soltanto il 24 ottobre 2007, vale a dire successivamente alla fine del periodo cui si riferisce la decisione impugnata. Inoltre, come riconosciuto dalla Microsoft nelle sue osservazioni sulle memorie d'intervento, tale promessa riguarda soltanto la distribuzione a fini non commerciali, ad esclusione degli operatori di sviluppo «open source» che effettuano distribuzioni a fini commerciali. Infine, è giocoforza constatare che l'eventuale divulgazione, nell'ambito della convenzione No Patent, di informazioni relative a tecnologie coperte da brevetto, ovvero di tecnologie diverse da quelle illustrate all'allegato della decisione impugnata, non implica affatto un diritto per il contraente della Microsoft di attuarle in modo da infrangere i brevetti in parola. Infatti, come dichiarato dalla Commissione, tali informazioni sono pubblicamente disponibili nell'ambito del brevetto concesso, senza che tale circostanza comporti la possibilità per un operatore di sviluppo di farne uso. In tali circostanze, e alla luce della distinzione tra informazioni relative all'interoperabilità brevettate e non brevettate (v. punti 161-164 della decisione impugnata), non si può ritenere che la convenzione No Patent accordi ai contraenti della Microsoft il diritto di applicare tecnologie brevettate, delle quali essi, peraltro, dichiarano di non avere necessità per lo sviluppo dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro [...] ».

Sul terzo motivo, vertente su un errore commesso dalla Commissione quanto ai criteri applicati per valutare il carattere innovativo delle tecnologie comprese nella convenzione No Patent, il Tribunale ha affermato:

« [...] 138. [...] occorre sottolineare, in limine, che la distinzione tra valore strategico e valore intrinseco delle tecnologie cui si riferisce la decisione impugnata costituisce una premessa fondamentale per la valutazione inerente al carattere ragionevole di qualsiasi remunerazione richiesta dalla Microsoft al fine di dare accesso a dette informazioni relative all'interoperabilità ed autorizzarne l'utilizzazione.

139. Al riguardo, occorre rammentare che, affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano presenti tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una potenziale domanda dei consumatori, che sia ingiustificato e che sia idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato (sentenza della Corte del 29 aprile 2004, IMS Health, C-418/01, Racc. pag.I-5039, punto 38).

140. Nel caso di specie è stato accertato che, nei limiti in cui le tre condizioni cumulative di cui al punto 139 supra erano soddisfatte, il rifiuto da parte della Microsoft di dare accesso alle informazioni relative all'interoperabilità e di autorizzarne l'utilizzazione era abusivo (v., in tal senso, sentenza Microsoft/Commissione, cit. al punto 18 supra, punti 711 e 712).

141. In tale contesto, qualsiasi misura correttiva volta a costringere la Microsoft a dare accesso alle informazioni relative all'interoperabilità ed autorizzarne l'utilizzazione da parte di altri operatori affinché sviluppino e distribuiscano sistemi operativi per server per gruppi di lavoro doveva escludere la possibilità per la Microsoft di trarre profitto da contropartite analoghe ai vantaggi che essa traeva dallo sfruttamento abusivo della sua posizione dominante sul mercato dei sistemi operativi per PC clienti.

142. Invero, permettere alla Microsoft di richiedere tassi di remunerazione che rispecchiassero il valore risultante dalla semplice possibilità di interoperare con i sistemi operativi della Microsoft, ovvero il valore strategico derivante dal potere che essa detiene nel mercato dei sistemi operativi per PC clienti o dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, equivale ad accordarle il diritto di trasformare i vantaggi dell'abuso in remunerazione per concedere licenze. Orbene, il riconoscimento

di un diritto siffatto sarebbe per definizione contrario all'obiettivo illustrato al punto 1003 della decisione del 2004, diretto a permettere una concorrenza economicamente sostenibile con il sistema operativo per server per gruppi di lavoro della Microsoft, giacché quest'ultima potrebbe richiedere a qualunque potenziale concorrente tassi di remunerazione proibitivi. Tassi siffatti non potrebbero pertanto essere considerati ragionevoli ai sensi del punto 1008, lettera ii), e dell'articolo 5, lettera a), della decisione del 2004, come indicato dai punti 106 e 107 della decisione impugnata.

143. Viepiù, come rilevato al punto 118 della decisione impugnata, l'applicazione dei principi di valutazione WSPP (v. punto 31 supra) e segnatamente il criterio relativo al carattere innovativo delle tecnologie di cui trattasi, è in grado d'indicare se i tassi di remunerazione richiesti dalla Microsoft rispecchiano il valore intrinseco di una tecnologia, e non il suo valore strategico. Infatti, il valore intrinseco di prodotti quali quelli di cui trattasi consiste nel loro carattere innovativo. Al contrario, il fatto che tali tecnologie abbiano rappresentato segreti aziendali in virtù della politica attuata dalla Microsoft non costituisce un indicatore dell'esistenza di un valore diverso da quello strategico.

144. Inoltre, pur se si dovesse escludere qualunque valore strategico delle tecnologie di cui trattasi come illustrato al punto 142 supra ed ai punti 105 e 107 della decisione impugnata (v. punti 29 e 30 supra), s'impone comunque una valutazione di mercato relativa a tecnologie analoghe, come indicata ai punti 134 e 135 supra, dal momento che si deve ancora escludere che tecnologie siffatte siano offerte, secondo gli usi commerciali, mediante tassi di remunerazione sostanzialmente inferiori a quelli richiesti dalla Microsoft, se non addirittura inesistenti. È proprio un metodo siffatto che conduce esattamente ad una valutazione del valore che avrebbero le informazioni relative all'interoperabilità in assenza di qualunque operatore dominante, come richiesto dall'ACT. Al contrario, ove manchi l'innovazione, il carattere segreto non comporta di per sé per un licenziatario un valore diverso da quello strategico, mentre i costi fissi di sviluppo non rappresentano, nemmeno secondo il parere dell'esperto nominato dalla Microsoft, PricewaterhouseCoopers, espresso in una relazione del 24 agosto 2006, una base corretta per la valutazione del valore della proprietà intellettuale.

145. Ne consegue che l'applicazione dei principi di valutazione WSPP risponde obiettivamente ed indipendentemente da qualunque accordo tra la Microsoft e i suoi potenziali contraenti alla necessità di valutare se i tassi di remunerazione richiesti dalla Microsoft siano ragionevoli ai sensi del punto 1008, lettera ii), e dell'articolo 5, lettera a), della decisione del 2004.

146. L'argomento della Microsoft secondo il quale i principi di valutazione WSPP sarebbero riservati all'utilizzo ad opera delle parti di un eventuale contratto di licenza, del mandatario indipendente e della High Court of Justice con esclusione della Commissione non può essere accolto. Infatti, nulla impedisce alla Commissione di ricorrere all'applicazione dei principi in parola ove siano appropriati ai fini dell'attuazione dell'articolo 5, lettera a), della decisione del 2004.

147. Nondimeno, tale conclusione non pregiudica la corretta applicazione di tali principi, applicazione che la Microsoft del pari contesta. In proposito occorre sottolineare che la Microsoft non censura la valutazione della Commissione sul carattere innovativo di una o più delle 166 tecnologie considerate non innovative, bensì la definizione dei criteri utilizzati per esaminare la sussistenza di innovazione in generale.

148. A tal riguardo, occorre osservare innanzitutto che, come risulta dal punto 138 della decisione impugnata, al fine di valutare il carattere innovativo delle tecnologie di cui trattasi, la Commissione ha fatto ricorso alle nozioni di novità e di non evidenza «quali nozioni correnti in materia di proprietà intellettuale». Risulta da quest'ultima citazione che la Commissione ha attribuito alle nozioni di novità e di non evidenza il significato che esse hanno in materia di proprietà intellettuale.

149. Occorre osservare, in questo contesto, che secondo il punto 138 della decisione impugnata, la Commissione ha definito nuova una tecnologia non compresa nello stato della tecnica e non evidente una tecnologia che non è tale agli occhi di una persona esperta nella materia. Tali definizioni corrispondono a quelle di novità e di attività inventiva che figurano rispettivamente all'articolo 54 ed all'articolo 56 della Convenzione sulla concessione di brevetti europei, del 5 ottobre

1973, come modificata. Nei limiti in cui la legittimità dell'approccio della Commissione consistente in una valutazione del carattere innovativo delle tecnologie della Microsoft è ammessa (v. punti 133-146 supra), non si può contestare che la Commissione possa valutare il carattere innovativo di tali tecnologie riferendosi alle loro componenti, ovvero la novità e la non evidenza, quest'ultima compresa nella nozione di attività inventiva. Si deve aggiungere, in proposito, che in una lettera datata 4 maggio 2006, la Microsoft afferma che l'innovazione dovrebbe essere valutata secondo i criteri della novità e dell'attività inventiva, sebbene essa ritenga che la valutazione del carattere innovativo non possa sostituirsi alle norme relative al segreto aziendale. In una lettera del 31 luglio 2006 (v. punto 47 supra), la Microsoft ha inoltre riconosciuto che il criterio dell'innovazione, quale «filtro che prende in considerazione il valore strategico» riveste il significato che è ad esso attribuito nel diritto dei brevetti ed ha presentato le sue relazioni sull'innovazione tenendo conto di tale definizione.

150. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Microsoft, valutare, nell'ambito della presente causa, il carattere innovativo delle tecnologie cui si riferisce la decisione impugnata rinviando alla novità ed all'attività inventiva non ha la conseguenza di annullare in generale il valore dei diritti di proprietà intellettuale, dei segreti aziendali o di altre informazioni confidenziali né, a fortiori, d'imporre tale carattere come condizione affinché un prodotto o un'informazione siano coperti da tale diritto o costituiscano un segreto aziendale in generale. Infatti, come risulta dalle considerazioni che precedono, una valutazione siffatta mira a consentire l'applicazione dell'articolo 5, lettera a), della decisione del 2004, il quale, letto alla luce dei punti 1003 e 1008, lettera ii), della medesima decisione, vieta, avuto riguardo all'abuso specifico accertato, che qualsiasi remunerazione pretesa dalla Microsoft rispecchi il valore strategico delle tecnologie di cui trattasi. Tale obiettivo è espressamente dichiarato nei principi di valutazione WSPP elaborati all'esito delle negoziazioni tra la Commissione e la Microsoft (v. punti 25, 31 e 87 supra) [...] ».

27 marzo 2012, *Post Danmark A/S*, causa C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172

La Post Danmark e la Forbruger-Kontakt sono, in Danimarca, i due maggiori operatori nel settore della distribuzione della posta non indirizzata (pubblicità, elenchi telefonici, guide, giornali locali e regionali, ecc, settore completamente liberalizzato. All'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, la Post Danmark deteneva il monopolio della distribuzione delle lettere e dei pacchi indirizzati al di sotto di un determinato limite di peso, cui era associato, in ragione del diritto esclusivo di distribuzione, un obbligo di servizio universale di distribuzione della posta indirizzata inferiore a tale peso. A tal fine, detta impresa disponeva di una rete estesa all'intero territorio nazionale danese che essa impiegava anche per la distribuzione della posta non indirizzata. La Forbruger-Kontakt, una divisione del gruppo editoriale Søndagsavisen a-s, si occupa principalmente della distribuzione di posta non indirizzata e poteva annoverare i gruppi SuperBest, Spar e Coop, imprese del settore della grande distribuzione, come suoi importanti clienti. Verso la fine del 2003, la Post Danmark ha stipulato contratti con questi tre gruppi, facendosi affidare, a partire dal 1^a gennaio 2004, la distribuzione della loro posta non indirizzata. A seguito di una denuncia da parte della Forbruger-Kontakt, il Konkurrencerådet (autorità della concorrenza danese) ha concluso, con una decisione del 29 settembre 2004, che la Post Danmark aveva abusato della propria posizione dominante sul mercato danese della distribuzione della posta non indirizzata, praticando una politica di sconti mirata e diretta a fidelizzare la clientela, da un lato, non ponendo i propri clienti su una base di uguaglianza per quanto riguarda le tariffe e gli sconti (comportamento qualificato dal Konkurrencerådet come «discriminazione accessoria tramite i prezzi») e, dall'altro, applicando tariffe differenti ai suoi clienti e agli ex clienti della Forbruger-Kontakt, senza riuscire a giustificare in termini di costi dette significative differenze in materia di tariffe e di sconti (pratica qualificata dal Konkurrencerådet come «discriminazione principale tramite i prezzi»). Con decisione del 1^a luglio 2005, la Konkurrenceankenævnet (commissione di ricorso in materia di concorrenza) ha confermato

la decisione del Konkurrencerådet del 29 settembre 2004. La Konkurrenceankenævnet ha inoltre confermato una decisione del Konkurrencerådet del 24 novembre 2004 con cui quest'ultimo aveva dichiarato che non era dimostrabile un proposito eliminatorio della concorrenza da parte della Post Danmark e, conseguentemente, che tale impresa non aveva abusato della sua posizione dominante sul mercato della distribuzione della posta non indirizzata applicando prezzi predatori. Tali decisioni del Konkurrencerådet e della Konkurrenceankenævnet sono state impugnate dalla Post Danmark dinanzi all'Østre Landsret (Tribunale regionale Est) che, tuttavia, le ha confermate con decisione del 21 dicembre 2007. Avverso tale decisione dell'Østre Landsret, la Post Danmark ha proposto un ricorso dinanzi all'Højesteret (Corte Suprema danese) che ha deciso di sospendere il procedimento per chiedere alla Corte in quali circostanze si deve ritenere che una politica di prezzi bassi, applicati nei confronti di determinati ex clienti di un concorrente da parte di un'impresa che detiene una posizione dominante, configuri un abuso diretto all'esclusione di un concorrente, contrario all'articolo 82 CE (ora articolo 102 TFUE), e, in particolare, se la constatazione dell'esistenza di una pratica siffatta possa basarsi sul solo fatto che il prezzo applicato dall'impresa che detiene una posizione dominante ad un unico cliente si situa ad un livello inferiore ai costi totali medi attribuiti all'attività interessata, ma al di sopra dei costi incrementali medi relativi alla stessa. Al riguardo la Corte ha osservato:

« [...] 20. Dalla giurisprudenza risulta che l'articolo 82 CE [ora articolo 102 TFUE] riguarda non solo le pratiche che provocano un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva (sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, Racc. pag. I-527, punto 24 e giurisprudenza ivi citata). È questo il significato che si deve dare ai termini «abuso diretto all'esclusione di un concorrente» che compaiono nelle questioni pregiudiziali.

21. Secondo una costante giurisprudenza, la constatazione dell'esistenza di una siffatta posizione dominante non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata (v. sentenze del 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, 322/81, Racc. pag. 3461, punto 57, nonché del 16 marzo 2000, Compagnie maritimes belge transports e a./Commissione, C-395/96 P e C-396/96 P, Racc. pag. I-1365, punto 37). L'articolo 82 CE [ora articolo 102 TFUE] non ha infatti assolutamente lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare grazie ai suoi meriti una posizione dominante su un dato mercato (v., segnatamente, sentenza TeliaSonera Sverige, cit., punto 24). Tale disposizione non è nemmeno diretta a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante.

22. In tal senso, non tutti gli effetti di esclusione pregiudicano necessariamente la concorrenza (v., per analogia, sentenza TeliaSonera Sverige, cit., punto 43). Per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione.

23. Sempre secondo una giurisprudenza costante, è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale all'interno del mercato interno (v. sentenza del 2 aprile 2009, France Télécom/Commissione, C-202/07 P, Racc. pag. I-2369, punto 105 e giurisprudenza ivi citata). Ove l'esistenza di una posizione dominante tragga origine da un precedente monopolio legale, occorre tener conto di tale circostanza.

24. A tale riguardo si deve altresì ricordare che l'articolo 82 CE [ora articolo 102 TFUE] riguarda, in particolare, i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante, i quali abbiano, a danno dei consumatori, l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima (v., in tal

senso, sentenze AKZO/Commissione, cit., punto 69; France Télécom/Commissione, cit., punti 104 e 105, e del 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione, C-280/08 P, Racc. pag. I-9555, punti 174, 176 e 180 nonché giurisprudenza ivi citata).

25. In tal senso, l'articolo 82 CE [ora articolo 102 TFUE] osta, in particolare, a che un'impresa che detiene una posizione dominante attui pratiche che hanno l'effetto di escludere i concorrenti altrettanto efficienti dell'impresa stessa e di rafforzare la posizione dominante della medesima, avvalendosi di mezzi diversi da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti. Sotto tale profilo, non può considerarsi legittima qualunque concorrenza esercitata facendo leva sui prezzi (v., in tal senso, citate sentenze AKZO/Commissione, punti 70 e 72; France Télécom/Commissione, punto 106, nonché Deutsche Telekom/Commissione, punto 177).

26. Per determinare se l'impresa che detiene una posizione dominante abbia sfruttato in modo abusivo tale posizione per effetto dell'applicazione delle proprie pratiche tariffarie, occorre valutare tutte le circostanze ed esaminare se tali pratiche siano volte a sopprimere o a limitare la possibilità per l'acquirente di scegliere le proprie fonti di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, creando loro in tal modo uno svantaggio concorrenziale, o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (sentenza Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 175 e giurisprudenza ivi citata).

27. Nella sua citata sentenza AKZO/Commissione, in cui si trattava di stabilire se un'impresa avesse praticato prezzi predatori, la Corte ha statuito, in primo luogo, al punto 71 di tale sentenza, che i prezzi inferiori alla media dei costi «variabili» (vale a dire quei prezzi che variano in funzione dei quantitativi prodotti) devono ritenersi, in linea di principio, illeciti, in quanto si presume che un'impresa che detiene una posizione dominante non abbia alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti. In secondo luogo, la Corte ha statuito, al punto 72 di questa stessa sentenza, che i prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente.

28. In tal senso, per valutare la correttezza di una politica di prezzi bassi applicata da un'impresa che detiene una posizione dominante, la Corte ha fatto ricorso a criteri basati su un confronto tra i prezzi interessati e determinati costi sostenuti dall'impresa dominante nonché sulla strategia di quest'ultima (v. citate sentenze AKZO/Commissione, punto 74, e France Télécom/Commissione, punto 108).

29. Per quanto riguarda l'esistenza di un'eventuale strategia anticoncorrenziale della Post Danmark, dal fascicolo risulta che la denuncia all'origine del procedimento principale riguardava l'eventualità che la Post Danmark, applicando una politica di prezzi bassi nei confronti di determinati importanti clienti del suo concorrente, avrebbe potuto eliminare quest'ultimo dal mercato interessato. Orbene, come emerge dall'ordinanza di rinvio, non si è potuto dimostrare il proposito eliminatorio della Post Danmark nei confronti di tale concorrente [...] ».

« [...] 40. Nel caso in cui il giudice del rinvio debba tuttavia constatare, in seguito a tale valutazione, l'esistenza di effetti anticoncorrenziali dovuti al comportamento della Post Danmark, va ricordato che è possibile per un'impresa che detiene una posizione dominante giustificare attività che possono incorrere nel divieto di cui all'articolo 82 CE (v. in tal senso, segnatamente, sentenze del 14 febbraio 1978, United Brands e United Brands Continentaal/Commissione, 27/76, Racc. pag. 207, punto 184; del 6 aprile 1995, RTE e ITP/Commissione, C-241/91 P e C-242/91 P, Racc. pag. I-743, punti 54 e 55, nonché TeliaSonera Sverige, cit., punti 31 e 75).

41. In particolare, una siffatta impresa può, a tal fine, dimostrare o che il proprio comportamento è obiettivamente necessario (v., in tal senso, sentenza del 3 ottobre 1985, CBEM, 311/84, Racc. pag. 3261, punto 27), o che l'effetto preclusivo che ne deriva può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno anche a beneficio del consumatore (sentenze del 15 marzo 2007, British Airways/Commissione, C-95/04 P, Racc. pag. I-2331, punto 86, e

TeliaSonera Sverige, cit., punto 76).

42. Sotto quest'ultimo profilo, spetta all'impresa che detiene una posizione dominante dimostrare che i vantaggi in termini di efficienza che possono risultare dal comportamento in questione neutralizzano i probabili effetti svantaggiosi per la concorrenza e per gli interessi dei consumatori sui mercati interessati, che è stato o è possibile realizzare tali vantaggi in termini di efficienza grazie a detto comportamento, che quest'ultimo è indispensabile per realizzarli e che esso non elimina una concorrenza effettiva sopprimendo la totalità o la maggior parte delle fonti esistenti di concorrenza attuale o potenziale.

43. Nel caso di specie, è sufficiente, per quanto riguarda le considerazioni espresse al punto 11 della presente sentenza, rilevare che il solo fatto che un criterio basato espressamente sui vantaggi in termini di efficienza non figurasse tra gli elementi risultanti dai listini prezzi applicati dalla Post Danmark non può giustificare un rifiuto di tener conto, se del caso, di siffatti vantaggi in termini di efficienza, a condizione che l'effettività e la portata di questi ultimi siano stabilite conformemente ai requisiti di cui al punto 42 della presente sentenza.

44. Alla luce del complesso delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 82 CE dev'essere interpretato nel senso che non si può ritenere che una politica di prezzi bassi applicati nei confronti di determinati importanti ex clienti di un concorrente da parte di un'impresa che detiene una posizione dominante configuri un abuso diretto all'esclusione di un concorrente per il solo fatto che il prezzo applicato da tale impresa ad uno di detti clienti si situa ad un livello inferiore ai costi totali medi attribuiti all'attività interessata, ma al di sopra dei costi incrementali medi relativi alla medesima, come stimati nel procedimento all'origine del procedimento principale. Al fine di valutare se sussistano effetti anticoncorrenziali in circostanze come quelle di cui al detto procedimento, occorre esaminare se tale politica di prezzi porti, senza giustificazione obiettiva, all'esclusione effettiva o probabile di tale concorrente, a danno della concorrenza e pertanto degli interessi dei consumatori [...] ».

19 aprile 2012, *Tomra e altri*, causa C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221

La Tomra Systems ASA è la società madre del gruppo Tomra. La Tomra Europe AS coordina l'attività delle filiali di distribuzione europee in seno al gruppo. Le filiali di distribuzione interessate dalla presente causa sono la Tomra Systems GmbH in Germania, la Tomra Systems BV nei Paesi Bassi, la Tomra Leergutsysteme GmbH in Austria, la Tomra Systems AB in Svezia e la Tomra Butikkssystemer AS in Norvegia (in prosieguo, considerate unitamente alla Tomra Systems ASA e alla Tomra Europe AS: le "ricorrenti"). Il gruppo Tomra produce macchine per la raccolta dei [contenitori] per bevande (in prosieguo: le "RVM"), che sono apparecchi per la raccolta degli imballaggi per bibite usati che identificano l'imballaggio inserito in funzione di taluni parametri come la forma e/o il codice a barre e calcolano l'importo della [cauzione] da rimborsare al cliente. Il 26 marzo 2001, la Commissione riceveva una denuncia dalla Prokent AG, una società tedesca che operava anch'essa nel settore della raccolta degli imballaggi per bevande usati, nonché dei prodotti e servizi connessi. La Prokent chiedeva alla Commissione di accertare se le ricorrenti fossero incorse in un abuso di posizione dominante, che le impediva di accedere al mercato. Il 23 dicembre 2002, in una lettera indirizzata alla Commissione, le ricorrenti dichiaravano di porre termine agli accordi di esclusiva e di non applicare più sconti di fedeltà. Il 30 marzo 2004, le ricorrenti presentavano un programma di conformità alla concorrenza per il gruppo Tomra, applicabile dal 1^a aprile 2004. Il 29 marzo 2006 la Commissione adottava una decisione in cui stabiliva che le ricorrenti avevano violato l'articolo 82 CE (ora articolo 102 TFUE) e l'articolo 54 dell'accordo [sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992 (GU 1994, L 1, pag. 3; in prosieguo: l'"accordo SEE")] nel periodo 1998-2002, ponendo in essere una strategia di esclusione sui mercati tedesco, olandese, austriaco, svedese e norvegese delle RVM, mediante accordi di esclusiva, impegni in materia di volumi di acquisti e sistemi di sconti retroattivi personalizzati, chiudendo così i mercati alla concorrenza. La decisione della Commissione

veniva in seguito confermata dal Tribunale, la cui sentenza era, quindi, impugnata dalle ricorrenti dinanzi la Corte, la quale, in particolare sulla nozione di abuso, ha osservato:

« [...] 19. [...] che, quando la Commissione procede alla valutazione del comportamento di un'impresa in posizione dominante - valutazione che è indispensabile per concludere se vi sia abuso di tale posizione - essa deve necessariamente valutare la strategia commerciale di detta impresa. In tale contesto appare normale che la Commissione evochi fattori di natura soggettiva, ossia i motivi che sono sottesi alla strategia commerciale in questione.

20. L'esistenza di un eventuale intento anticoncorrenziale costituisce quindi solo una delle numerose circostanze di fatto che possono essere prese in considerazione per accertare un abuso di posizione dominante.

21. Per contro, la Commissione non è punto tenuta a dimostrare l'esistenza di un tale intento in capo all'impresa in posizione dominante ai fini dell'applicazione dell'articolo 82 CE [ora articolo 102 TFUE].

22. A questo proposito, a giusto titolo il Tribunale ha sottolineato, al punto 36 della sentenza impugnata, che era del tutto normale che la decisione controversa desse prioritariamente atto di un comportamento anticoncorrenziale delle ricorrenti, dato che è proprio tale comportamento che la Commissione doveva dimostrare. Infatti, l'esistenza di una volontà di esercitare una concorrenza basata sul merito, quand'anche accertata, non potrebbe dimostrare l'assenza di un abuso.

23. Ciò premesso, al punto 38 della medesima sentenza, il Tribunale ha ricordato pure, senza commettere errore di diritto, come risulta dal punto 20 della presente sentenza, che la nozione di abuso è oggettiva [...] ».

Sul concetto di dominanza su un determinato mercato da parte di un'impresa al fine di stabilire l'esistenza di un abuso in capo a quest'ultima, la Corte ha, invece, osservato:

« [...] 37. [...] dal punto 79 della citata sentenza TeliaSonera Sverige risulta che la posizione dominante di cui all'articolo 102 TFUE riguarda la situazione di potenza economica di un'impresa che, permettendole comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti e clienti, le conferisce il potere di ostacolare la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione.

39. Emerge inoltre dai punti 80 e 81 della medesima sentenza che tale disposizione non introduce alcuna distinzione né alcuna gradazione nell'ambito della nozione di posizione dominante. Quando un'impresa dispone di una potenza economica come quella prevista dall'articolo 102 TFUE per accertare se essa detiene una posizione dominante su un mercato determinato, è necessario che il suo comportamento sia valutato alla luce di detta disposizione. Nondimeno, il livello di potere di mercato influisce, in linea di principio, più sulla portata degli effetti del comportamento dell'impresa in questione che sull'esistenza dell'abuso in quanto tale.

40. Indubbiamente, come risulta dal punto 239 della sentenza impugnata, la Commissione non ha dimostrato una soglia precisa oltre la quale le pratiche del gruppo Tomra erano idonee ad escludere i suoi concorrenti dal mercato in questione.

41. Al punto 240 della sentenza impugnata, il Tribunale ha tuttavia, a buon diritto, convalidato la considerazione della Commissione secondo cui, bloccando una parte significativa del mercato, il gruppo Tomra aveva limitato l'ingresso ad uno o più concorrenti e, dunque, ristretto l'intensità della concorrenza sull'intero mercato.

42. Infatti, e come ha rilevato il Tribunale al punto 241 della sentenza impugnata, il blocco di una parte sostanziale del mercato ad opera di un'impresa dominante non può essere giustificato dimostrando che la quota del mercato che può essere conquistata è ancora sufficiente per far posto ad un numero limitato di concorrenti. Infatti, da un lato, i clienti che si trovano nella quota bloccata del mercato dovrebbero avere la possibilità di approfittare di ogni grado di concorrenza che sia possibile

sul mercato e i concorrenti dovrebbero poter operare in un regime di concorrenza fondata sul merito su tutto il mercato e non soltanto su una parte di questo. D'altro lato, non spetta all'impresa dominante stabilire quanti concorrenti validi siano autorizzati a farle concorrenza per la quota ancora acquisibile della domanda.

43. Al punto 242 della sentenza impugnata, il Tribunale ha inoltre precisato che solo un'analisi delle circostanze di specie, come quella operata dalla Commissione nella decisione controversa, può consentire di stabilire se le pratiche di un'impresa in posizione dominante siano tali da escludere la concorrenza. Sarebbe per contro artificioso stabilire a priori quale sia la quota di mercato bloccata oltre la quale le pratiche di un'impresa in posizione dominante possono produrre un effetto di esclusione dei concorrenti.

44. Ebbene, a seguito di tale analisi delle circostanze di specie, il Tribunale ha constatato, al punto 243 della sentenza impugnata, che una quota considerevole (due quinti) della domanda totale durante il periodo e nei paesi considerati era sottratta alla concorrenza.

45. Tale conclusione del Tribunale deve essere considerata esente da errori di diritto [...] ».

16 luglio 2015, Huawei Technologies, causa C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477

La Huawei Technologies, società di dimensioni mondiali attiva nel settore delle telecomunicazioni, è titolare in particolare del brevetto europeo registrato col n. EP 2 090 050 B 1, recante il titolo «Procedura e impianto per la creazione di un segnale di sincronizzazione in un sistema di comunicazione», rilasciato dalla Repubblica federale di Germania, Stato contraente della CBE (in prosieguo: il «brevetto EP 2 090 050 B 1»). Tale brevetto è stato notificato all'ETSI dalla Huawei Technologies il 4 marzo 2009 quale brevetto essenziale ai fini dell'applicazione della norma tecnica «Long Term Evolution (LTE)». In tale occasione, essa si è impegnata a concedere a terzi licenze a condizioni FRAND (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory). Tra il novembre 2010 e la fine del marzo 2011, la Huawei Technologies e la ZTE Corp., società appartenente a un gruppo di dimensioni mondiali operante nel settore delle telecomunicazioni e che commercializza in Germania prodotti dotati di un software legato alla suddetta norma tecnica, hanno avviato discussioni vertenti, in particolare, sulla contraffazione del brevetto EP 2 090 050 B 1 e sulla possibilità di concludere un contratto di licenza a condizioni FRAND relativamente a tali prodotti. La Huawei Technologies ha indicato l'importo del corrispettivo da essa ritenuto ragionevole. Dal canto suo, la ZTE Corp. propendeva per una concessione reciproca di licenze. Tuttavia, non si è pervenuti alla finalizzazione di alcuna proposta relativa a un contratto di licenza. Nondimeno, la ZTE commercializza prodotti funzionanti sulla base della norma tecnica «Long Term Evolution», in tal modo sfruttando il brevetto EP 2 090 050 B 1, senza versare alcun corrispettivo alla Huawei Technologies né rendere conto a quest'ultima in modo completo degli atti di sfruttamento compiuti. Il 28 aprile 2011, sulla base dell'articolo 64 della CBE e degli articoli 139 e seguenti della legge sui brevetti, come da ultimo modificata dall'articolo 13 della legge del 24 novembre 2011, la Huawei Technologies ha esperito dinanzi Landgericht Düsseldorf (tribunale regionale di Düsseldorf, Germania) un'azione per contraffazione avverso la ZTE al fine di ottenere la cessazione della contraffazione, la presentazione di dati contabili, il richiamo dei prodotti nonché il risarcimento dei danni. In tale contesto, tale giudice, dubitando dell'esistenza di un abuso di posizione dominante a carico della Huawei Technologies, ha deciso di sospendere il processo al fine di chiedere alla Corte, in particolare, quali siano le circostanze nelle quali l'introduzione, da parte di un'impresa che si trovi in posizione dominante e sia titolare di un «brevetto essenziale ai fini dell'applicazione di una norma tecnica» (BEN) che la stessa si è impegnata, nei confronti dell'organismo di normalizzazione, a dare licenza a terzi a condizioni FRAND, di un'azione per contraffazione volta ad ottenere la cessazione della contraffazione di tale BEN o il richiamo dei prodotti per la cui fabbricazione è stato utilizzato tale BEN debba essere considerata come una pratica abusiva contraria all'articolo 102 TFUE. In proposito, la Corte ha osservato:

« [...] 46. [...] per costante giurisprudenza, l'esercizio di un diritto esclusivo collegato a un diritto di proprietà intellettuale, segnatamente, nel procedimento principale, il diritto di esperire un'azione per contraffazione, fa parte delle prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale, con la conseguenza che l'esercizio di un tale diritto, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di quest'ultima (v., in tal senso, sentenze Volvo, 238/87, EU:C:1988:477, punto 8; RTE e ITP/Commissione, C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98, punto 49, nonché IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257, punto 34).

47. Tuttavia, è altresì pacifico che l'esercizio del diritto esclusivo collegato a un diritto di proprietà intellettuale da parte del titolare può, in casi eccezionali, dare luogo a un comportamento abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE (v., in tal senso, sentenze Volvo, 238/87, EU:C:1988:477, punto 9; RTE e ITP/Commissione, C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98, punto 50, nonché IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257, punto 35).

48. Nondimeno, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 70 delle sue conclusioni, si deve evidenziare che la fattispecie oggetto del procedimento principale presenta peculiarità che la rendono diversa dalle fattispecie oggetto della giurisprudenza menzionata ai punti 46 e 47 della presente sentenza.

49. Essa si caratterizza, da un lato, per il fatto che, come osservato dal giudice del rinvio, il brevetto de quo è essenziale ai fini dell'applicazione di una norma tecnica stabilita da un organismo di normalizzazione, la quale rende il suo sfruttamento indispensabile per ogni concorrente che intenda fabbricare prodotti conformi alla norma tecnica cui esso è collegato.

50. Tale caratteristica differenzia i BEN dai brevetti che non sono essenziali ai fini dell'applicazione di una norma tecnica e che generalmente permettono ai terzi di fabbricare prodotti concorrenti discostandosi dal brevetto interessato senza compromettere le funzioni fondamentali del prodotto in questione.

51. Dall'altro lato, la controversia oggetto del procedimento principale si contraddistingue per il fatto che il brevetto interessato ha ottenuto lo status di BEN soltanto in contropartita di un impegno irrevocabile del suo titolare, nei confronti dell'organismo di normalizzazione considerato, ad essere disposto ad accordare licenze a condizioni FRAND, come risulta dai punti da 15 a 17 e 22 della presente sentenza.

52. Benché il titolare del brevetto essenziale in causa disponga del diritto di esercitare un'azione inibitoria o un'azione per il richiamo di prodotti, il fatto che tale brevetto abbia ottenuto lo status di BEN comporta che il suo titolare può escludere l'immissione o il mantenimento nel mercato di tali prodotti fabbricati da concorrenti e, quindi, riservare a sé la fabbricazione di tali prodotti.

53. Ciò posto, e dato che un impegno a rilasciare licenze a condizioni FRAND crea nei terzi legittime aspettative a che il titolare del BEN conceda loro in concreto licenze a tali condizioni, un rifiuto del titolare del BEN di concedere una licenza a questo tipo di condizioni può costituire, in via di principio, un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

54. Ne consegue che, tenuto conto delle legittime aspettative createsi, il carattere abusivo di un simile rifiuto può, in via di principio, essere eccepito a fronte di azioni inibitorie o per il richiamo di prodotti. Tuttavia, il titolare del brevetto è obbligato, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, soltanto a concedere una licenza a condizioni FRAND. Ebbene, le parti nel procedimento principale non sono concordi su cosa comportino le condizioni FRAND nel caso concreto.

55. In una simile ipotesi, al fine di evitare che un'azione inibitoria o per il richiamo di prodotti possa essere considerata abusiva, il titolare di un BEN deve rispettare taluni requisiti volti a garantire un giusto equilibrio degli interessi in gioco.

56. A tal riguardo, occorre prendere in debita considerazione la peculiarità degli elementi di diritto e di fatto del caso in esame (v., in tal senso, sentenza Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

57. Pertanto, occorre considerare la necessità di rispettare i diritti di proprietà intellettuale, in

particolare, ai sensi della direttiva 2004/48, che, conformemente all'articolo 17, paragrafo 2, della Carta, prevede un insieme di azioni legali destinate a garantire un livello elevato di tutela della proprietà intellettuale nel mercato interno nonché il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'articolo 47 della Carta, costituito da diversi elementi tra cui si annovera il diritto di ricorso ad un giudice (v., in tal senso, sentenza *Otis e a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, punto 48).

58. Siffatta necessità di tutela elevata dei diritti di proprietà intellettuale comporta che il loro titolare non può, in via di principio, vedersi privato della facoltà di ricorrere ad azioni giudiziali atte a garantire il rispetto effettivo dei suoi diritti esclusivi e che il loro utilizzatore, se non ne è il titolare, è tenuto, in via di principio, ad ottenere una licenza prima di qualsiasi utilizzo.

59. Quindi, benché l'impegno irrevocabile a concedere licenze a condizioni FRAND, sottoscritto nei confronti dell'organismo di normalizzazione dal titolare del BEN, non possa svuotare di significato i diritti garantiti al medesimo titolare dagli articoli 17, paragrafo 2, e 47 della Carta, esso giustifica comunque che al medesimo sia imposto il rispetto di requisiti specifici all'atto della proposizione di azioni inibitorie o per il richiamo di prodotti avverso presunti contraffattori.

60. Di conseguenza, a meno di violare l'articolo 102 TFUE, il titolare di un BEN che ritenga che quest'ultimo sia oggetto di contraffazione non può esperire, senza preavviso né consultazione preliminare del presunto contraffattore, un'azione inibitoria o per il richiamo di prodotti avverso quest'ultimo, neanche qualora il suddetto BEN sia già stato sfruttato dal presunto contraffattore.

61. Prima di esperire tali azioni, spetta dunque al titolare del BEN interessato, da un lato, avvertire il presunto contraffattore della contraffazione ad esso addebitata, indicando tale BEN e specificando il modo in cui esso è stato contraffatto.

62. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 81 delle sue conclusioni, non è certo, dato il numero significativo di BEN che compongono una norma tecnica come quella oggetto del procedimento principale, che il contraffattore di uno di tali BEN sia necessariamente consapevole di sfruttare il metodo di un BEN che è al contempo valido ed essenziale ai fini dell'applicazione di una norma tecnica.

63. Dall'altro lato, dopo che il presunto contraffattore ha confermato la sua volontà di stipulare un contratto di licenza a condizioni FRAND, spetta al suddetto titolare trasmettere a tale contraffattore una proposta di licenza concreta e scritta a condizioni FRAND, nel rispetto dell'impegno assunto nei confronti dell'organismo di normalizzazione, specificando, in particolare, il corrispettivo e le sue modalità di calcolo.

64. Infatti, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 86 delle sue conclusioni, qualora il titolare di un BEN si sia impegnato nei confronti dell'organismo di normalizzazione a rilasciare licenze a condizioni FRAND, è ragionevole attendersi che esso elabori una tale proposta. Inoltre, in assenza di un contratto di licenza standard pubblico e di pubblicità dei contratti di licenza già stipulati con altri concorrenti, il titolare del BEN si trova in una situazione più favorevole, rispetto al presunto contraffattore, per verificare se la sua proposta rispetti il requisito di non discriminazione.

65. Invece, spetta al presunto contraffattore dare seguito a tale proposta con diligenza, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia e alla buona fede, il che deve essere determinato sulla base di elementi obiettivi ed implica in particolare l'assenza di ogni tattica dilatoria.

66. Fintanto che non abbia accettato la proposta che gli è stata presentata, il presunto contraffattore può eccepire il carattere abusivo di un'azione inibitoria o per richiamo di prodotti soltanto qualora sottoponga al titolare del BEN interessato, entro un breve termine e per iscritto, una controproposta concreta rispondente alle condizioni FRAND [...] ».

6 ottobre 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, causa C-23/14, Raccolta, non ancora pubblicata.

Nel corso del 2007 e del 2008, la Post Danmark era controllata dallo Stato danese ed era incaricata del servizio postale universale di distribuzione nel termine di un giorno, su tutto il territorio danese,

di lettere e pacchi, e in particolare delle spedizioni di massa, di peso inferiore a 2 kg. Essa aveva l'obbligo di applicare un regime tariffario in base al quale i prezzi delle prestazioni ricadenti nell'obbligo di servizio universale dovevano rimanere invariati a prescindere dal luogo di destinazione. Per compensare l'obbligo di servizio universale e il regime di tariffa unica che le erano imposti, la Post Danmark godeva di un monopolio ex lege sulla distribuzione di lettere, ivi incluso l'ambito delle spedizioni di massa, in particolare della pubblicità diretta per corrispondenza, di peso non superiore a 50 grammi (La pubblicità diretta per corrispondenza è un segmento del mercato delle spedizioni di massa che consiste nella distribuzione nell'ambito di campagne commerciali di lettere pubblicitarie di contenuto uniforme, recanti l'indirizzo del destinatario). Nel 2003 la Post Danmark ha posto in essere un sistema di sconti per la pubblicità diretta per corrispondenza, in un periodo in cui non esisteva alcuna concorrenza sul mercato della distribuzione di spedizioni di massa e in cui il monopolio sulla distribuzione di posta si estendeva a tutte le lettere di peso non superiore a 100 grammi. Il 1 gennaio 2007 la Bring Citymail Danmark A/S (in prosieguo: la «Bring Citymail»), una società controllata dalla Post Danmark Norge AS, società incaricata del servizio postale universale in Norvegia, ha iniziato a distribuire in Danimarca corrispondenza commerciale, anche in forma di pubblicità diretta per corrispondenza. La Bring Citymail si è ritirata dal mercato danese nel 2010 dopo aver subito pesanti perdite. A seguito di una denuncia depositata dalla Bring Citymail, il Consiglio per la concorrenza, con decisione del 24 giugno 2009, ha ritenuto che la Post Danmark avesse abusato di una posizione dominante sul mercato della distribuzione delle spedizioni di massa applicando, negli anni 2007 e 2008, sconti per la pubblicità diretta per corrispondenza che hanno avuto l'effetto di fidelizzare la clientela e di «chiudere» il mercato, senza essere in grado di dimostrare vantaggi in termini di efficienza che avrebbero potuto giovare ai consumatori e neutralizzare gli effetti restrittivi di detti sconti sulla concorrenza. Con decisione del 10 maggio 2010, la Konkurrenceankenævnet (Commissione di ricorso in materia di concorrenza) ha confermato la decisione del Consiglio per la concorrenza del 24 giugno 2009. La Post Danmark ha quindi adito il Tribunale degli affari marittimi e commerciali il quale ha considerato che, sebbene sia pacifico che, per essere contrario all'articolo 82 CE (ora art. 102 TFUE), un sistema di sconti deve essere idoneo ad avere un certo effetto di preclusione sul mercato, sussistono tuttavia dubbi relativamente ai criteri in base ai quali stabilire se un simile sistema possa concretamente produrre un effetto di preclusione in contrasto con l'articolo 82 CE (ora art. 102 TFUE). Alla luce di quanto sopra, il Tribunale degli affari marittimi e commerciali ha deciso di sospendere il procedimento e di domandare alla Corte di chiarire a quali criteri si debba fare riferimento per stabilire se l'applicazione da parte di un'impresa in posizione dominante di un sistema di sconti con soglie quantitative standardizzate costituisca un abuso di posizione dominante in contrasto con l'articolo 82 CE (ora art. 102 TFUE) e quanto probabile e grave debba essere l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti come quello in oggetto; Su tali questioni la Corte di giustizia ha osservato:

Sulla prima e terza questione

«21 Con la prima [...] e con la terza questione [...], che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte di precisare i criteri che devono essere applicati per stabilire se un sistema di sconti, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sia atto ad avere un effetto di preclusione sul mercato in violazione dell'articolo 82 CE. Il giudice del rinvio chiede altresì quale sia la rilevanza da assegnarsi, nell'ambito di tale valutazione, al fatto che detto sistema di sconti sia applicabile alla maggior parte della clientela nel mercato.

26 Per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 82 CE ad un sistema di sconti, occorre ricordare che, vietando lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato quando il commercio tra Stati membri possa risulterne compromesso, tale articolo riguarda i comportamenti che sono atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa che occupa una posizione del genere, il grado di concorrenza è già indebolito e che hanno come effetto di

ostacolare il mantenimento del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza (v., in tal senso, sentenze *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 70, e *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 66).

27 Da giurisprudenza costante risulta altresì che, a differenza di uno sconto quantitativo, che dipende solo dal volume degli acquisti effettuati presso il produttore interessato che, in via di principio, non è tale da violare l'articolo 82 CE, un premio fedeltà, mirante ad impedire, mediante la concessione di vantaggi finanziari, che i clienti si riforniscano presso produttori concorrenti per la totalità o per una parte significativa del loro fabbisogno, configura un abuso ai sensi di detto articolo (v. sentenze *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 71, nonché *Tomra Systems e a./Commissione*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 70).

28 Per quanto riguarda il sistema di sconti di cui trattasi nel procedimento principale, si deve osservare che tale sistema non può essere considerato alla stregua di un semplice sconto quantitativo che dipende esclusivamente dal volume degli acquisti, dal momento che gli sconti in questione sono concessi non per ciascuna ordinazione individuale, e quindi in misura corrispondente ad un risparmio dei costi realizzato dai fornitori, ma in funzione di tutte le ordinazioni effettuate nel corso di un dato periodo. Inoltre, nell'ambito di tale sistema non era neppure contemplato alcun obbligo o promessa da parte degli acquirenti di rifornirsi esclusivamente o per una determinata quantità del loro fabbisogno presso la *Post Danmark*, il che lo differenziava dai premi fedeltà ai sensi della giurisprudenza menzionata al precedente punto.

29 Ciò premesso, per determinare se l'impresa che occupa una posizione dominante abbia sfruttato in modo abusivo tale posizione applicando un sistema di sconti come quello di cui trattasi nel procedimento principale, la Corte ha più volte dichiarato che occorre valutare tutte le circostanze, in particolare i criteri e le modalità della concessione degli sconti, e accertare se questi sconti mirino, mediante un vantaggio che non trova giustificazione in alcuna prestazione economica, a sopprimere o limitare la possibilità di scelta da parte dell'acquirente delle sue fonti di rifornimento, a chiudere l'accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (sentenze *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 67, nonché *Tomra Systems e a./Commissione*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 71).

30 In considerazione delle peculiarità della presente causa, nell'ambito dell'esame di tutte le circostanze rilevanti occorre altresì tener conto della portata della posizione dominante della *Post Danmark* e delle specifiche condizioni di concorrenza del mercato di riferimento.

31 Al riguardo, si deve anzitutto verificare se tali sconti siano atti a determinare un effetto preclusivo, cioè se siano in grado, da un lato, di rendere più difficoltoso, o addirittura impossibile, l'accesso al mercato per i concorrenti dell'impresa in posizione dominante e, dall'altro, di rendere più difficoltosa, o addirittura impossibile, per le sue controparti commerciali la scelta tra più fonti di approvvigionamento o controparti commerciali. Occorre poi valutare se esista una giustificazione economica obiettiva degli sconti concessi (sentenza *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punti 68 e 69).

32 Per quanto riguarda, in primo luogo, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, va rammentato che gli sconti di cui al procedimento principale erano «retroattivi», nel senso che, se la soglia fissata originariamente all'inizio dell'anno per le quantità di posta veniva oltrepassata, la percentuale di sconto stabilita alla fine dell'anno era applicabile a tutte le spedizioni effettuate nel corso del periodo di riferimento, e non esclusivamente alle spedizioni eccedenti la quantità inizialmente stimata. Viceversa, un cliente il cui volume di spedizioni si fosse rivelato inferiore alla quantità stimata doveva rimborsare la *Post Danmark*.

33 Orbene, dalla giurisprudenza risulta che gli obblighi contrattuali gravanti sulle controparti commerciali dell'impresa in posizione dominante e la pressione esercitata su di esse possono essere particolarmente forti quando uno sconto non si riferisce soltanto all'incremento degli acquisti dei

prodotti di detta impresa realizzati da tali controparti commerciali durante il periodo preso in considerazione, ma si estende anche al complesso di detti acquisti. In tal modo, variazioni proporzionalmente modeste delle vendite dei prodotti dell'impresa in posizione dominante producono effetti sproporzionati sulle controparti commerciali (v., in tal senso, sentenza *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 73).

34 Occorre inoltre sottolineare che il sistema di sconti di cui trattasi nel procedimento principale era basato su un periodo di riferimento di un anno. Orbene, qualsiasi sistema di sconti concessi in funzione delle quantità vendute nel corso di un periodo di riferimento relativamente lungo esercita necessariamente, alla fine del periodo di riferimento, una maggiore pressione sull'acquirente, che è spinto a realizzare il fatturato necessario per ottenere il vantaggio o per non subire la perdita prevista per l'intero periodo (sentenza *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 81).

35 Di conseguenza, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 37 e 38 delle sue conclusioni, un simile sistema di sconti è atto a consentire all'impresa in posizione dominante di fidelizzare con maggiore facilità i propri clienti nonché di attrarre quelli dei suoi concorrenti e così di aspirare a proprio vantaggio la parte di domanda soggetta a concorrenza nel mercato di riferimento. Tale effetto di aspirazione è ulteriormente rafforzato per il fatto che, nel procedimento principale, gli sconti si applicavano indistintamente alla quota acquisibile e alla quota non acquisibile della domanda, vale a dire, in quest'ultimo caso, alle lettere pubblicitarie indirizzate di peso non superiore a 50 grammi ricadenti nel monopolio legale della Post Danmark.

36 Nel procedimento principale, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che, per 25 clienti tra quelli maggiormente importanti della Post Danmark, rappresentanti all'incirca la metà del volume delle operazioni sul mercato di riferimento nel corso del periodo interessato, circa i due terzi delle spedizioni realizzate sotto forma di pubblicità diretta per corrispondenza al di fuori del monopolio non potevano essere trasferiti dalla Post Danmark alla Bring Citymail senza ripercussioni negative sulla scala degli sconti. Qualora tale considerazione risultasse confermata, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, l'incentivo a rifornirsi esclusivamente o in maniera sostanziale presso la Post Danmark sarebbe particolarmente forte e tale da ridurre in modo significativo la libertà di scelta dei clienti in merito alle loro fonti di rifornimento.

37 Peraltro, per quanto riguarda la standardizzazione della scala degli sconti, consistente nel fatto che tutti i clienti potevano conseguire lo stesso sconto in funzione dei loro acquisti cumulati nel corso del periodo di riferimento, è vero che tale caratteristica consente di concludere che, in via di principio, il sistema di sconti attuato dalla Post Danmark non si traduceva nell'applicazione alle controparti commerciali di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, ai sensi dell'articolo 82, lettera c), CE.

38 Tuttavia, il semplice fatto che un sistema di sconti non sia discriminatorio non osta a che esso sia considerato atto a produrre effetti preclusivi sul mercato, in violazione dell'articolo 82 CE. Infatti, nella sentenza *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione* (322/81, EU:C:1983:313, punti 86 e 91) la Corte, dopo aver respinto la censura della Commissione secondo cui il sistema di sconti applicato dalla Michelin era discriminatorio, ha cionondimeno dichiarato che esso violava l'articolo 82 CE, in quanto creava un vincolo di dipendenza dei rivenditori nei confronti di detta società.

39 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la portata della posizione dominante della Post Danmark e le specifiche condizioni di concorrenza del mercato delle spedizioni postali di massa, dalla decisione di rinvio risulta che la Post Danmark deteneva il 95% di tale mercato, il cui accesso era tutelato da elevate barriere e che si distingueva per l'esistenza di notevoli economie di scala. La Post Danmark godeva altresì di vantaggi strutturali in particolare dovuti al monopolio ex lege sulla distribuzione di lettere di peso non superiore a 50 grammi, che riguardava il 70% di tutte le spedizioni in massa. Inoltre, la Post Danmark beneficiava di una copertura geografica unica estesa a tutta la Danimarca.

40 Orbene, il possesso di una quota di mercato estremamente elevata pone l'impresa che la detiene in una situazione di forza che la rende una controparte obbligatoria e che le assicura un'indipendenza di comportamento (sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 41). In un simile contesto, è particolarmente difficile per i concorrenti di detta impresa rilanciare rispetto a sconti fondati sul volume globale delle vendite. A causa della quota di mercato notevolmente più elevata di cui essa dispone, l'impresa in posizione dominante costituisce in generale una controparte commerciale ineludibile sul mercato (v. sentenza British Airways/Commissione, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 75).

41 Tale circostanza, in correlazione con gli elementi illustrati al punto 39 della presente sentenza, i quali contribuiscono a precisare la situazione concorrenziale presente sul mercato di riferimento, consente di concludere che in tale mercato la concorrenza era già sensibilmente limitata.

42 Ciò posto, si deve ritenere che un sistema di sconti praticato da un'impresa, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, che, senza vincolare i clienti a quest'ultima mediante un obbligo formale, tende nondimeno a rendere più difficoltoso il rifornimento da parte di tali clienti presso imprese concorrenti, produce un effetto di preclusione anticoncorrenziale (v., in tal senso, sentenza Tomra Systems e a./Commissione, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 72)».

Sulla seconda questione

«64 Per quanto riguarda, in primo luogo, la probabilità di un effetto anticoncorrenziale, dalla giurisprudenza ricordata al punto 29 della presente sentenza risulta che, per dimostrare se un'impresa che occupa una posizione dominante abbia abusivamente sfruttato tale posizione applicando un sistema di sconti, occorre valutare in particolare se tale sistema di sconti sia inteso a togliere o a restringere in capo all'acquirente la possibilità di scelta delle sue fonti di rifornimento, a precludere l'accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata.

65 In proposito, e come precisato dall'avvocato generale al paragrafo 80 delle sue conclusioni, l'effetto anticoncorrenziale di una determinata pratica non deve avere carattere puramente ipotetico.

66 La Corte ha del pari dichiarato che, per accertare l'abusività di una simile pratica, il suo effetto anticoncorrenziale sul mercato deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante (sentenza TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punto 64).

67 Ne consegue che nell'ambito di applicazione dell'articolo 82 CE ricadono soltanto le imprese in posizione dominante il cui comportamento sia atto ad avere un effetto anticoncorrenziale sul mercato.

68 A tale riguardo deve sottolinearsi che occorre valutare la capacità di un sistema di sconti di restringere la concorrenza tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti, e segnatamente delle modalità e dei criteri secondo cui sono concessi gli sconti, del numero di clienti interessati e delle caratteristiche del mercato in cui opera l'impresa dominante.

69 Una simile valutazione mira a determinare se il comportamento dell'impresa che detiene una posizione dominante porti all'esclusione effettiva o probabile dei concorrenti a danno della concorrenza e, pertanto, degli interessi dei consumatori (sentenza Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 44).

70 Per quanto riguarda, in secondo luogo, il carattere grave o notevole dell'effetto anticoncorrenziale, sebbene sia vero che la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante di per sé non comporti alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata (sentenza Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 21), il comportamento di una simile impresa, dato che la struttura concorrenziale del mercato è già indebolita, può dar luogo ad uno sfruttamento abusivo della sua

posizione dominante (v., in tal senso, sentenze Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 123, e France Télécom/Commissione, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punto 107).

71 Pertanto, la Corte ha ripetutamente dichiarato che è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno (v. sentenza Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

72 In aggiunta, dal momento che il mercato risulta già indebolito nella sua struttura concorrenziale per la presenza dell'impresa in posizione dominante, qualsiasi ulteriore restrizione della suddetta struttura può costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante (sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 123).

73 Ne discende che la fissazione di una soglia di percettibilità (de minimis) allo scopo di stabilire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante non trova giustificazione. Infatti, tale pratica anticoncorrenziale è idonea, per sua stessa natura, a provocare restrizioni della concorrenza non trascurabili, o addirittura ad eliminare la concorrenza dal mercato nel quale opera l'impresa interessata.

74 Dalle considerazioni che precedono risulta che l'articolo 82 CE deve essere interpretato nel senso che, per ricadere nell'ambito di applicazione di tale articolo, l'effetto anticoncorrenziale di un sistema di sconti operato da un'impresa in posizione dominante, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, deve essere probabile, senza che sia necessario dimostrare che esso riveste carattere grave o notevole».

6 dicembre 2012, AstraZeneca AB e plc c. Commissione europea e a., causa C-457/10 P, Racc., non ancora pubblicata.

L'AstraZeneca AB e l'AstraZeneca plc appartengono a un gruppo farmaceutico (in prosieguo: l'«AZ») operante, su scala mondiale, nel settore dell'ideazione, dello sviluppo e della commercializzazione di prodotti farmaceutici. Le sue attività si concentrano, in tale settore, in particolare sui prodotti per le patologie gastrointestinali. In tale ambito, uno dei prodotti più venduti dall'AZ è conosciuto con il nome di «Losec», un marchio commerciale utilizzato nella maggior parte dei mercati europei. Questo medicinale a base di omeprazolo, utilizzato nel trattamento di patologie gastrointestinali legate all'iperacidità e, in particolare, per inibire in maniera proattiva le secrezioni acide dello stomaco, è stato il primo sul mercato ad agire direttamente sulla pompa protonica, che è l'enzima specifico all'interno delle cellule parietali, lungo le pareti dello stomaco, che pompa acido nello stomaco. Il 12 maggio 1999 la Generics (UK) Ltd e la Scandinavian Pharmaceuticals Generics AB hanno depositato presso la Commissione una denuncia contro i comportamenti dell'AZ volti ad impedire loro di introdurre versioni generiche dell'omeprazolo in un certo numero di mercati dello Spazio economico europeo (SEE). Con la decisione controversa la Commissione ha constatato che l'AstraZeneca AB e l'AstraZeneca plc avevano commesso due abusi di posizione dominante, in violazione degli articoli 82 CE e 54 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992 (in prosieguo: l'«Accordo SEE»). Nello specifico, il primo abuso era consistito in dichiarazioni ingannevoli rese agli uffici dei brevetti in Belgio, Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Norvegia, nonché dinanzi ai giudici nazionali in Germania e Norvegia. La Commissione ha considerato, al riguardo, che tali dichiarazioni rientravano nell'ambito di una strategia globale volta ad estromettere i fabbricanti di prodotti generici dal mercato ottenendo o mantenendo CPC per l'omeprazolo cui l'AZ non aveva diritto o cui aveva diritto per una durata più limitata. Il secondo abuso, invece, è consistito nella presentazione di domande di revoca delle AIC delle capsule di Losec in Danimarca, Svezia e Norvegia, contestualmente al ritiro dal mercato delle capsule di Losec e al lancio delle compresse di Losec MUPS (sistema di compresse a microgranuli multipli) in questi tre paesi. In sede di impugnazione della decisione della Commissione il Tribunale ha parzialmente accolto il ricorso e

ha annullato la parte della decisione controversa relativa al secondo abuso. Davanti alla Corte di giustizia le società ricorrenti hanno, inter alia, contestato al Tribunale di aver adottato un approccio giuridicamente errato relativamente alla concorrenza basata sui meriti. Infatti, il Tribunale, per valutare se le dichiarazioni che le ricorrenti avevano effettuato presso gli uffici dei brevetti fossero oggettivamente ingannevoli, erroneamente non avrebbe considerato, in quanto irrilevante, la ragionevolezza della loro interpretazione delle norme pertinenti (art. 19 del regolamento n. 1768/92) e la loro buona fede al riguardo. Sul punto, la Corte di giustizia ha osservato che:

«74 Preliminarmente, si deve ricordare che, secondo costante giurisprudenza, la nozione di «sfruttamento abusivo» è una nozione oggettiva che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già indebolito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impenna 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 (sentenze del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, Racc. pag. 461, punto 91; del 3 luglio 1991, AKZO/Commissione, C-62/86, Racc. pag. I-3359, punto 69; dell'11 dicembre 2008, Kanal 5 e TV 4, C-52/07, Racc. pag. I-9275, punto 25, nonché del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, Racc. pag. I-527, punto 27).

75 Da ciò discende che l'articolo 82 CE vieta a un'impresa in posizione dominante di eliminare un concorrente e di rafforzare in tal modo la propria posizione, facendo ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti (sentenze AKZO/Commissione, cit., punto 70, e del 2 aprile 2009, France Télécom/Commissione, C-202/07 P, Racc. pag. I-2369, punto 106).

76 Tenuto conto degli argomenti avanzati dalle ricorrenti a sostegno del loro terzo motivo, si deve verificare se il Tribunale abbia erroneamente interpretato la nozione di «concorrenza basata sui meriti» dichiarando che il comportamento censurato nell'ambito del primo abuso fosse estraneo a tale definizione di concorrenza.

77 Al riguardo occorre rilevare che il Tribunale ha constatato, ai punti 306, 478-500 e 591 della sentenza impugnata, che il primo abuso si suddivideva in due fasi, la prima consistente nella comunicazione, agli uffici dei brevetti in Belgio, in Danimarca, in Germania, in Irlanda, in Lussemburgo, nei Paesi Bassi e nel Regno Unito, della data di «marzo 1988» come corrispondente a quella della prima AIC nella Comunità, senza informarli né del fondamento normativo della scelta di tale data, vale a dire l'interpretazione alternativa difesa dall'AZ della nozione di «AIC» ai fini dell'articolo 19 del regolamento n. 1768/92, né dell'esistenza dell'AIC rilasciata in Francia il 15 aprile 1987, che costituiva la prima AIC rilasciata in base alla direttiva 65/65 (in prosieguo: l'«autorizzazione tecnica») nella Comunità.

78 È indubbio che, se il gruppo AZ avesse comunicato a detti uffici dei brevetti la data di tale autorizzazione tecnica rilasciata in Francia, gli sarebbe stato impossibile, a causa della norma transitoria di cui all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del regolamento n. 1768/92, ottenere un CPC per l'omeprazolo in particolare in Danimarca e in Germania, dato che la prima AIC nella Comunità era stata ottenuta prima del 1 gennaio 1988.

79 Come il Tribunale ha rilevato ai punti 479-484, 492 e 509 della sentenza impugnata, da diverse comunicazioni interne dell'AZ risulta che tale gruppo, e in particolare il suo dipartimento dei brevetti, era consapevole di tale circostanza e aveva effettivamente identificato l'autorizzazione tecnica rilasciata in Francia quale prima AIC ai sensi del regolamento n. 1768/92. Tale dipartimento ha tuttavia indicato, prima ancora di aver stabilito la sua interpretazione alternativa della nozione di AIC, che, ai fini delle domande di CPC in Danimarca e in Germania, avrebbe sostenuto dinanzi agli uffici dei brevetti che la prima AIC nella Comunità non aveva avuto luogo prima del 1 gennaio 1988.

80 Secondo detta interpretazione alternativa, la nozione di «AIC» ai fini dell'articolo 19 del regolamento n. 1768/92 riguarderebbe non l'autorizzazione tecnica, ma la pubblicazione dei prezzi, dato che, secondo le ricorrenti, in alcuni Stati membri, come la Francia e il Lussemburgo, quest'ultima è necessaria affinché il medicinale possa essere effettivamente immesso in commercio. Il Tribunale ha osservato, al punto 488 della sentenza impugnata, che la data di pubblicazione del prezzo quale data dell'asserita immissione in commercio effettiva era stata tuttavia utilizzata soltanto per l'omeprazolo e l'omeprazolo sodio, mentre per altri sei prodotti l'AZ aveva comunicato la data dell'autorizzazione tecnica o quella della prima pubblicazione di tale autorizzazione, ciascuna successiva al 1 gennaio 1988.

81 Come il Tribunale ha constatato ai punti 492 e 493 della sentenza impugnata, è pacifico che sia gli uffici dei brevetti sia i consulenti in materia di brevetti intendevano detta nozione come riferita all'autorizzazione tecnica e che, tenuto conto del contesto in cui sono state rese le dichiarazioni ai consulenti in materia di brevetti e agli uffici dei brevetti, l'AZ non poteva ragionevolmente ignorare che, non indicando l'interpretazione del regolamento n. 1768/92 che intendeva sostenere e che sottintendeva la scelta delle date comunicate riguardo alla Repubblica francese e al Granducato di Lussemburgo, gli uffici dei brevetti sarebbero stati indotti a interpretare le suddette dichiarazioni nel senso che indicavano che la prima autorizzazione tecnica nella Comunità era stata rilasciata in Lussemburgo nel mese di «marzo 1988».

82 Risulta dai punti 490-492 della sentenza impugnata che l'AZ ha tuttavia scelto di non avvertire i consulenti in materia di brevetti e gli uffici dei brevetti nazionali del fatto che, nelle istruzioni del 7 giugno 1993, trasmesse ai consulenti in materia di brevetti per le domande di CPC riguardanti l'omeprazolo, le date indicate per la Repubblica francese e per il Granducato di Lussemburgo non corrispondevano al rilascio dell'autorizzazione tecnica, ma alla data presunta della pubblicazione del prezzo del farmaco.

83 Inoltre, nella presentazione delle informazioni comunicate nell'ambito di dette istruzioni non vi erano elementi che potessero lasciar pensare che le date indicate per questi due Stati membri non fossero riferite alle autorizzazioni tecniche. Al contrario, il fatto, anzitutto, che le date indicate rispetto ad altri sette paesi riguardassero il rilascio dell'autorizzazione tecnica, inoltre, che fossero mantenuti i numeri corrispondenti alle autorizzazioni tecniche francese e lussemburghese e, infine, che, per rispondere ai requisiti dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1768/92, l'AZ avesse menzionato la normativa lussemburghese che non faceva riferimento alla pubblicazione del prezzo, bensì all'autorizzazione tecnica, suggeriva che le date indicate per la Repubblica francese e per il Granducato di Lussemburgo corrispondessero a dette autorizzazioni.

84 Il Tribunale ha peraltro rilevato, al punto 495 della sentenza impugnata, che l'affermazione delle ricorrenti secondo la quale l'AZ aveva l'intenzione di discutere con gli uffici dei brevetti circa la data rilevante ai fini del regolamento n. 1768/92 è smentita dai fatti e che, al contrario, il comportamento adottato dall'AZ nel tempo suggerisce piuttosto che tale gruppo fosse animato dall'intenzione di ingannare gli uffici dei brevetti, come emerge dalla seconda fase del primo abuso.

85 Con riferimento a questa seconda fase, dai punti 307, 478 e 501 della sentenza impugnata risulta che essa comprendeva, in primo luogo, dichiarazioni ingannevoli presentate nel 1993 e nel 1994 dinanzi agli uffici dei brevetti, in risposta alle loro questioni sulle domande di CPC depositate dall'AZ, in secondo luogo, dichiarazioni ingannevoli effettuate nel mese di dicembre del 1994, al momento della seconda serie di domande di CPC in tre Stati membri del SEE, ossia in Austria, in Finlandia e in Norvegia, e, in terzo luogo, dichiarazioni ingannevoli presentate successivamente dinanzi ad altri uffici dei brevetti nonché dinanzi a giurisdizioni nazionali, nell'ambito di procedimenti contenziosi promossi da fabbricanti di prodotti generici concorrenti per ottenere l'annullamento dei CPC in questi Stati.

86 Al riguardo, il Tribunale ha in particolare rilevato, ai punti 495, 505, 506, 514, 515, 523, 574, 592 e 593 della sentenza impugnata che, a seguito dei chiarimenti chiesti dagli uffici dei brevetti in ordine all'indicazione imprecisa «marzo 1988» quale data di AIC in Lussemburgo, e ad eccezione dei suoi

scambi con gli uffici dei brevetti irlandese e del Regno Unito, l'AZ ha persistito nel tacere, da un lato, l'esistenza dell'autorizzazione tecnica francese del 15 aprile 1987 e, dall'altro, l'interpretazione del regolamento n. 1768/92 che sottintendeva le date indicate per la Repubblica francese e il Granducato di Lussemburgo.

87 L'omessa comunicazione dell'autorizzazione tecnica francese ha portato gli uffici dei brevetti belga, lussemburghese e olandese a ritenere che la data del 16 novembre 1987, corrispondente al rilascio dell'autorizzazione tecnica in Lussemburgo e che era stata comunicata dall'AZ su espressa richiesta di tali uffici, o inserita, nel caso dell'ufficio dei brevetti lussemburghese, dall'ufficio stesso, dovesse essere considerata come data della prima AIC nella Comunità. Detti uffici hanno quindi rilasciato AIC sul fondamento di quest'ultima data, mentre in Germania è stata rilasciata un'AIC in base alla data 21 marzo 1988, dopo che una precisazione in tal senso era stata fornita dall'AZ.

88 Come il Tribunale ha constatato ai punti 508, 527, 530 e 594 della sentenza impugnata, il gruppo AZ non è nemmeno intervenuto in seguito per rettificare i CPC ad esso rilasciati, anche se, da un lato, i suoi documenti interni indicano che era consapevole del loro errato fondamento e in particolare dell'erroneità della data della prima AIC e, dall'altro, il consulente in materia di brevetti olandese glielo aveva espressamente suggerito.

89 Il Tribunale ha in particolare rilevato, al punto 539 di tale sentenza, che da uno di tali documenti interni, redatto nel 1994 dal direttore del dipartimento dei brevetti dell'AZ, risultava che, al fine di assicurare la maggior durata possibile ai CPC per il Losec nei diversi paesi europei, i suoi servizi stavano elaborando l'argomento secondo cui la definizione della nozione di AIC non era chiara e stavano tentando di far riconoscere la rilevanza della data del 21 marzo 1988, poiché essa permetteva la maggiore durata dei CPC, nonché la possibilità di ottenere o mantenere un CPC in Danimarca e in Germania.

90 Inoltre, il Tribunale ha osservato, ai punti 508 e 530 di detta sentenza, che da altri documenti interni emergeva che l'AZ fin dal 1993 aveva valutato il rischio legato alla mancata comunicazione dell'autorizzazione tecnica francese del 15 aprile 1987 e aveva ritenuto che, per i paesi diversi dal Regno di Danimarca e dalla Repubblica federale di Germania, tale rischio sarebbe consistito, nel peggiore dei casi, nella perdita di sei mesi di protezione supplementare che gli erano stati concessi in base all'autorizzazione tecnica rilasciata in Lussemburgo il 16 novembre 1987. Infatti, nei paesi per i quali le disposizioni transitorie del regolamento n. 1768/92 non ponevano difficoltà, ma per i quali l'AZ aveva utilizzato l'autorizzazione lussemburghese «a fini di coerenza», sarebbe stato possibile al gruppo, in caso di controversia riguardo ai CPC, tornare alla data dell'autorizzazione tecnica francese.

91 Come il Tribunale ha constatato ai punti 595 e 596 della sentenza impugnata, anche dopo aver rivelato, a seguito delle domande poste dagli uffici dei brevetti irlandese e del Regno Unito, l'esistenza dell'autorizzazione tecnica francese, l'AZ ha mantenuto il suo comportamento consistente nel comunicare dichiarazioni ingannevoli al fine di ottenere CPC sulla base della data del 21 marzo 1988 dinanzi agli uffici dei brevetti dei paesi del SEE, ossia in Austria, in Finlandia e in Norvegia, dichiarazioni che hanno effettivamente indotto tali uffici a rilasciare CPC in base a tale data.

92 Infine, dai punti 576-590 e 597 della sentenza impugnata risulta che, davanti ai giudici finlandesi, norvegesi e tedeschi, l'AZ ha tentato di difendere la validità dei CPC concessi in tali paesi rendendo dichiarazioni inesatte riguardo alla pertinenza della data del 21 marzo 1988, e ciò nonostante disponesse di informazioni concordanti che indicavano che, anche in base alla propria interpretazione dell'articolo 19 del regolamento n. 1768/92 e alla sua «teoria dell'immissione in commercio», tale data non era quella di cui tenere conto in quanto, in realtà, essa non corrispondeva alla data della pubblicazione del prezzo in Lussemburgo e la commercializzazione effettiva del Losec in questo paese avrebbe avuto luogo prima di tale data.

93 Orbene, si deve constatare, come ha dichiarato il Tribunale ai punti 493, 495, 507, 598, 599, 608 e 609 della sentenza impugnata, che il comportamento costante e lineare dell'AZ, quale sopra riassunto, caratterizzato dalla comunicazione agli uffici dei brevetti di dichiarazioni fortemente ingannevoli nonché da una manifesta assenza di trasparenza in particolare riguardo all'esistenza

dell'autorizzazione tecnica francese, mediante il quale l'AZ ha deliberatamente tentato di indurre gli uffici dei brevetti e le autorità giudiziarie in errore al fine di mantenere il più a lungo possibile il suo monopolio sul mercato degli IPP, non rientrava nel concetto di concorrenza basata sui meriti».

17 febbraio 2011, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, causa C-52/09, Raccolta, non ancora pubblicata.

La TeliaSonera è l'operatore storico svedese della rete di telefonia fissa, già titolare di diritti esclusivi. Essa possiede da tempo una rete di accesso locale costituita da cavi metallici che collegano la quasi totalità delle abitazioni private svedesi. In particolare è proprietaria del circuito locale, cioè della parte della linea telefonica costituita da coppie di rame di collegamento tra gli scambi di telecomunicazione locale e la presa telefonica dell'abbonato. La TeliaSonera ha offerto ad altri operatori l'accesso al circuito locale, secondo due modalità. Da un lato, essa offriva il cosiddetto accesso disaggregato, in conformità agli obblighi ad essa imposti dal regolamento n. 2887/2000, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale; d'altro lato, la TeliaSonera offriva agli operatori, senza esservi tenuta da alcun obbligo regolamentare, un prodotto ADSL destinato a prestazioni intermedie. Tale prodotto permetteva a detti operatori di fornire i loro servizi di connessione a banda larga ai clienti finali. Allo stesso tempo, la TeliaSonera proponeva servizi di connessione a banda larga direttamente ai clienti finali. Secondo il Konkurrensverket, tra l'aprile 2000 ed il gennaio 2003, la TeliaSonera avrebbe abusato della propria posizione dominante applicando una politica tariffaria mediante la quale il divario tra i prezzi di vendita dei prodotti ADSL destinati alle prestazioni intermedie e i prezzi di vendita dei servizi proposti agli utenti finali era insufficiente a coprire i costi che la stessa TeliaSonera doveva sopportare per la distribuzione di tali servizi ai detti utenti finali. In tale contesto il giudice nazionale ha ritenuto necessario chiedere alla Corte di chiarire in presenza di quali condizioni sussista una violazione dell'art. 102 TFUE derivante dalla differenza tra il prezzo che un'impresa verticalmente integrata pratica nella vendita di prodotti ADSL intermedi a concorrenti nel settore all'ingrosso e il prezzo che la stessa impresa pratica nel settore dei consumatori finali. La Corte ha osservato:

20 Per risolvere le predette questioni, va anzitutto osservato che l'art. 3, n. 3, TUE precisa che l'Unione europea instaura un mercato interno, il quale, in conformità al protocollo n. 27, sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona (GU 2010, C 83, pag. 309), contempla un sistema atto a garantire che la concorrenza non sia falsata.

21 Orbene, l'art. 102 TFUE rientra nel novero delle regole di concorrenza le quali, come quelle di cui all'art. 3, n. 1, lett. b), TFUE, sono necessarie al funzionamento del detto mercato interno.

22 Tali regole, infatti, hanno per l'esattezza la funzione di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. pag. I-9011, punto 42).

23 In tal contesto, la posizione dominante ex art. 102 TFUE riguarda una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che conferisca a quest'ultima il potere di impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei clienti e, da ultimo, dei consumatori (sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 38, e 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, Deutsche Telekom/Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 170).

24 Di conseguenza, l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori (v., in tal senso, sentenze 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélouk kai Sia e a., Racc. pag. I-7139, punto

68, nonché Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 180), ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva. Se, infatti, l'art. 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare grazie ai suoi meriti una posizione dominante su un dato mercato e se, a maggior ragione, la constatazione dell'esistenza di tale posizione non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata (v. in tal senso, sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, Racc. pag. 3461, punto 57, nonché 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione*, Racc. pag. I-1365, punto 37), ciò non toglie che, secondo una giurisprudenza costante, è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno (v., in tal senso, sentenza 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, Racc. pag. I-2369, punto 105 e giurisprudenza ivi citata).

25 Per quanto attiene al carattere abusivo di una pratica tariffaria come quella di cui trattasi nella causa principale, si deve rilevare che l'art. 102, secondo comma, lett. a), TFUE, vieta espressamente che un'impresa dominante imponga, in modo diretto o indiretto, prezzi non equi.

26 Peraltro, l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE non è esaustivo, ragion per cui l'elencazione delle pratiche abusive contenute in tale disposizione non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione (sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 173 e giurisprudenza ivi citata).

27 Infatti, lo sfruttamento abusivo di posizione dominante vietato da tale disposizione è una nozione obiettiva riguardante i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio in conseguenza della presenza dell'impresa in questione, il livello della concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione fra i prodotti o i servizi in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima (sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 174, e giurisprudenza ivi citata).

28 Per determinare se l'impresa che occupa una posizione dominante abbia sfruttato in modo abusivo tale posizione per effetto dell'applicazione delle proprie pratiche tariffarie, occorre valutare tutte le circostanze ed esaminare se tale pratica sia volta a sopprimere o limitare la possibilità per l'acquirente di scegliere le proprie fonti di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 175 e giurisprudenza ivi citata).

29 È alla luce di tali principi che il giudice del rinvio deve esaminare la pratica tariffaria di cui trattasi nella causa principale allo scopo di stabilire se essa costituisca uno sfruttamento abusivo della posizione dominante eventualmente detenuta dalla TeliaSonera.

30 In particolare, dopo aver verificato se ricorrono nella fattispecie le altre condizioni di applicazione dell'art. 102 TFUE - tra cui, segnatamente, l'esistenza della posizione dominante della TeliaSonera e la circostanza che gli scambi tra Stati membri siano stati pregiudicati dai suoi comportamenti - spetterà al giudice del rinvio esaminare sostanzialmente se la pratica tariffaria attuata dalla TeliaSonera presenti un carattere non equo in quanto comprime effettivamente i margini dei concorrenti di tale impresa sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali.

31 È infatti la compressione dei margini che, considerato l'effetto preclusivo che essa può generare per i concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa dominante, potrebbe di per sé, in assenza di qualsiasi giustificazione obiettiva, costituire un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 183).

32 Orbene, nella fattispecie, una siffatta compressione dei margini esisterebbe, segnatamente, qualora il divario tra il prezzo delle prestazioni ADSL intermedie all'ingrosso e quello al dettaglio per le prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali fosse negativo oppure insufficiente a coprire

i costi specifici di dette prestazioni ADSL intermedie che la TeliaSonera deve sostenere per la fornitura delle proprie prestazioni al dettaglio ai clienti finali, di modo che tale divario non consenta ad un concorrente di efficienza quantomeno pari a detta impresa di mettersi in competizione con essa per la fornitura delle suddette prestazioni ai clienti finali.

33 Infatti, in tal caso, le concorrenti, sebbene siano efficienti quanto l'impresa in posizione dominante, rischierebbero di poter operare sul mercato al dettaglio soltanto in perdita o a tassi di redditività artificialmente ridotti.

34 Occorre peraltro precisare che, poiché il carattere non equo, ai sensi dell'art. 102 TFUE, di siffatta pratica tariffaria è collegato all'esistenza stessa della compressione dei margini e non al suo reale divario, non è affatto necessario accertare che il prezzo all'ingrosso per le prestazioni ADSL intermedie agli operatori o i prezzi al dettaglio per le prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali siano di per sé abusivi in considerazione del loro carattere, a seconda dei casi, eccessivo o predatorio (sentenza Deutsche Telekom, cit., punti 167 e 183).

35 Inoltre, come fa valere la TeliaSonera, perché si possa ritenere che il divario tra i prezzi di dette prestazioni comprima i margini dei concorrenti dell'impresa dominante, occorre prendere in considerazione soltanto i prezzi delle prestazioni fornite ai concorrenti che siano paragonabili alle prestazioni delle quali la TeliaSonera stessa si avvale per accedere al mercato al dettaglio, esattamente come i prezzi delle prestazioni paragonabili fornite ai clienti finali sul mercato al dettaglio da parte della TeliaSonera e dei suoi concorrenti. Del pari, il raffronto deve essere compiuto tra i prezzi concretamente praticati dalla TeliaSonera e dai suoi concorrenti durante lo stesso periodo di tempo.

[...]

37 Tuttavia, per quanto riguarda i criteri di cui detto giudice chiede l'interpretazione per poter correttamente valutare se la TeliaSonera abbia effettivamente violato l'art. 102 TFUE commettendo un abuso di posizione dominante sotto forma di compressione dei margini, occorre formulare le seguenti precisazioni.

Sui prezzi da prendere in considerazione

[...]

39 Al riguardo, va ricordato che la Corte ha già precisato che l'art. 102 TFUE vieta, segnatamente, ad un'impresa in posizione dominante di porre in essere pratiche tariffarie che producano effetti preclusivi per i suoi concorrenti, attuali o potenziali, di efficienza quantomeno pari alla propria (v., in tal senso, sentenza Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 177 e giurisprudenza ivi citata).

40 Sfrutta, quindi, abusivamente la sua posizione dominante un'impresa che attua una politica dei prezzi diretta ad estromettere dal mercato concorrenti che possono essere altrettanto efficienti, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza esercitata nei loro confronti (v., in tal senso, sentenza Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 199).

41 Ebbene, per valutare la correttezza della politica in materia di prezzi applicata da un'impresa dominante, occorre, in linea di principio, fare riferimento a criteri relativi ai prezzi basati sui costi sostenuti dall'impresa dominante stessa e sulla strategia di quest'ultima (v., in tal senso, sentenze 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione, Racc. pag. I-3359, punto 74, e France Télécom/Commissione, cit., punto 108).

42 In particolare, con riferimento ad una pratica tariffaria che dà luogo alla compressione dei margini, l'uso di siffatti criteri di analisi consente di verificare se tale impresa sarebbe stata sufficientemente efficiente da proporre le sue prestazioni al dettaglio ai clienti finali in modo diverso che in perdita, qualora fosse stata previamente obbligata a pagare i propri prezzi all'ingrosso per le prestazioni intermedie (v., in tal senso, sentenza Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 201).

43 Orbene, qualora detta impresa non fosse in grado di proporre le proprie prestazioni al dettaglio in modo diverso che in perdita, ciò vorrebbe dire che i concorrenti che rischiano di essere colpiti da preclusione a causa dell'applicazione della pratica tariffaria di cui trattasi non potrebbero essere considerati meno efficienti dell'impresa in posizione dominante e che, quindi, il rischio di una

loro preclusione sarebbe dovuto ad una concorrenza falsata. Tale concorrenza, infatti, non sarebbe basata soltanto sui meriti rispettivi delle imprese interessate.

44 Tale approccio è, del resto, tanto più giustificato in quanto risulta parimenti conforme al principio generale della certezza del diritto, considerato che la valutazione dei costi e dei prezzi dell'impresa dominante consente a quest'ultima, in considerazione della particolare responsabilità che, come si è ricordato al punto 24 della presente sentenza, le incombe ex art. 102 TFUE, di valutare la legittimità della propria condotta. Infatti, un'impresa dominante, se è pur vero che conosce i propri costi e le proprie tariffe, non conosce, in linea di principio, quelli dei suoi concorrenti (sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 202).

[...]

Sull'assenza di qualsiasi obbligo regolamentare di fornitura

[...]

49 Al riguardo, occorre ricordare che l'art. 102 TFUE riguarda soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di propria iniziativa. Se un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle imprese da una normativa nazionale o se quest'ultima crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro, l'art. 102 TFUE non trova applicazione. In una situazione del genere, la restrizione alla concorrenza non trova origine, come queste norme implicano, in comportamenti autonomi delle imprese (v., in tal senso, sentenza 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, *Commissione e Francia/Ladbroke Racing*, Racc. pag. I-6265, punto 33, e giurisprudenza ivi citata).

50 L'art. 102 TFUE si applica, invece, nel caso in cui la normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese (v. sentenza *Commissione e Francia/Ladbroke Racing*, cit., punto 34).

51 Così la Corte ha precisato che, malgrado la vigenza di tale normativa, qualora un'impresa in posizione dominante verticalmente integrata disponga di un margine di manovra per modificare anche soltanto i suoi prezzi al dettaglio, la compressione dei margini può, per questo solo motivo, esserle imputata (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 85).

52 Da quanto precede risulta che, a maggior ragione, qualora un'impresa disponga di piena autonomia nella scelta dei suoi comportamenti sul mercato, l'art. 102 TFUE le è applicabile.

53 Infatti, la speciale responsabilità che incombe ad un'impresa in posizione dominante di non violare con il suo comportamento la concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno concerne, per l'esattezza, i comportamenti, attivi o omissivi, che tale impresa decide di propria iniziativa di adottare (v., in tal senso, ordinanza 28 settembre 2006, causa C-552/03 P, *Unilever Bestfoods/Commissione*, Racc. pag. I-9091, punto 137).

54 La *TeliaSonera* sostiene, al riguardo, che, allo scopo di proteggere precisamente l'iniziativa economica delle imprese in posizione dominante, queste ultime dovrebbero rimanere libere di fissare le loro condizioni commerciali, a meno che tali condizioni siano talmente sfavorevoli per le controparti da potersi ritenere, tenuto conto dei criteri enucleati a tal fine nella sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner* (Racc. pag. I-7791), che esse implicino un rifiuto di fornitura.

55 Tale interpretazione deriva da un'errata lettura di detta sentenza. In particolare, non si può dedurre dai suoi punti 48 e 49 che le condizioni necessarie per stabilire che sussiste un rifiuto abusivo di fornitura devono essere necessariamente applicate anche nel contesto della valutazione del carattere abusivo di un comportamento che consiste nel sottoporre la fornitura di servizi o la vendita di prodotti a condizioni svantaggiose o alle quali l'acquirente potrebbe non essere interessato.

56 Infatti, tali comportamenti potrebbero, di per sé, costituire una forma autonoma di abuso diversa dal rifiuto di fornitura.

[...]

59 Ne consegue che l'assenza di qualsiasi obbligo regolamentare di fornire le prestazioni ADSL intermedie sul mercato all'ingrosso non ha alcun rilievo per quanto riguarda il carattere abusivo della pratica tariffaria di cui trattasi nella causa principale.

Sulla necessità dell'esistenza di effetti restrittivi e sull'indispensabilità del prodotto offerto dall'impresa dominante

[...]

61 Va osservato, al riguardo, che tenuto conto della nozione di sfruttamento abusivo di posizione dominante ricordata al punto 27 della presente sentenza, la Corte ha già escluso che la sola esistenza di una pratica tariffaria di un'impresa dominante che comporti la compressione dei margini dei suoi concorrenti almeno altrettanto efficienti possa costituire una pratica abusiva ai sensi dell'art. 102 TFUE senza che sia necessaria la dimostrazione che sussistono effetti anticoncorrenziali (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punti 250 e 251).

62 La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che l'effetto anticoncorrenziale deve potersi ricondurre agli eventuali ostacoli che siffatta pratica tariffaria può causare sullo sviluppo dell'offerta nel mercato al dettaglio delle prestazioni ai clienti finali e, quindi, sul livello di concorrenza esistente sul medesimo (sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 252).

63 Quindi, la pratica di cui trattasi, adottata da un'impresa dominante, costituisce un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE, qualora, producendo effetti preclusivi per i concorrenti quantomeno altrettanto efficienti mediante una compressione dei loro margini, sia idonea a rendere più difficile, se non impossibile, l'accesso per tali concorrenti al mercato di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 253).

64 Ne consegue che, per accertare l'abusività di siffatta pratica, il suo effetto anticoncorrenziale sul mercato deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante.

65 Certamente, qualora un'impresa dominante ponga effettivamente in essere una pratica tariffaria che, determinando una compressione dei margini dei suoi concorrenti almeno altrettanto efficienti, mira a estrometterli dal mercato interessato, la circostanza che il risultato perseguito, cioè l'esclusione dei concorrenti, non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE.

66 Tuttavia, in assenza del minimo effetto sulla posizione concorrenziale dei concorrenti, una pratica tariffaria come quella in esame nella causa principale non può essere qualificata come pratica preclusiva qualora essa non renda minimamente più difficile la penetrazione di questi ultimi nel mercato interessato (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 254).

67 Nella fattispecie, spetta al giudice del rinvio esaminare se la pratica tariffaria della TeliaSonera fosse idonea ad ostacolare l'esercizio delle attività dei concorrenti almeno altrettanto efficienti sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali.

68 Nel contesto di detto esame, tale giudice deve prendere in considerazione tutte le circostanze specifiche della controversia.

69 In particolare, occorre, in primo luogo, esaminare i rapporti funzionali tra i prodotti all'ingrosso e i prodotti al dettaglio. È, quindi, nel contesto della valutazione degli effetti della compressione dei margini che può avere rilievo l'indispensabilità del prodotto all'ingrosso.

70 Infatti, quando l'accesso alla fornitura del prodotto all'ingrosso è indispensabile per la vendita del prodotto al dettaglio, i concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa dominante sul mercato all'ingrosso, potendo operare sul mercato al dettaglio soltanto in perdita o, comunque, a condizioni di redditività ridotta, subiscono uno svantaggio concorrenziale su tale mercato idoneo ad impedire o a restringere il loro accesso ad esso o lo sviluppo delle loro attività su quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza *Deutsche Telekom/Commissione*, cit., punto 234).

71 In tal caso, è probabile l'effetto anticoncorrenziale, almeno potenziale, di una compressione dei margini.

72 Tuttavia, tenuto conto della posizione dominante dell'impresa interessata sul mercato dei prodotti all'ingrosso, va precisato che non si può escludere che, in base alla sola circostanza che il prodotto all'ingrosso non è indispensabile per la fornitura del prodotto al dettaglio, una pratica tariffaria che

conduce alla compressione dei margini non sia in grado di produrre alcun effetto anticoncorrenziale, neppure potenziale. Spetta pertanto ancora al giudice del rinvio sincerarsi che, anche laddove il prodotto all'ingrosso non sia indispensabile, la pratica di cui trattasi sia idonea a produrre effetti anticoncorrenziali sui mercati rilevanti.

73 In secondo luogo, occorre verificare il livello di compressione dei margini dei concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa dominante. Infatti, se il margine è negativo, cioè nella fattispecie il prezzo all'ingrosso delle prestazioni ADSL intermedie è superiore al prezzo al dettaglio per le prestazioni ai clienti finali, l'effetto preclusivo almeno potenziale è probabile, tenuto conto del fatto che in siffatta situazione i concorrenti dell'impresa dominante, anche se sono altrettanto efficienti, o addirittura più efficienti di essa, sarebbero obbligati a vendere in perdita.

74 Se, per contro, tale margine rimane positivo, si dovrà allora dimostrare che l'applicazione di tale pratica tariffaria era idonea a rendere quantomeno più difficile per gli operatori interessati l'esercizio delle loro attività sul mercato rilevante, a causa, ad esempio di una riduzione della redditività.

75 Precisato questo, va ricordato che resta possibile per un'impresa dimostrare che la sua pratica tariffaria, sebbene produca effetti preclusivi, resta economicamente giustificata (v., in tal senso, sentenze 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, Racc. pag. I-2331, punto 69, nonché *France Télécom/Commissione*, cit., punto 111).

76 La valutazione della giustificazione economica di una pratica tariffaria idonea a produrre un effetto preclusivo attuata da un'impresa in posizione dominante si effettua sulla base dell'insieme delle circostanze della fattispecie (v., in tal senso, sentenza *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, cit., punto 73). Al riguardo, è importante stabilire se l'effetto preclusivo derivante da una tale pratica, svantaggioso per la concorrenza, possa essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio del consumatore. Se l'effetto preclusivo di detta pratica non è in relazione con i vantaggi per il mercato e per i consumatori o se eccede quanto necessario per conseguirli, essa dev'essere considerata abusiva (sentenza *British Airways/Commissione*, cit., punto 86).

77 Si deve allora concludere che, per accertare il carattere abusivo di una pratica tariffaria che dà luogo ad una compressione dei margini, è necessario dimostrare che, tenuto conto, in particolare, dell'indispensabilità del prodotto all'ingrosso, detta pratica produca un effetto anticoncorrenziale almeno potenziale sul mercato al dettaglio, senza che ciò sia in alcun modo giustificato dal punto di vista economico.

Sull'entità del potere di mercato

[...]

79 Come si è ricordato al punto 23 della presente sentenza, la posizione dominante prevista all'art. 102 TFUE riguarda una situazione di potenza economica detenuta da un'impresa, che le conferisce il potere di ostacolare la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei clienti e, da ultimo, dei consumatori.

80 Detta disposizione, quindi, non introduce, come l'avvocato generale ha osservato al paragrafo 41 delle sue conclusioni, alcuna distinzione né alcun livello nell'ambito della nozione di posizione dominante. Allorché un'impresa disponga di una potenza economica come quella prevista dall'art. 102 TFUE per accertare che essa detiene una posizione dominante su un mercato determinato, è necessario che la sua condotta sia valutata alla luce di detta disposizione.

81 Beninteso, ciò non significa che il potere di un'impresa non rilevi ai fini della valutazione della legittimità della sua condotta sul mercato, alla luce del disposto dell'art. 102 TFUE. La Corte stessa ha basato le sue analisi sulla circostanza che un'impresa detenesse una posizione di dominio assoluto ovvero quasi monopolistico (v., in tal senso, sentenze 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak/Commissione*, Racc. pag. I-5951, punto 31, nonché *Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione*, cit., punto 119). Tuttavia, il livello di potere di mercato, in linea di principio,

comporta conseguenze sulla portata degli effetti del comportamento dell'impresa di cui trattasi piuttosto che sull'esistenza dell'abuso in sé e per sé.

82 Ne consegue che l'applicazione di una pratica tariffaria che dà luogo alla compressione dei margini da parte di un'impresa è idonea a costituire un abuso di posizione dominante qualora tale impresa occupi una posizione siffatta, senza che rilevi, in linea di principio, il grado di dominio sul mercato di cui trattasi.

Sulla portata della posizione dominante

[...]

84 Va sottolineato, al riguardo, che l'art. 102 TFUE non detta alcuna espressa indicazione in ordine ai requisiti attinenti alla localizzazione dell'abuso sui mercati di prodotti. Quindi, l'ambito d'applicazione materiale della responsabilità particolare che incombe ad un'impresa dominante deve essere valutato alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto, le quali riflettano una situazione di concorrenza affievolita (sentenza Tetra Pak/Commissione, cit., punto 24).

85 Ne consegue che possono essere qualificati come abusivi determinati comportamenti su mercati diversi dai mercati soggetti a dominio, i quali producono effetti o su questi ultimi, o sugli stessi mercati non soggetti a dominio (v., in tal senso, sentenza Tetra Pak/Commissione, cit., punto 25).

86 Infatti se è vero che l'applicazione dell'art. 102 TFUE presuppone l'esistenza di un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo, nesso che di norma non sussiste quando un comportamento posto in essere in un mercato distinto dal mercato soggetto a dominio produce conseguenze su questo stesso mercato, è pur vero che trattandosi di mercati distinti, ma collegati, talune circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non soggetto a dominio, e produttivo di effetti su questo stesso mercato (v., in tal senso, sentenza 3 ottobre 1985, 311/84, CBEM, Racc. pag. 3261, punto 26, e Tetra Pak/Commissione, cit., punto 27)

87 Siffatte circostanze possono sussistere allorché i comportamenti di un'impresa verticalmente integrata in posizione dominante su un mercato a monte consistono nel tentare di escludere concorrenti almeno altrettanto efficienti sul mercato a valle, segnatamente mediante la compressione dei margini di cui essi dispongono. Tali comportamenti sono infatti idonei, in particolare a causa degli stretti nessi che legano i due mercati rilevanti, a produrre l'effetto di affievolire la concorrenza sul mercato a valle.

88 Del resto, in tale situazione, in assenza di qualsiasi altra giustificazione economica obiettiva, tali comportamenti possono essere spiegati soltanto con l'intenzione dell'impresa dominante di impedire lo sviluppo della concorrenza sul mercato a valle e di rafforzare la propria posizione, o anche di conquistare una posizione dominante su quest'ultimo con mezzi diversi dai propri meriti.

89 Ne consegue che l'abusività di una pratica tariffaria attuata da un'impresa verticalmente integrata in posizione dominante sul mercato all'ingrosso delle prestazioni ADSL intermedie e che conduce alla compressione dei margini dei concorrenti di detta impresa sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali non dipende dall'esistenza di una posizione dominante di tale impresa su quest'ultimo mercato.

Sulla rilevanza del fatto che si tratti di una prestazione a vantaggio di un nuovo cliente

[...]

91 È sufficiente al riguardo ricordare che l'abusività di una pratica tariffaria che dà luogo alla compressione di margini dei concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante risiede sostanzialmente nel fatto che, come si è osservato al punto 32 della presente sentenza, detta pratica può ostacolare il normale gioco della concorrenza su un mercato vicino a quello da essa dominato, in quanto tale pratica può produrre l'effetto di escludere i concorrenti di tale impresa da quest'ultimo mercato.

92 Al riguardo, come fa giustamente valere la Commissione, è irrilevante il fatto che gli operatori interessati siano clienti già esistenti o nuovi dell'impresa dominante.

93 Inoltre, non può risultare pertinente neppure la circostanza che si tratti di clienti nuovi che non sono ancora attivi sul mercato di cui trattasi.

94 Occorre infatti precisare che l'abusività di una pratica tariffaria come quella di cui trattasi nella causa principale deve essere valutata non soltanto alla luce della possibilità che tale pratica provochi l'esclusione dal mercato rilevante di operatori altrettanto efficienti che sono già attivi su di esso, ma altresì tenendo conto degli eventuali ostacoli che essa è idonea a determinare per gli operatori potenziali altrettanto efficienti che non sono ancora presenti sul mercato (v., in tal senso, sentenza Deutsche Telekom/Commissione, cit., punto 178).

95 Ne consegue che la circostanza che la pratica tariffaria di cui trattasi sia idonea a precludere l'accesso al mercato di cui trattasi ai clienti esistenti dell'impresa in posizione dominante oppure a nuovi clienti della medesima non è in linea di principio rilevante per valutarne l'abusività.

Sulla possibilità di recuperare le perdite

[...]

97 Al riguardo, occorre ricordare che, come si è precisato al punto 31 della presente sentenza, è la compressione dei margini ad essere, in assenza di qualsiasi giustificazione obiettiva, di per sé idonea a costituire un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE.

98 Orbene, la compressione dei margini risulta dal divario tra i prezzi per le prestazioni all'ingrosso e quelli per le prestazioni al dettaglio e non dal livello di tali prezzi in sé e per sé. In particolare, detta compressione può risultare non soltanto da un prezzo anormalmente basso sul mercato al dettaglio, ma anche da un prezzo anormalmente elevato sul mercato all'ingrosso.

99 Conseguentemente, un'impresa dedita ad una pratica tariffaria che dà luogo ad una compressione dei margini dei suoi concorrenti non subisce necessariamente perdite.

100 In ogni caso, anche supponendo che per comprimere i margini dei suoi concorrenti l'impresa dominante subisca perdite, non si può esigere che venga fornita la prova della possibilità di recuperare tali perdite eventuali per poter stabilire l'esistenza di un abuso.

101 Infatti, la possibilità che i concorrenti siano esclusi dal mercato non dipende né dalla circostanza che l'impresa dominante subisca perdite, né da quella che tale impresa sia in grado di recuperare le sue perdite, ma dipende unicamente dal divario tra i prezzi applicati sui mercati interessati dall'impresa dominante, divario idoneo a far eventualmente subire perdite non all'impresa dominante stessa ma alle sue concorrenti.

102 Infine, qualora l'impresa dominante applicasse cionondimeno un prezzo sul mercato al dettaglio talmente basso che le vendite le provocherebbero perdite, al di là del fatto che siffatto comportamento potrebbe costituire una forma autonoma di abuso consistente nell'applicazione di prezzi predatori, la Corte ha comunque già escluso che, anche in tal caso, la prova della possibilità di recupero delle perdite subite per l'applicazione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di prezzi inferiori a un determinato livello di costi costituisca un presupposto necessario al fine di dimostrare il carattere abusivo di una siffatta politica in materia di prezzi (v., in tal senso, sentenza France Télécom/Commissione, cit., punto 110).

103 Ne consegue che, per stabilire se la pratica tariffaria in esame sia abusiva, è irrilevante sapere se l'impresa dominante abbia la possibilità di recuperare le perdite eventualmente subite a causa dell'applicazione di tale stessa pratica.

6 settembre 2017, Intel c. Commissione, causa C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632

Con decisione del 13 maggio 2009, la Commissione ha inflitto alla società Intel Corporation Inc. (in prosieguo, Intel) un'ammenda di 1,06 miliardi di euro per aver abusato della sua posizione dominante, in violazione dell'art. 102 TFUE e dell'art. 54 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE). In particolare, l'abuso era caratterizzato da due tipi di comportamento adottati da Intel nei confronti dei partner commerciali, ossia gli sconti condizionati e le c.d. "restrizioni allo

scoperto". I primi, consistevano nella concessione di uno sconto a quattro costruttori OEM, a condizione che essi si rifornissero per tutto o quasi tutto il loro fabbisogno presso Intel. I secondi, consistevano nella concessione di pagamenti ai costruttori OEM affinché ritardassero, annullassero o limitassero la commercializzazione di alcuni prodotti dotati di CPU di AMD. Intel ha proposto ricorso contro la decisione della Commissione dinanzi al Tribunale dell'Unione europea. Il ricorso è stato respinto ed Intel ha impugnato la sentenza dinanzi alla Corte di giustizia. Secondo Intel, il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto non esaminando gli sconti controversi alla luce di tutte le circostanze della fattispecie. La Corte ha annullato la sentenza del Tribunale in quanto ha osservato che:

« 129. In primo luogo, con le prime due parti del suo primo motivo, Intel, sostenuta da ACT, contesta, in sostanza, al Tribunale di aver dichiarato che le pratiche di cui trattasi possono essere qualificate come abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE senza che si sia proceduto al previo esame di tutte le circostanze della fattispecie e senza che sia stata esaminata la probabilità che una restrizione della concorrenza risulti da tale comportamento.

130. In secondo luogo, con la terza parte del suo primo motivo, Intel critica l'analisi del Tribunale svolta ad abundantiam, segnatamente ai punti da 172 a 197 della sentenza impugnata, relativa alla capacità degli sconti e dei pagamenti accordati a Dell, a HP, a NEC, a Lenovo e a MSH di restringere la concorrenza alla luce delle circostanze della fattispecie.

131. In tale ambito, Intel contesta, in particolare, la valutazione effettuata dal Tribunale quanto alla pertinenza del test AEC applicato dalla Commissione nella fattispecie.

132. Essa sostiene, in particolare, che, nei limiti in cui la Commissione ha proceduto a un test siffatto, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare la sua argomentazione vertente sul fatto che l'applicazione del suddetto test conteneva numerosi errori e che, qualora esso fosse stato svolto correttamente, avrebbe condotto alla conclusione contraria a quella raggiunta dalla Commissione, ossia che gli sconti controversi non avevano la capacità di restringere la concorrenza.

133. In proposito, occorre ricordare che l'articolo 102 TFUE non ha assolutamente lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato. Tale disposizione non è diretta neppure a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante (v., in particolare, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 21 e giurisprudenza ivi citata).

134. In tal senso, non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza. Per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione (v., in particolare, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 22 e giurisprudenza ivi citata).

135. Tuttavia, all'impresa che detiene una posizione dominante incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno (v., in particolare, sentenze del 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, 322/81, EU:C:1983:313, punto 57, nonché del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

136. È per tale ragione che l'articolo 102 TFUE vieta, in particolare, che un'impresa detentrica di una posizione dominante attui pratiche che hanno l'effetto di escludere i suoi concorrenti considerati altrettanto efficienti quanto l'impresa stessa, rafforzando la propria posizione dominante mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti. Sotto tale profilo, non può quindi essere considerata legittima qualsiasi concorrenza attuata mediante i prezzi (v., in tal senso, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 25).

137. In proposito, è stato già statuito che, per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – taluni acquirenti attraverso l'obbligo o la

promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, vuoi in forza di accordi stipulati con tali acquirenti, vuoi unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè di riduzioni subordinate alla condizione che il cliente - indipendentemente dal volume degli acquisti - si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante (v. sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 89).

138. Occorre, tuttavia, precisare tale giurisprudenza nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati.

139. In tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci (v., per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 29).

140. L'analisi della capacità di escludere dal mercato è del pari pertinente ai fini della valutazione della questione se un sistema di sconti rientrante in linea di principio nell'ambito del divieto di cui all'articolo 102 TFUE possa essere oggettivamente giustificato. Inoltre, l'effetto preclusivo derivante da un sistema di sconti, pregiudizievole per la concorrenza, può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche del consumatore (sentenza del 15 marzo 2007, British Airways/Commissione, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 86). Una ponderazione siffatta degli effetti, favorevoli e sfavorevoli per la concorrenza, della pratica contestata può essere svolta nella decisione della Commissione solo in esito ad un'analisi della capacità di esclusione dal mercato di concorrenti quantomeno altrettanto efficaci, intrinseca alla pratica considerata.

141. Se, nella decisione che accerta il carattere abusivo di un sistema di sconti, la Commissione effettua un'analisi siffatta, incombe al Tribunale esaminare tutti gli argomenti della parte ricorrente diretti a rimettere in discussione la fondatezza delle constatazioni raggiunte dalla Commissione quanto alla capacità di preclusione dal mercato del sistema di sconti considerato.

142. Nella fattispecie, nella decisione controversa, la Commissione - pur sottolineando che gli sconti di cui trattasi avevano, per loro stessa natura, la capacità di restringere la concorrenza cosicché non era necessaria un'analisi di tutte le circostanze della fattispecie, e in particolare un test AEC, al fine di constatare un abuso di posizione dominante (v., in particolare, i punti 925 e 1760 di tale decisione) - ha nondimeno effettuato un esame approfondito di tutte le circostanze, dedicando, ai punti da 1002 a 1576 della suddetta decisione, osservazioni molto dettagliate alla sua analisi svolta nell'ambito del test AEC, analisi che l'ha condotta a concludere, ai punti 1574 e 1575 di detta decisione, che un concorrente altrettanto efficace avrebbe dovuto praticare prezzi che non sarebbero stati economicamente sostenibili e che, pertanto, la pratica di sconti di cui trattasi era atta ad avere effetti preclusivi per un concorrente siffatto.

143. Ne consegue che, nella decisione controversa, il test AEC ha rivestito un'importanza reale nella valutazione, da parte della Commissione, della capacità della pratica di sconti di cui trattasi di produrre un effetto di esclusione dal mercato di concorrenti altrettanto efficaci.

144. Il Tribunale era pertanto tenuto ad esaminare tutti gli argomenti di Intel formulati relativamente a tale test.

145. Orbene, esso ha giudicato, ai punti 151 e 166 della sentenza impugnata, che non era necessario esaminare se la Commissione avesse effettuato il test AEC secondo le regole applicabili e senza

commettere errori, e che non era neppure necessario esaminare la questione se i calcoli alternativi proposti dalla ricorrente fossero stati effettuati correttamente.

146. Nell'ambito del suo esame, ad abundantiam, delle circostanze della fattispecie, il Tribunale ha pertanto negato, ai punti da 172 a 175 della sentenza impugnata, qualsiasi pertinenza al test AEC effettuato dalla Commissione e non ha, quindi, risposto alle critiche mosse al riguardo da Intel.

147. Di conseguenza, senza che sia necessario pronunciarsi sui motivi secondo, terzo e sesto, si deve annullare la sentenza impugnata per il fatto che il Tribunale si è a torto astenuto, nell'ambito della sua analisi della capacità degli sconti controversi di limitare la concorrenza, dal prendere in considerazione gli argomenti di Intel diretti a mettere in luce presunti errori commessi dalla Commissione nell'ambito del test AEC ».

4. Pregiudizio al commercio

13 luglio 1966, *Etablissements Consten e Grundig-Verkaufs GmbH c. Commissione*, cause riunite 56/64 e 58/64, Racc. 457.

Nell'aprile 1957 la società tedesca Grundig-Verkaufs-GmbH e la società francese Etablissements Costen S.a.r.l. stipulavano un contratto secondo cui la seconda assumeva a tempo indeterminato la «rappresentanza esclusiva» della prima per il territorio metropolitano della Francia, la Saar e la Corsica. In base a tale accordo, la Consten si impegnava, in particolare, ad acquistare dalla Grundig gli articoli oggetto del contratto (apparecchi radio, ditta-foni, registratori e televisori, nonché i ricambi necessari per le riparazioni e gli accessori) in quantità non inferiore ad una percentuale minima delle esportazioni totali effettuate dalla Repubblica federale di Germania verso i territori di cui sopra e ad astenersi dal vendere, sia per conto proprio sia per conto terzi, articoli analoghi suscettibili di fare concorrenza alle merci contemplate dal contratto, nonché da qualsiasi fornitura diretta o indiretta, per o verso altri paesi, di merci provenienti dai territori previsti dal contratto. La Grundig, che aveva già imposto divieti analoghi a tutti i suoi concessionari esclusivi degli altri Stati membri, si impegnava, dal canto suo, a riservare alla Consten ogni vendita al minuto e a non fornire a terzi gli stessi prodotti nei territori « coperti » dal contratto. Dopo che nell'ottobre del 1957 la Consten, previo accordo con la Grundig, aveva depositato in Francia, in nome proprio, il marchio GINT (Grundig International), apposto su tutti gli apparecchi fabbricati dalla società tedesca, compresi quelli destinati alla Germania, nel gennaio del 1963 la Grundig notificava alla Commissione i contratti di esclusiva stipulati con la Consten e con i suoi concessionari negli altri Stati membri. La Commissione, lasciando provvisoriamente in sospenso l'analisi di tali ultimi contratti, si pronunciava su quello Consten-Grundig e, insieme con l'accordo complementare relativo al deposito e all'uso del marchio GINT, lo dichiarava vietato ai sensi dell'art. 85 Trattato CEE (ora art. 101 CE) e invitava le due società ad astenersi da qualsiasi misura che potesse ostacolare o impedire ad imprese terze di acquistare presso soggetti terzi residenti nella Comunità europea i prodotti oggetto del contratto per rivenderli nella zona da esso definita. Entrambe le società proponevano ricorso contro la decisione della Commissione, chiedendone l'annullamento. La Corte di giustizia, con particolare riferimento al pregiudizio al commercio intracomunitario (e alla restrizione della concorrenza) che un accordo tra imprese può causare, ha osservato:

« Le ricorrenti [...] sostengono che la Commissione, basandosi su un'interpretazione erronea della nozione di accordo atto a pregiudicare il commercio fra Stati membri, non ha dimostrato che, senza l'accordo di cui trattasi, detto commercio sarebbe stato più intenso.

La convenuta ribatte che questo presupposto per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE], sussiste qualora, in conseguenza dell'accordo, il commercio fra Stati membri si svolga in modo diverso da quello che si sarebbe avuto senza la restrizione prodotta dall'accordo e l'influenza di questo sulla situazione del mercato abbia una certa importanza. Sarebbe questo il caso nostro, soprattutto in considerazione degli ostacoli che l'accordo crea nel mercato comune in materia di importazioni e di esportazioni dei prodotti Grundig in provenienza e a destinazione della Francia.

La Corte rileva che il presupposto di cui sopra tende a delimitare, in materia di disciplina delle intese, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello dei diritti nazionali. Proprio nella misura infatti in cui l'accordo può pregiudicare il commercio fra Stati membri, l'alterazione della concorrenza provocata dall'accordo stesso ricade sotto i divieti dell'articolo 85 [ora art. 101 TFUE], mentre in caso contrario vi è sottratta. A questo proposito, è soprattutto importante stabilire se l'accordo possa incidere, in modo diretto o indiretto, in potenza o in atto, sulla libertà del commercio fra Stati membri, in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati.

La circostanza che un accordo favorisca l'aumento, anche in misura considerevole, del volume degli scambi fra Stati non è quindi sufficiente ad escludere che detto accordo possa « pregiudicare » detti scambi nel senso sopra precisato. Nella fattispecie il contratto fra la Grundig e la Consten, impedendo in primo luogo ad un'impresa diversa dalla Consten di importare in Francia i prodotti Grundig e vietando in secondo luogo alla Consten di riesportare detti prodotti in altri paesi del mercato comune, pregiudica incontestabilmente il commercio fra Stati membri. Questa limitazione della libertà di commercio, come pure quelle che possono derivare ai terzi dal deposito in Francia, ad opera della Consten, del marchio GINT che la Grundig appone a tutti i suoi prodotti, sono sufficienti a far ritenere che ricorre il presupposto di cui trattasi.

Le censure elevate a questo proposito vanno pertanto disattese. [...]

Le ricorrenti [...] sostengono che, avendo la Commissione limitato il suo esame ai soli prodotti Grundig, la decisione è basata su una nozione erranea della concorrenza e del divieto sancito dall'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE]. Questa nozione riguarderebbe soprattutto la concorrenza fra prodotti simili di marche diverse. La Commissione prima di dichiarare applicabile l'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE], avrebbe dovuto, secondo un'applicazione ragionevole della norma (« rule of reason »), considerare gli effetti economici del contratto di cui trattasi sulla concorrenza tra le varie marche.

Secondo le parti suddette, gli accordi verticali di rappresentanza esclusiva si dovrebbero presumere favorevoli alla concorrenza e nella fattispecie nulla permetterebbe d'invalidare detta presunzione. Al contrario, il contratto litigioso avrebbe accresciuto la concorrenza fra prodotti simili di varie marche.

La Corte osserva che il principio della libertà della concorrenza riguarda i vari stadi e aspetti di questa. Se la concorrenza fra produttori è in genere più appariscente di quella fra distributori della stessa marca, ciò non significa che un accordo diretto a restringere quest'ultima sia sottratto al divieto dell'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE], per il solo fatto che esso potrebbe incrementare la prima.

D'altro lato, ai fini dell'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE], è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza. Perciò la mancanza, nella decisione impugnata, di qualsiasi esame degli effetti dell'accordo sul piano della concorrenza fra prodotti simili di marche diverse, non costituisce di per sé un vizio della decisione. Resta quindi da stabilire se la decisione impugnata abbia giustamente applicato il divieto dell'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE], all'accordo litigioso, in ragione della limitazione della concorrenza da esso posta in essere sul piano della distribuzione dei soli prodotti Grundig. L'infrazione constatata dalla decisione impugnata risulta dall'esclusiva assoluta attribuita da detto

contratto alla Consten in base al diritto francese. Le ricorrenti hanno voluto eliminare qualsiasi possibilità di concorrenza, al livello del commercio all'ingrosso dei prodotti Grundig nella zona contemplata dal contratto, con due mezzi principali.

In primo luogo, la società Grundig s'è impegnata a non fornire a terzi, nemmeno indirettamente, dei prodotti destinati a detta zona. La portata restrittiva di questo impegno appare chiaramente ove la si consideri alla luce del divieto di esportare che è stato imposto, non solo alla ditta Consten, ma anche a tutti gli altri concessionari esclusivi della società Grundig, come pure ai grossisti tedeschi.

In secondo luogo, il deposito in Francia, ad opera della Consten, del marchio GINT, che la Grundig appone a tutti i suoi prodotti, tende ad aggiungere alla garanzia (inerente all'accordo litigioso) contro il rischio d'importazioni parallele in Francia di prodotti Grundig, quella risultante dai diritti di proprietà industriale. Nessun terzo potrebbe così importare dei prodotti Grundig provenienti da altri paesi membri della Comunità per rivenderli in Francia, senza esporsi a gravi inconvenienti.

Giustamente la convenuta ha tenuto conto nel suo complesso del sistema creato dalla Grundig. Per caratterizzare la situazione contrattuale, si deve infatti collocare il contratto nel contesto economico e giuridico in vista del quale le parti l'hanno concluso, senza che ciò possa essere considerato come un'intrusione in atti o situazioni giuridiche esulanti dalla procedura dinanzi alla Commissione. La situazione sopra constatata si risolve nell'isolamento del mercato francese e consente di praticare per i prodotti di cui trattasi dei prezzi sottratti a un'efficace concorrenza.

Se ciò non bastasse, nella misura in cui hanno successo gli sforzi dei produttori per caratterizzare le loro marche agli occhi dei consumatori, l'efficacia della concorrenza fra produttori tende a diminuire. Data la considerevole incidenza, sul costo complessivo di produzione, delle spese di distribuzione, è importante che la concorrenza fra commercianti sia del pari stimolata. La concorrenza tra distributori dei prodotti della stessa marca stimola appunto gli sforzi del commerciante.

L'accordo inteso ad isolare il mercato francese dei prodotti Grundig ed a mantenere artificialmente, per i prodotti di una marca molto diffusa, dei mercati nazionali distinti in seno alla Comunità è quindi atto a falsare la concorrenza nel mercato comune. Giustamente perciò la decisione impugnata dichiara che l'accordo costituisce un'infrazione dell'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE]; qualsiasi altra considerazione relativa, vuoi agli aspetti economici (differenze di prezzo tra la Francia e la Germania, carattere rappresentativo del tipo d'apparecchio in questione, entità delle spese sostenute dalla Consten), vuoi all'esattezza dei criteri adottati dalla Commissione nel confrontare la situazione del mercato francese con quella del mercato tedesco, o ai possibili effetti favorevoli dell'accordo sotto altri aspetti, non avrebbe comunque potuto portare, di fronte alle restrizioni sopra menzionate, ad una soluzione diversa nell'ambito dell'articolo 85, paragrafo 1 [ora art. 101 TFUE]».

12 dicembre 1967, *Brasserie de Haecht c. i soci di fatto Wilkin-Janssen*, causa 23/67, Racc. 479.

I fatti all'origine della controversia scaturivano da un contratto di comodato stipulato tra la Brasserie de Haecht e i soci Wilkin-Janssen, gestori di mescita.

Il contratto aveva per oggetto l'arredo e il corredo di una mescita e due mutui; in virtù di del rapporto contrattuale i gestori della mescita s'impegnavano a rifornirsi di birra e bevande esclusivamente dalla de Haecht, sia per il fabbisogno personale che per la vendita al pubblico.

La durata del contratto di esclusiva avrebbe dovuto essere almeno pari al periodo previsto per la restituzione integrale dei mutui, più un biennio, e comunque non inferiore a tre anni.

Nel 1966, la de Haecht faceva constatare che la controparte non aveva rispettato l'esclusiva d'acquisto, stipulata contrattualmente, e chiedeva al Tribunale nazionale la restituzione dei mutui, la

restituzione dei beni comodati e il risarcimento del danno subito.

I convenuti non contestavano di essersi riforniti di bevande presso terzi, ma eccepivano la nullità degli accordi litigiosi ai sensi dell'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE).

La Corte di giustizia, per risolvere la questione pregiudiziale deferitale dal giudice a quo, definiva i parametri e i criteri per valutare, alla luce dell'art. menzionato, se una situazione come quella in esame poteva configurare un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

« L'articolo 85, n. 1, [ora art. 101 TFUE] nello stabilire la sfera d'applicazione del divieto, menziona accordi, decisioni e pratiche e, quindi, contemplando contemporaneamente gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni d'imprese ed inoltre le pratiche concordate che possono interessare numerosi operatori, esso implica la possibilità che venga preso in considerazione il complesso degli elementi che costituiscono detti accordi, decisioni e pratiche.

D'altro lato, vietando gli accordi, le decisioni e le pratiche, non solo a motivo del loro oggetto, ma anche per il loro effetto sulla concorrenza, l'articolo 85, n. 1, implica la necessità che tali effetti vengano considerati nell'ambito in cui essi si producono, cioè nel contesto economico e giuridico in cui tali accordi, decisioni e pratiche s'inseriscono e nel quale possono concorrere, con altri, a produrre un effetto globale sul gioco della concorrenza.

Sarebbe infatti inutile vietare accordi, decisioni o pratiche a motivo dei loro effetti se questi dovessero venir separati dal mercato nel quale si manifestano e non potessero venir valutati che separatamente dagli altri effetti, convergenti o meno, in mezzo ai quali essi si producono.(...)

Infine, solo se gli accordi, le decisioni o le pratiche possono pregiudicare gli scambi tra stati membri, l'alterazione della concorrenza è vietata dalle norme comunitarie. perché questa condizione sia soddisfatta, l'accordo, la decisione o la pratica deve, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, rivelarsi atta ad influire direttamente o indirettamente sulle correnti degli scambi tra stati membri, a contribuire all'isolamento del mercato e ad ostacolare la compenetrazione economica voluta dal trattato.

Nel valutare questo elemento, l'accordo, la decisione o la pratica non può quindi nemmeno venire scissa da tutti gli altri in mezzo ai quali è inserita ».

25 novembre 1971, *Béguelin Import CO. C. S.A. c. G.L. Import Export*, causa 22/71, Racc. 949.

Nel 1967 la ditta belga Béguelin Import concludeva con la ditta giapponese Oshawa un accordo in base al quale questa le concedeva l'esclusiva per la distribuzione, nel Belgio e nella Francia, degli accendisigari tascabili di sua produzione.

Sempre nello stesso anno, la stessa esclusiva, veniva concessa per il territorio francese alla Béguelin Import Francia, affiliata della omonima società belga, e da questa totalmente dipendente sul piano economico.

Gli accordi descritti non venivano notificati alla Commissione.

Lo stesso tipo di accordo di esclusiva veniva effettuato a favore della ditta Gebrüder Marbach per il territorio tedesco.

Nel 1969 la G.L. Import Export di Nizza, importava dalla società tedesca una quantità di accendisigari oggetto di esclusiva, da rivendere nel territorio francese.

Le società belga e l'affiliata francese chiedevano al tribunale di Nizza di vietare la vendita e di condannare la G.L. Import Export al pagamento dei danni subiti.

Quest'ultima opponeva che il contratto di esclusiva per il territorio francese era nullo in quanto contrario all'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE) e che costituiva un ostacolo alla libertà degli scambi intracomunitari poiché la società francese affiliata era legata a quella belga da un comunanza di interessi.

La Corte ha osservato:

5/6. A - con la prima questione si chiede anzitutto se l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], vieti pure, ad

un'impresa madre di uno Stato membro che sia concessionaria esclusiva di vendita per due Stati membri, di cedere – o di lasciar acquistare – ad un'affiliata di un altro stato membro l'esclusiva per questo secondo Stato. Per il caso di soluzione affermativa, si chiede in secondo luogo quali siano le conseguenze della violazione del trattato sulla validità del contratto di esclusiva stipulato dall'affiliata. 7/9. L'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], vieta le intese che abbiano l'oggetto o l'effetto di ostacolare la concorrenza. Nel caso di un contratto di esclusiva, questo presupposto manca qualora la concessione sia parzialmente trasferita da un'impresa madre ad un'affiliata la quale, pur avendo personalità giuridica distinta, non ha alcuna autonomia economica. I rapporti fra le due imprese sono quindi irrilevanti ai fini della validità di un accordo di esclusiva stipulato dall'affiliata con un terzo.

10/12. B - per essere incompatibile col mercato comune e vietato dall'art. 85 [ora art. 101 TFUE], l'accordo deve poter “pregiudicare il commercio tra Stati membri” ed avere “per oggetto o per effetto” d'influire negativamente sul “gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”. Il fatto che una delle imprese partecipanti all'accordo si trovi in un paese terzo non impedisce l'applicazione di queste disposizioni, ove l'accordo produca effetti nel territorio del mercato comune. L'accordo d'esclusiva fra un produttore di un paese terzo ed un distributore del mercato comune possiede le due caratteristiche sopra indicate qualora osti, di diritto o di fatto, a che il distributore riesporti i prodotti in altri Stati membri ovvero a che i prodotti stessi vengano importati da altri Stati membri nella zona di esclusiva e vi siano distribuiti da altri che il concessionario e i suoi clienti.

13. Per stabilire se ciò avvenga in realtà, si deve aver riguardo, non solo ai diritti ed alle obbligazioni che derivano dall'accordo, ma anche al contesto economico e giuridico dell'accordo stesso, e in particolare all'eventuale esistenza di analoghe intese fra lo stesso produttore e dei concessionari per altri Stati membri.

14/15. Più precisamente, l'accordo d'esclusiva può pregiudicare il commercio tra Stati membri e avere l'effetto di ostacolare la concorrenza, se il concessionario è in grado d'impedire le importazioni parallele da altri Stati membri nella zona d'esclusiva, grazie all'effetto combinato dell'accordo e delle leggi nazionali in materia di concorrenza sleale. Il concessionario può quindi far valere dette leggi solo nei casi in cui l'asserita concorrenza sleale sussiste indipendentemente dalle importazioni parallele. 16/18. C – infine, per essere vietato dall'art. 85 [ora art. 101 TFUE], l'accordo deve pregiudicare in modo rilevante il commercio tra Stati membri ed il gioco della concorrenza. Per stabilire se ricorrano questi presupposti, si deve aver riguardo alla situazione che esisterebbe se l'accordo non fosse stato stipulato. Per accertare se un contratto contenente una clausola d'esclusiva ricada sotto detto articolo, si deve quindi tener conto in particolare della natura e della quantità disponibile dei prodotti, della posizione e dell'influenza del concedente e del concessionario sul mercato dei prodotti stessi, del se l'accordo sia unico ovvero faccia parte di un'intesa complessa, del rigore delle clausole destinate a tutelare l'esclusiva o, per converso, della possibilità lasciata ad altri commercianti di trattare gli stessi prodotti mediante riesportazioni o importazioni parallele ».

28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, causa C-234/89, Racc. I-935.

Il signor Delimitis concludeva, nel 1985, un contratto con il birrificio Henninger. Il contratto prevedeva l'affitto da parte del birrificio di un caffè in Francoforte in favore del locatario Delimitis.

Vi era l'obbligo, in virtù del contratto stipulato, da parte del locatario, di rifornirsi di prodotti e di merci del birrificio, per ciò che riguardava la birra alla spina, in bottiglia e lattina e di approvvigionarsi, per le bevande non alcoliche, presso le filiali del birrificio. Il birrificio imponeva il divieto di rifornirsi di bevande, alcoliche e non, presso imprese aventi sede in Germania. Tuttavia autorizzava il locatario ad acquistare birre e altre bevande da imprese con sede in altri Stati membri, ma non in paesi terzi.

Il locatario doveva inoltre acquistare una quantità minima (132 ettolitri) annua di birra dal birrificio, da rivendere nel locale affittato, a pena di un risarcimento dei danni per la mancata esecuzione dei suoi obblighi.

Il contratto veniva risolto dal locatario per motivi di salute nel 1986. Il birrificio, al momento della risoluzione riteneva di essere in credito di circa seimila marchi poiché il locatario non aveva rispettato l'acquisto dei quantitativi minimi di birra e per altre spese. Quest'ultimo riteneva invece di non dover alcun importo al birrificio e a tal fine dichiarava che il contratto concluso, nel 1985, era nullo per l'art 85 n. 2 del Trattato CE, per violazione dell'art. 85 n. 1 dello stesso (ora art. 101 TFUE). La questione pregiudiziale così rivolta alle Corte poneva il problema se e quando un contratto come quello di specie configurasse un pregiudizio al commercio, e dunque una violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato (ora art. 101 TFUE), nonostante la presenza di una clausola di « apertura » al mercato degli Stati membri.

La Corte ha osservato:

« 23. Se l'esame dell'insieme dei contratti analoghi conclusi sul mercato di riferimento e degli altri elementi del contesto economico e giuridico del contratto considerato mette in evidenza che questi contratti non producono l'effetto cumulativo di chiudere a nuovi concorrenti nazionali o stranieri l'accesso a detto mercato, i contratti individuali, costitutivi del complesso di accordi, non sono in grado di ledere il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Di conseguenza, essi non ricadono nel divieto contemplato da detta disposizione.

24. Se per contro questo esame mette in evidenza che il mercato considerato è di difficile accesso, si deve valutare in quale misura i contratti stipulati dal birrificio interessato contribuiscono all'effetto cumulativo prodotto a questo proposito dal complesso dei contratti analoghi rilevati su detto mercato. La responsabilità di questo effetto di chiusura del mercato deve essere imputata, secondo le regole di concorrenza comunitarie, ai birrifici che vi contribuiscono in modo significativo. I contratti di fornitura di birra conclusi da birrifici il cui contributo all'effetto cumulativo è insignificante non ricadono pertanto nel divieto sancito dall'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE].

25. Al fine di valutare l'importanza del contributo dei contratti di fornitura di birra conclusi da un birrificio all'effetto cumulativo di blocco di cui si è detto sopra, occorre prendere in considerazione la posizione delle parti contraenti sul mercato. Questa posizione non dipende soltanto dalla quota di mercato del birrificio e del gruppo al quale eventualmente appartiene, ma anche dal numero dei punti di vendita vincolati ad esso o al suo gruppo rispetto al numero totale dei pubblici esercizi rilevati sul mercato di riferimento.

26. Il contributo dei contratti individuali conclusi da un birrificio al blocco di questo mercato dipende, inoltre, dalla loro durata. Se questa durata è manifestamente eccessiva rispetto alla durata media dei contratti di fornitura di birra di norma conclusi sul mercato considerato, il contratto individuale ricade sotto il divieto sancito dall'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE]. Un birrificio che disponga di una quota di mercato relativamente modesta, ma vincoli i propri punti di vendita per vari anni, può, in effetti, contribuire ad una chiusura del mercato in modo altrettanto significativo quanto un birrificio che abbia una posizione relativamente forte sul mercato, ma liberi regolarmente i propri punti di vendita a intervalli ravvicinati.

27. Le prime tre questioni pregiudiziali debbono pertanto essere risolte nel senso che un contratto di fornitura di birra è vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato CEE, qualora ricorrano due condizioni cumulative. Occorre in primo luogo che, tenuto conto del contesto economico e giuridico del contratto oggetto della controversia, il mercato nazionale della distribuzione di birra nei pubblici esercizi sia difficilmente accessibile ai concorrenti che potrebbero insediarsi in tale mercato o espandere ivi la loro quota di mercato. Il fatto che il contratto di cui trattasi faccia parte, in tale mercato, di un complesso di contratti analoghi, che producono un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza, costituisce solo un fattore, fra i tanti, per valutare se un tale mercato sia effettivamente di difficile accesso. È necessario in secondo luogo che il contratto di cui trattasi contribuisca in modo significativo all'effetto di blocco prodotto dal complesso di questi contratti nel loro contesto economico e giuridico. L'importanza del contributo del contratto individuale dipende dalla posizione delle parti contraenti sul mercato considerato e dalla durata del contratto.

Sulla compatibilità con l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], di un contratto di fornitura di birra con

una clausola di apertura.

28. Un contratto di fornitura di birra contenente una clausola di apertura si distingue dagli altri contratti di fornitura di birra, del tipo in genere concluso, per il fatto che autorizza il rivenditore ad acquistare la birra proveniente da altri Stati membri. Questa clausola attenua a vantaggio delle birre di altri Stati membri il campo di applicazione del divieto di concorrenza che nel contesto di un contratto di fornitura di birra classico si aggiunge all'obbligo di acquisto esclusivo. La portata della clausola di apertura deve essere valutata in funzione della sua formulazione e del suo contesto economico e giuridico.

29. Per quanto riguarda la formulazione della clausola, si deve considerare che questa offre un grado di apertura molto ristretto, se si ritiene che essa autorizzi unicamente il rivenditore ad acquistare egli stesso birre concorrenti in altri Stati membri. Il suo grado di apertura è, per contro, più rilevante qualora consenta altresì al rivenditore di vendere birre importate da altri Stati membri da parte di imprese terze.

30. Per quanto riguarda il contesto economico e giuridico della clausola, si deve rilevare che se, come nella fattispecie di cui alla causa principale, una delle altre clausole impone l'acquisto di un quantitativo minimo di birre considerate in detto contratto, occorre esaminare che cosa detto quantitativo rappresenti rispetto alle vendite di birra abitualmente realizzate nell'esercizio considerato. Se da questo esame risulta che il quantitativo imposto è relativamente importante, la clausola di apertura perde il suo interesse economico e il divieto di vendere birre concorrenti riacquista tutta la sua pienezza. Questa constatazione vale, in particolare, qualora, in forza del contratto, all'obbligo di acquisto di quantitativi minimi si accompagnino delle sanzioni.

31. Se l'interpretazione del testo della clausola di apertura o l'esame dell'effetto concreto dell'insieme delle clausole del contratto nel loro contesto economico e giuridico mette in evidenza che la limitazione del campo di applicazione del divieto di concorrenza è di natura meramente ipotetica o senza interesse economico, detto contratto deve essere assimilato ad un contratto di fornitura di birra classica. La sua valutazione rispetto all'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] deve, di conseguenza, corrispondere a quella dei contratti di fornitura di birra in generale.

32. Diversa è la situazione che si presenta quando la clausola di apertura garantisce una possibilità effettiva per un fornitore nazionale o straniero di birre originarie di altri Stati membri di rifornire il punto di vendita interessato. Il contratto che contiene una siffatta clausola non è, in linea di principio, idoneo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], e non rientra così nel divieto sancito da detta disposizione.

33. La quarta questione pregiudiziale sollevata dall'Oberlandesgericht dev'essere quindi risolta nel senso che un contratto di fornitura di birra che autorizza il rivenditore ad acquistare birra proveniente da altri Stati membri non è in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, qualora a tale autorizzazione corrisponda una reale possibilità per un fornitore nazionale o estero di rifornire detto rivenditore di birre originarie di altri Stati membri».

31 marzo 1993, *A. Ahlstrom Osakeyhtiö e altri c. Commissione*, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Racc. I-1307.

Con vari atti depositati nella cancelleria della Corte fra il 4 ed il 30 aprile 1993, l'impresa Ahlstrom Osakeyhtiö e nove altre, chiedevano in forza dell'art. 173, secondo comma, del Trattato CEE, l'annullamento della decisione 85/202/CEE della Commissione, del 19 dicembre 1984, relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE (ora art. 101 TFUE) (GUCE 1985, L 85, pag. 1)

Nella decisione impugnata, la Commissione aveva accertato che quaranta produttori di pasta di legno e tre delle loro associazioni professionali avevano violato l'art. 85, n. 1, del Trattato (ora art. 101 TFUE), concertandosi sui prezzi.

A trentasei dei quarantatré destinatari della decisione venivano inflitte ammende d'importo compreso

fra 50 000 e 500 000 ECU.

La Corte, analizzando la nozione di pregiudizio al commercio, ha osservato:

« 139. Secondo l'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE], la Commissione può infliggere sanzioni per comportamenti anticoncorrenziali solo qualora questi possano, inoltre, pregiudicare il commercio tra Stati membri.(...)

142.(...) secondo la giurisprudenza della Corte (v. sentenza 30 gennaio 1985, causa 123/83, BNIC, Racc. pag. 391), qualsiasi accordo che abbia lo scopo o l'effetto di restringere la concorrenza mediante la fissazione dei prezzi per un prodotto semifinito può pregiudicare il commercio intracomunitario, anche se il prodotto semifinito non costituisce, come tale, oggetto di scambi fra gli Stati membri, qualora esso sia la materia prima di un'altra merce distribuita altrove nella Comunità. Nella fattispecie, si deve rilevare che alla pasta di legno corrisponde il 50-70% del costo della carta e che, perciò, indubbiamente la concertazione attuata in materia di prezzi della pasta ha avuto ripercussioni sugli scambi di carta fra Stati membri.

143. (...) com'è stato più volte affermato dalla Corte (v., ad esempio, sentenza 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, Musique Diffusion française, Racc. pag. 1825), un accordo, per essere atto a pregiudicare il commercio fra Stati membri, deve consentire, in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto, di ritenere con un grado di sufficiente probabilità che esso possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio fra Stati membri in un modo che possa nuocere al conseguimento degli scopi di un mercato unico fra Stati ».

17 luglio 1997, *Ferriere Nord SpA c. Commissione*, causa C-219/95 Racc. I-4411.

La società Ferriere Nord operava nel settore della produzione di rete meccanica elettrosaldata e della vergella.

La Commissione con una decisione, infliggeva, nel 1989, un'ammenda a quattordici imprese dello stesso settore tra cui la Ferriere Nord, per aver violato l'art. 85 n. 1 del Trattato (ora art. 101 TFUE) partecipando ad accordi e pratiche consistenti nella fissazione di prezzi di vendita, nella limitazione delle vendite e nella ripartizione dei mercati.

In particolare la decisione faceva carico alla società italiana di aver partecipato a due serie di intese sul mercato francese, con lo scopo di definire prezzi e quote e di limitare importazioni di rete saldata in Francia in due periodi tra il 1981 e il 1984.

La Ferriere Nord, non negando la sua partecipazione a tali pratiche, sosteneva una diversa interpretazione dell'art. del Tratto in esame per quanto concerne gli accordi atti a restringere la concorrenza, presentando ricorso al Tribunale di Primo grado.

Respinto il ricorso da parte del Tribunale, la ricorrente impugnava tale decisione davanti alla Corte, la quale analizzava, tra l'altro, l'esatta portata delle disposizioni contenute nell'art. 85 n. 1 del Trattato CE (ora art. 101 TFUE) relativamente al pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

La Corte ha osservato:

« 17. La seconda parte del primo motivo riguarda i punti 32-35 della sentenza impugnata, che recitano:

« 32. (...) l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] non prescrive che venga dimostrato che tali accordi hanno, in effetti, pregiudicato in misura rilevante gli scambi (...) ma richiede che si provi che gli accordi sono atti a produrre questo effetto (sentenza Miller/Commissione, citata, punto 15).

33. Nel caso di specie va rilevato che il fatto che le unità produttive della rete saldata della ricorrente sono distanti dal mercato francese non è di per sé atto a ostacolare le sue esportazioni in tale mercato. In proposito, l'argomento della ricorrente dimostra peraltro esso stesso che le intese, mirando ad aumentare i prezzi, erano idonee ad incrementare le sue esportazioni in Francia e quindi a incidere sugli scambi tra Stati membri.

34. Anche ammettendo, come sostiene la ricorrente, che le intese non abbiano modificato la quota di mercato complessivamente detenuta dai produttori italiani e che le loro esportazioni siano rimaste

molto al di sotto delle quote attribuite, cionondimeno le accertate restrizioni alla concorrenza erano atte a sviare i flussi commerciali dal percorso che avrebbero altrimenti seguito (sentenza Van Landewyck e a./Commissione, citata, punto 172). Le intese avevano infatti per oggetto il contingentamento delle importazioni sul mercato francese allo scopo di consentire un artificioso rialzo dei prezzi su tale mercato.

35. Da quanto sopra discende che, come dichiarato nella decisione, la ricorrente, aderendo ad accordi che avevano per oggetto di restringere il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune e che erano tali da pregiudicare il commercio tra Stati membri, ha violato l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].».

« 18. La ricorrente muove al Tribunale la censura di essersi limitato a constatare, al punto 32, che è sufficiente che gli accordi ai quali essa ha partecipato siano atti ad incidere in modo sensibile sugli scambi per essere in contrasto con l'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE], mentre lo stesso Tribunale avrebbe dovuto accertare anche in qual modo detti accordi ostacolassero gli scambi tra Stati membri. Orbene, a suo parere, gli accordi controversi non erano atti a ostacolare in modo sensibile gli scambi tra Italia e Francia.

19. A questo proposito, si deve rilevare che correttamente il Tribunale ha rammentato, al punto 32 della sentenza impugnata, che, conformemente alla sentenza 1 febbraio 1978, causa 19/77, Miller/Commissione (Racc. pag. 131, punto 15), l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] non prescrive che venga dimostrato che gli accordi da esso considerati abbiano pregiudicato in misura rilevante gli scambi intracomunitari, prova che nella maggior parte dei casi potrebbe difficilmente venir fornita, ma richiede che si provi che gli accordi sono atti a produrre questo effetto.

20. Risulta inoltre da costante giurisprudenza che, perché una decisione, un accordo o un'intesa possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, occorre che, in base ad un complesso di elementi di diritto o di fatto, si possa ritenere con un grado di probabilità adeguato che essi siano atti ad avere un'influenza diretta o indiretta, in atto o in potenza, sulle correnti di scambi fra Stati membri, e ciò in modo da far temere che essi possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri (v. sentenze 30 giugno 1966, causa 56/65, Société technique minière, Racc. pag. 261, e 29 ottobre 1980, cause riunite 209-215 e 218/78, Van Landewyck/Commissione, Racc. pag. 3125, punto 170).

21. Ne consegue che la seconda parte del primo motivo dev'essere altresì disattesa».

28 aprile 1998, Javico International e Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums (YSLP), causa C-306/96, Racc. I-1983.

La società francese Yves Saint Laurent Parfums (YSLP) distribuiva i suoi prodotti nel mercato comune mediante una rete di distribuzione selettiva che beneficiava di un'esenzione della Commissione, ai sensi dell'art. 85, par. 3 (ora art. 101, par. 3) Trattato CE, accordata nel 1991. Essa aveva stipulato con riguardo ai mercati dell'Europa dell'Est, due contratti di distribuzione, l'uno per le Repubbliche di Russia e Ucraina, l'altro per la Slovenia, con la società Javico International AG che, con sede in Germania, era specializzata nella distribuzione commerciale nei mercati dell'Europa dell'Est e non apparteneva alla rete di distribuzione dei prodotti YSLP per il mercato comune. I contratti prevedevano l'obbligo, per la Javico International AG, di non vendere tali prodotti all'infuori dei mercati contrattualmente individuati. Poco tempo dopo la conclusione dei contratti in questione, la YSLP constatava, nel territorio comunitario, la presenza di prodotti venduti alla Javico International AG per la distribuzione in Russia, Ucraina e Slovenia. Ne seguiva la risoluzione del contratto e la domanda per il risarcimento dei danni subiti davanti al giudice competente (Tribunal de commerce di Nanterre). La società tedesca, soccombente in primo grado, proponeva appello (dinanzi alla Cour d'appel di Versailles) sostenendo la nullità delle clausole violate poiché contrarie alle norme comunitarie sulla concorrenza e, in particolare, all'art. 85, par. 1, Trattato CE (ora art. 101 TFUE). Il giudice adito sollevava un rinvio pregiudiziale

alla Corte di giustizia, chiedendole, tra l'altro, se il divieto imposto alla Javico fosse compatibile con l'art. 85 Trattato CE (ora art. 101 TFUE). In proposito, la Corte ha osservato:

«12. Per stabilire se accordi come quelli stipulati tra la YSLP e la Javico rientrino nella sfera del divieto stabilito da tale disposizione, occorre valutare se il conseguente divieto di effettuare forniture abbia per scopo o per effetto di restringere in modo sensibile la concorrenza all'interno del mercato comune e se possa pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri.

51. A tale proposito, occorre rilevare che, per quanto concerne accordi destinati ad essere applicati all'interno della Comunità, la Corte ha già avuto l'occasione di pronunciarsi nel senso che un accordo che ha lo scopo di privare il rivenditore della libertà commerciale di scegliersi i clienti imponendogli di rivendere ai soli clienti che si trovino nel territorio contrattuale è restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] (v., in questo senso, sentenze 21 febbraio 1984, causa 86/82, Hasselblad/Commissione, Racc. pag. 883, punto 46, e 24 ottobre 1995, causa C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Racc. pag. I-3439, punti 19 e 21).

52. Allo stesso modo, la Corte ha stabilito che un accordo che impone al rivenditore di non rivendere i prodotti oggetto del contratto al di fuori del territorio contrattuale ha lo scopo di escludere le importazioni parallele all'interno della Comunità e di restringere così la concorrenza nel mercato comune (v., in questo senso, sentenza 8 febbraio 1990, causa C-279/87, Tipp-Ex/Commissione, punto 22, Racc. pag. I-261, pubblicazione sommaria). Tali clausole, inserite in contratti di distribuzione all'interno della Comunità, costituiscono per loro stessa natura una restrizione della concorrenza (v. sentenza 1° febbraio 1978, causa 19/77, Miller/Commissione, Racc. pag. 131, punto 7).

53. Tuttavia, comportamenti anticoncorrenziali possono essere sanzionati dalla Commissione, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], solo se siano inoltre idonei a pregiudicare il commercio fra Stati membri.

54. Ebbene, perché una decisione, un accordo o una prassi possano pregiudicare il commercio fra Stati membri e` necessario che, in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto, appaia probabile che essi sono atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale sugli scambi tra Stati membri, in un modo tale da far temere che possano nuocere al conseguimento di un mercato unico fra Stati membri. Tale influenza deve inoltre essere significativa (sentenza 9 luglio 1969, causa 5/69, Vo`lk, Racc. pag. 295, punto 5).

55. L'influenza che un accordo può esercitare sugli scambi tra gli Stati membri va valutata tenendo conto, in particolare, della posizione e dell'importanza delle parti sul mercato dei prodotti di cui trattasi (sentenza 10 luglio 1980, causa 99/79, Lanco`me e Cosparfrance Nederland, Racc. pag. 2511, punto 24). Così, persino un accordo di esclusiva con protezione territoriale assoluta esula dal divieto di cui all'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] se incide sul mercato in modo irrilevante, in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi (sentenza 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, Musique diffusion franc, aise e a./Commissione, Racc. pag. 1825, punto 85).

56. Si tratta quindi di stabilire in quale misura le considerazioni che precedono siano ugualmente applicabili ad accordi, quali quelli controversi nella causa a qua, destinati ad essere applicati in un territorio situato al di fuori della Comunità.

57. A tale riguardo, e` importante rilevare che, nell'ambito di accordi di tale natura, pattuizioni del tipo di quelle menzionate nella questione pregiudiziale devono essere interpretate non nel senso che esse tendano ad escludere le importazioni parallele e la messa in commercio di prodotti oggetto del contratto nel territorio della Comunità, bensì come tese a garantire al produttore la penetrazione in un mercato situato all'esterno della Comunità per mezzo dello smercio in tale mercato di una quantità sufficiente di prodotti contrattuali. Tale interpretazione e` avvalorata dalla circostanza che, negli accordi controversi nella causa a qua, il divieto di vendere al di fuori del territorio contrattuale riguarda altresì tutti gli altri paesi terzi.

58. Ne consegue che un accordo che comporti l'impegno assunto dal rivenditore nei confronti del produttore, di destinare la commercializzazione dei prodotti contrattuali ad un mercato che si trovi al di fuori del territorio della Comunità, non può essere considerato come un accordo che abbia per scopo di limitare in maniera considerevole la concorrenza all'interno del mercato comune e sia per sua stessa natura idoneo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

59. Gli accordi di cui alla causa a qua, quindi, per quel che riguarda il divieto fatto alla rivenditrice Javico di vendere il prodotto contrattuale al di fuori del territorio contrattuale che le è stato concesso, non costituiscono accordi per loro stessa natura vietati dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]. Allo stesso modo le clausole degli accordi controversi nella causa a qua, per quel che concerne il divieto di vendita diretta all'interno della Comunità nonché la riesportazione del prodotto contrattuale nell'ambito della Comunità, non possono essere per loro stessa natura incompatibili con le disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE].

60. Sebbene le controverse clausole dei detti accordi abbiano, per loro stessa natura, lo scopo di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], incombe tuttavia al giudice nazionale verificare se esse non comportino tale effetto. La valutazione degli effetti di tali accordi implica la necessità di prendere in considerazione il contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono (v. sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a., Racc. pag. I-1477, punto 37) e, in particolare, il fatto che la YSLP ha stabilito all'interno della Comunità un sistema di distribuzione selettiva che fruisce di un'esenzione.

61. A tale riguardo, va innanzi tutto verificato se il mercato comunitario dei prodotti di cui trattasi sia caratterizzato da una struttura oligopolistica, che lasci sussistere un esiguo livello di concorrenza all'interno della rete comunitaria di distribuzione di tali prodotti.

62. Occorre quindi verificare se esista un differenziale rilevante tra i prezzi dei prodotti contrattuali praticati all'interno della Comunità e quelli praticati all'esterno. Tale differenziale non è tuttavia idoneo ad alterare il gioco della concorrenza quando sia eroso dal livello dei dazi doganali riscossi, nonché dai costi di trasporto e dagli altri costi scaturenti dall'esportazione del prodotto in un paese terzo, seguita dalla sua reimportazione nella Comunità.

63. Qualora da tale esame dovesse emergere che le clausole controverse abbiano come conseguenza di pregiudicare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], del Trattato, andrebbe inoltre verificato se, tenuto conto della rilevanza della posizione occupata dalla YSLP sul mercato comunitario, dell'ampiezza della sua produzione, delle vendite effettuate negli Stati membri, le clausole controverse intese ad impedire la vendita diretta nonché la riesportazione dei prodotti contrattuali nella Comunità comportino un rischio di influenza rilevante sul flusso degli scambi fra gli Stati membri, in grado di nuocere alla realizzazione degli obiettivi del mercato comune.

64. Al riguardo, il commercio intracomunitario non può essere compromesso in maniera rilevante ove i prodotti destinati ai mercati situati al di fuori della Comunità rappresentino una limitata percentuale del mercato del complesso di tali prodotti nel territorio del mercato comune.

65. Compete al giudice nazionale, in base al complesso degli elementi a sua disposizione, accertare se gli accordi di cui trattasi soddisfino, di fatto, le condizioni per rientrare nella sfera del divieto di cui all'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], del Trattato.

66. Considerato quanto precede, va risposto alla [...] questione che l'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], del Trattato osta al divieto posto da un fornitore stabilito in uno Stato membro ad un distributore, stabilito in un altro Stato membro, al quale affidi la distribuzione dei suoi prodotti in un territorio situato al di fuori della Comunità, di procedere a qualsiasi vendita in un territorio diverso da quello previsto dal contratto, ivi compreso il territorio della Comunità, sia mediante commercializzazione diretta sia mediante riesportazione dal territorio previsto dal contratto, se tale divieto ha per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno della Comunità e rischi di influenzare i flussi di scambio tra gli Stati

membri. Cio' puo' verificarsi quando il mercato comunitario dei prodotti di cui trattasi sia caratterizzato da una struttura oligopolistica o da un differenziale rilevante tra i prezzi dei prodotti contrattuali praticati all'interno della Comunita' e quelli praticati all'esterno di essa e quando, tenuto conto della posizione occupata dal fornitore dei prodotti di cui trattasi e dell'ampiezza della produzione e delle vendite effettuate negli Stati membri, il divieto comporti un rischio di influenza rilevante sul flusso degli scambi fra gli Stati membri, in grado di nuocere alla realizzazione degli obiettivi del mercato comune».

1 ottobre 1998, Autotrasporti Librandi Snc c. Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl, causa C-38/97, Racc. I-5955.

La società Autotrasporti Librandi, attrice nella causa, era stata incaricata dalla società Cuttica spedizioni, convenuta, di effettuare per suo conto, alcuni trasporti di contenitori, per i quali essa fatturava la somma di 2.844.000 £, importo determinato secondo le tariffe obbligatorie fissate dai decreti ministeriali. La convenuta pagava però solo una parte di tale cifra, corrispondente ad un relativo accordo collettivo.

In Italia il settore del trasporto di merci su strada era disciplinato dalla legge n. 298 del 6-6-'74 che istituiva un albo e un comitato costituito da rappresentanti dello Stato e da dodici (portati poi a diciassette da un decreto ministeriale del 2-2-'94) rappresentanti della categoria maggiormente rappresentativi, per la determinazione delle tariffe. Le tariffe proposte dal comitato dovevano essere approvate dal ministro dei trasporti e tali tariffe divenivano obbligatorie a pena di sanzioni disciplinari e amministrative.

Un decreto ministeriale del 1982 (n. 342) consentiva alcune deroghe alle tariffe obbligatorie a contratti stipulati in applicazione di accordi economici collettivi conclusi fra le associazioni più rappresentative dei vettori presenti nel comitato, ma un successivo decreto (n. 82 del 29-3-'93), convertito poi in legge (n. 172 del 27-5-'93) imponeva il divieto di discostarsi dalle tariffe stabilite dalla legge.

La convenuta riteneva tale divieto in contrasto con le norme comunitarie sulla concorrenza.

La Corte ha osservato:

« 25. Con le due prime questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice a quo domanda sostanzialmente se gli artt. 3, lett. f) e g), 5, 85, 86 e 90 del Trattato ostino a una normativa di uno Stato membro che preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive dai pubblici poteri, sulla base di proposte di un comitato centrale composto in maggioranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e che estenda le tariffe obbligatorie applicabili in materia di contratti di trasporto di merci su strada ad altri tipi di contratti, relativi a servizi diversi, quali, in particolare, i contratti su gara d'appalto e i contratti di noleggio.

26. A questo proposito occorre ricordare, in primo luogo, che, secondo una costante giurisprudenza, si è in presenza di una violazione degli artt. 5 e 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85 [ora art. 101 TFUE], o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. pag. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. II-5801, punto 14, e 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 14).

27. Occorre ricordare, di seguito, che la Corte ha dichiarato che gli artt. 3, lett. g), 5 e 86 del Trattato possono applicarsi ad una normativa del tipo della legge italiana nella sola ipotesi in cui fosse provato che siffatta legge conferisce ad un'impresa una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori (sentenza 13

febbraio 1979, causa 85/76, Hoffman-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 38).

28. Occorre infine ricordare che nella citata sentenza Centro Servizi Spediporto la Corte era stata investita di una questione analoga rispetto alla normativa italiana in vigore all'epoca, la quale si distingueva in sostanza da quella applicabile nella causa a qua per il solo fatto che le associazioni nazionali di categoria dei trasportatori di merci su strada avevano dodici rappresentanti in seno al comitato centrale in luogo di diciassette.

29. Orbene, in quella sentenza la Corte ha dichiarato che gli artt. 3, lett. g), 5, 85, 86 e 90 nonché l'art. 30 del Trattato CE non ostano a che la normativa di uno Stato membro preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive dalla pubblica autorità, sulla base di proposte di un comitato, se quest'ultimo è composto da una maggioranza di rappresentanti dei pubblici poteri, a fianco di una minoranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e deve rispettare nelle sue proposte determinati criteri di interesse pubblico e se, peraltro, i pubblici poteri non rinunciano alle loro prerogative tenendo conto, prima dell'approvazione delle proposte, dei rilievi di altri enti pubblici e privati, o addirittura fissando le tariffe d'ufficio.

30. Per concludere, in primo luogo, che, in un regime di fissazione delle tariffe dei trasporti di merci su strada come quello instaurato dalla legge italiana, le proposte deliberate in seno al comitato non potevano essere considerate alla stregua di intese tra operatori economici che i pubblici poteri hanno imposto o favorito o delle quali hanno rafforzato gli effetti, la Corte ha rilevato, ai punti da 22 a 24 della citata sentenza Centro Servizi Spediporto, che il comitato centrale era composto da una maggioranza di rappresentanti dei pubblici poteri e da una minoranza di rappresentanti delle associazioni degli operatori economici e che doveva osservare, allorquando adottava le sue proposte, un certo numero di criteri di interesse pubblico definiti nella legge.

31. Per dichiarare, in secondo luogo, che i pubblici poteri non avevano delegato le loro competenze in materia di fissazione delle tariffe ad operatori economici privati, la Corte ha constatato, ai punti da 26 a 28 della citata sentenza Centro Servizi Spediporto, che, secondo la legge italiana, il comitato centrale propone al ministro competente le tariffe di trasporto e le loro condizioni particolari di esecuzione. La legge investe peraltro il ministro del potere di approvarle, di respingerle o di modificarle prima di renderle esecutive e prevede che il ministro, prima di approvare e di rendere esecutive le tariffe, consulti le regioni nonché i rappresentanti dei settori economici interessati e tenga conto delle direttive del comitato interministeriale dei prezzi.

32. Infine, per decidere che una normativa nazionale che prevede la determinazione delle tariffe dei trasporti di merci su strada da parte dei pubblici poteri non porti ad attribuire agli operatori economici una posizione dominante collettiva che sarebbe caratterizzata dall'assenza di rapporti concorrenziali tra loro, la Corte ha rilevato, ai punti 33 e 34 della citata sentenza Centro Servizi Spediporto, l'assenza di un legame sufficiente tra le imprese interessate ad adottare una stessa linea d'azione comune sul mercato.

33. Orbene, quanto sopra constatato non viene rimesso in questione dalla circostanza che, a seguito del decreto ministeriale 2 febbraio 1994, che ha elevato da dodici a diciassette il numero dei rappresentanti delle associazioni nazionali di categoria dei trasportatori di merci su strada in seno al comitato centrale, i rappresentanti degli operatori economici non sono più in minoranza in seno a detto comitato; che, secondo le informazioni fornite dal governo italiano, l'organo consultivo, che era il « comitato interministeriale dei prezzi », è stato sostituito da un organismo denominato « osservatorio italiano dei prezzi e delle tariffe » e che la legge italiana ha mantenuto l'estensione delle tariffe a diversi servizi, quali i contratti su gara d'appalto e i contratti di noleggio.

34. Da un lato, infatti, la modifica dei rapporti di maggioranza in seno al comitato centrale non consente di concludere nel senso dell'esistenza di un'intesa ai sensi dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] dal momento che, conformemente alla normativa nazionale in esame, il comitato centrale deve continuare a rispettare, nell'adottare le sue proposte, i criteri di pubblico interesse definiti dalla legge italiana.

35. Dall'altro, la modifica della legge italiana non comporta una delega da parte dei poteri pubblici

delle loro competenze ad operatori economici privati, dal momento che la facoltà per il ministro competente di respingere o modificare le tariffe dei trasporti propostegli dal comitato centrale nonché il suo obbligo di consultare le regioni e i rappresentanti dei settori economici restano immutati.

36. Spetta tuttavia al giudice nazionale controllare, nell'ambito della sua competenza, che, nella pratica, le tariffe siano determinate nel rispetto dei criteri d'interesse pubblico definiti dalla legge e che i pubblici poteri non rinuncino alle proprie prerogative a vantaggio di operatori economici privati.

37. Occorre quindi risolvere le prime due questioni nel senso che gli artt. 3, lett. f) e g), 5, 85, 86 e 90 del Trattato non ostano a una normativa di uno Stato membro che preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive ad opera dei pubblici poteri, sulla base di proposte di un comitato centrale, composto in maggioranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e che estenda le tariffe obbligatorie applicabili in materia di contratti di trasporto di merci su strada ad altri tipi di contratti, relativi a diversi servizi, quali, in particolare, i contratti su gara d'appalto e i contratti di noleggio, a condizione che le tariffe siano determinate nel rispetto dei criteri di interesse pubblico definiti dalla legge e che i pubblici poteri non rinuncino alle proprie prerogative a favore di operatori economici privati, ma tengano conto, prima dell'approvazione delle proposte, delle osservazioni di altri organismi pubblici e privati, o addirittura fissino le tariffe d'ufficio ».

21 gennaio 1999, Carlo Bagnasco e altri c. Banca Popolare di Novara soc. coop. Arl (BNP) e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia Spa (Carige), cause riunite C-215/96 e C-216/96, Racc. I-135.

Il signor Bagnasco, quale debitore principale, ed i suoi fideiussori, debitori in solido, proponevano opposizione contro due decreti ingiuntivi – provvisoriamente esecutivi – con i quali il presidente del Tribunale di Genova aveva loro ingiunto, su ricorso della BPN e della Carige, di pagare, in favore della BPN, la somma di LIT 222.440.332 ed in favore della Carige LIT 124.119.497.

Il Tribunale di Genova sospendeva il procedimento per chiedere alla Corte di giustizia se le Norme Bancarie Uniformi dettate dall'ABI alle sue associate, relativamente al contratto per l'apertura di credito in conto corrente e quelle relative al contratto di fideiussione omnibus, in quanto dettate e applicate in modo uniforme e vincolante da parte delle banche associate nell'ABI, fossero compatibili, nella parte in cui sottopongono l'apertura del credito a un regime di determinazione del tasso di interesse non previamente determinato né determinabile dal cliente, con la norma di cui all'art. 85 del Trattato (ora art. 101 TFUE), in quanto idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, e aventi a oggetto e come effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

La Corte ha osservato:

« 33. In base alla giurisprudenza costante della Corte, per stabilire se un accordo debba considerarsi vietato in ragione delle alterazioni del gioco della concorrenza che ne conseguono, occorre considerare come la concorrenza si svolgerebbe in mancanza dell'accordo stesso (v. sentenze 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, Deere/Commissione, Racc. pag. I-3111, punto 76, e causa C-8/95 P, New Holland Ford/Commissione, Racc. pag. II-3175, punto 90).

34. Orbene, se l'art. 85, n. 1, del Trattato non limita siffatta valutazione ai soli effetti attuali, ma quest'ultima deve anche tener conto degli effetti potenziali dell'accordo sulla concorrenza nel mercato comune, un accordo non ricade sotto il divieto dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE] qualora esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante (sentenze citate Deere/Commissione, punto 77, e New Holland Ford/Commissione, punto 91).(...)

47. A questo proposito, risulta da una giurisprudenza costante che un accordo tra imprese, per poter pregiudicare il commercio fra Stati membri, deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra

Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati (v. sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, punto 22). Dunque, il pregiudizio per gli scambi intracomunitari deriva in generale dalla combinazione di diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti (v. sentenza 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG, Racc. pag. I-5641, punto 54).

48. Sempre secondo costante giurisprudenza, l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE] non prescrive che venga dimostrato che gli accordi da esso considerati abbiano pregiudicato in misura rilevante gli scambi intracomunitari, ma richiede che si provi che gli accordi sono atti a produrre questo effetto (v. sentenza 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, Ferriere Nord/Commissione, Racc. pag. I-4411, punto 19).

49. Nel caso di specie, in merito agli effetti della disciplina della fideiussione omnibus sugli scambi intracomunitari, si può immaginare che le filiali o succursali di banche di altri Stati membri, che hanno una sede in Italia, si vedano obbligate, per fruire dei vantaggi dell'appartenenza all'ABI, ad applicare le NBU, rinunciando così ad applicare condizioni più favorevoli. Del pari, tenuto conto del fatto che la grande maggioranza delle banche italiane è associata all'ABI, i clienti che desiderino concludere un contratto di apertura di credito in conto corrente potrebbero vedere ridotte le loro possibilità di scelta di una banca, poiché la conclusione di un tale contratto dipende dalla costituzione di una fideiussione secondo le dette NBU, alle quali, per l'essenziale, non può derogarsi ».

5. Norme nazionali e norme comunitarie sulla concorrenza

13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e sei altri c. Bundeskartellamt*, causa 14/68, Racc. 1.

Con ordinanza 18 luglio 1968, il Kammergericht (sezione intese) di Berlino, tribunale competente in materia d'intese per la Repubblica Federale di Germania, deferiva, in forza dell'art. 177 del Trattato CEE (ora art. 267 TFUE), quattro questioni sull'interpretazione degli artt. 3 f), 5, 7 e 85 del Trattato CEE (ora art. 101 TFUE), nonché dell'art. 9 del Regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17.

La Corte ha osservato:

« 3. Il paragrafo 3 dell'articolo 9 del regolamento n. 17 contempla la competenza delle amministrazioni nazionali solo in quanto queste hanno facoltà di applicare direttamente gli articoli 85, n. 1, e 86 del Trattato [ora art. 101 e 102 TFUE], in caso di inerzia della Commissione.

Esso non ha dunque alcuna rilevanza nell'ipotesi in cui le amministrazioni nazionali non applicano detti articoli, ma soltanto il proprio diritto interno.

Il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di intese considerano le intese sotto aspetti diversi.

L'articolo 58 considera infatti le intese sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio fra gli stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno stato, considerano le intese in un ambito più ristretto.

È vero che l'interdipendenza eventuale tra i fenomeni economici e i rapporti giuridici considerati impedisce che la distinzione tra aspetti comunitari e nazionali possa sempre costituire un criterio determinante per la delimitazione delle competenze.

Tuttavia tale interdipendenza implica che un'intesa può, in linea di massima, costituire oggetto di due procedimenti paralleli, l'uno dinanzi alle autorità comunitarie in applicazione dell'articolo 85 del Trattato Cee, e l'altro dinanzi alle autorità nazionali in applicazione del diritto interno.

4. Ciò è del resto confermato dall'articolo 87, n. 2 e), che autorizza il Consiglio a disciplinare i rapporti tra norme interne e norme comunitarie sulla concorrenza, da cui risulta che in principio le autorità nazionali competenti in materia di intese possono instaurare un procedimento anche nei casi

che costituiscono oggetto di una decisione della Commissione.

Tuttavia, onde salvaguardare la finalità generale del Trattato, tale applicazione parallela della disciplina nazionale è ammissibile solo in quanto non pregiudichi l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie sulle intese e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse (...).

6. Il Trattato Cee Stati membri e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare.

Sarebbe contrario alla natura di tale sistema ammettere che gli Stati membri possano adottare o mantenere in vigore misure atte a menomare gravemente l'effetto utile del trattato.

La forza vincolante del Trattato e degli atti adottati per la sua applicazione non potrebbe variare a seconda degli stati per effetto di atti interni, senza compromettere il funzionamento del sistema comunitario e mettere a repentaglio il conseguimento degli scopi del Trattato.

Perciò, in conflitti tra norma comunitaria e norme nazionali in materia d'intese, vanno risolti applicando il principio del primato del diritto comunitario.

7. Da quanto precede si desume che, qualora dei provvedimenti nazionali nei confronti di un'intesa dovessero poi risultare incompatibili con l'atteggiamento assunto dalla Commissione in esito al procedimento da essa instaurato, le autorità nazionali sono tenute ad osservarlo.

8. Si deve ancora osservare che, qualora nel corso di un procedimento interno si profilasse la possibilità che la decisione con cui la Commissione concluderà il procedimento in corso relativo allo stesso accordo possa contrastare con gli effetti del provvedimento delle autorità nazionali, spetterà a queste ultime prendere opportuni provvedimenti.»

14 dicembre 2000, Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd e HB Ice Cream Ltd c. Masterfoods Ltd, operante sotto la denominazione commerciale « Mars Ireland », causa C-344/98, Racc. I-11369.

La società HB Ice Cream Ltd (in proseguio: la «HB»), la più importante società di produzione e di distribuzione di gelati in Irlanda, concludeva accordi di esclusiva con i distributori mettendo a disposizione nei punti vendita al dettaglio dei frigocongelatori purché questi ultimi fossero utilizzati esclusivamente per i suoi prodotti. Nel 1989 la Masterfoods, società filiale della multinazionale americana Mars Inc., entrava nel mercato irlandese dei gelati e, nell'estate di quell'anno, numerosi dettaglianti iniziavano a conservare i gelati Mars nei frigocongelatori messi a disposizione dalla HB che chiedeva di rispettare la clausola di esclusiva. La Masterfood agiva, allora, in giudizio dinanzi alla competente autorità giudiziaria irlandese (High Court) per fare dichiarare che detta clausola di esclusiva era contraria agli artt. 85 e 86 Trattato CEE (ora artt. 101 e 102 TFUE). Il ricorso veniva respinto. La Masterfoods proponeva allora appello (dinanzi alla Supreme Court) e, parallelamente allo svolgimento del procedimento, depositava una denuncia alla Commissione sostenendo che le clausole di esclusiva contenute nell'accordo di fornitura dei frigocongelatori erano contrarie alle regole di concorrenza comunitarie. A seguito di tale denuncia la Commissione adottava una decisione (n. 98/531) con la quale dichiarava che la clausola di esclusiva inclusa negli accordi per la fornitura dei frigocongelatori da parte della HB costituiva un'infrazione all'art. 85, par. 1, Trattato CEE (ora art. 101, par. 1, TFUE). Il 21 aprile 1998, la HB proponeva ricorso diretto all'annullamento della decisione dinanzi al Tribunale di primo grado. Il 16 giugno 1998 la Corte Suprema decideva di sospendere il giudizio nel procedimento pendente dinanzi ad essa e di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo se l'obbligo di leale collaborazione con la Commissione gli imponesse di sospendere il procedimento fino alla pronuncia del Tribunale di primo grado sul ricorso proposto avverso la decisione della Commissione e fino alla pronuncia della Corte di giustizia sull'eventuale ricorso contro la pronuncia del Tribunale di primo grado. In proposito, la Corte ha osservato:

«45. Occorre innanzi tutto ricordare i principi che disciplinano la ripartizione di competenze tra la

Commissione e i giudici nazionali in merito all'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza.

41. La Commissione, investita dall'art. 89, n. 1, del Trattato CE [ora art. 105 TFUE, del compito di vigilare sull'applicazione dei principi fissati dagli artt. 85 e 86 del Trattato [ora art. 101 e 102 TFUE], e' responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza. Ad essa spetta, sotto il controllo del Tribunale e della Corte, adottare decisioni individuali in base ai regolamenti di procedura in vigore, nonche' adottare regolamenti di esenzione. Al fine di svolgere efficacemente il suo compito, la cui esecuzione comporta necessariamente valutazioni complesse in materia economica, essa ha il diritto di attribuire un diverso grado di priorit  alle denunce con cui viene adita (sentenze *Delimitis*, [28 febbraio 1991, causa C-234/89, Racc. pag. I-935], punto 44, e 4 marzo 1999, causa C-119/97 P, *Ufex e a./Commissione*, Racc. pag. I-1341, punto 88).

42. La Commissione dispone di una competenza esclusiva per l'adozione delle decisioni di applicazione dell'art. 85, n. 3 del Trattato [ora art. 101, n. 3 TFUE], in virtu' dell'art. 9, n. 1, del regolamento n. 17 (sentenza *Delimitis*, punto 44). Per contro, essa divide la sua competenza nell'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato CE [ora artt. 101, n.1 e 102 TFUE] con i giudici nazionali (sentenza *Delimitis*, punto 45). Queste ultime disposizioni producono effetti diretti nei rapporti fra i singoli e attribuiscono direttamente agli interessati diritti che i giudici nazionali devono tutelare (sentenza *BRT I*, [30 gennaio 1974, causa 127/73, Racc. pag. 51], punto 16). Detti giudici rimangono quindi competenti ad applicare gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato [ora artt. 101, n.1 e 102 TFUE], anche dopo che la Commissione ha instaurato un procedimento a norma degli artt. 2, 3 o 6 del regolamento n. 17 (sentenza *BRT I*, punti 17-20).

43. Nonostante tale ripartizione di competenze, al fine di svolgere il ruolo assegnatole dal Trattato, la Commissione non puo' essere vincolata da una decisione emessa da un giudice nazionale in forza degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato [ora artt. 101, n. 1 e 102 TFUE]. La Commissione ha dunque il diritto di adottare in qualsiasi momento decisioni individuali per l'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE], anche qualora un accordo o un pratica costituisca gia' l'oggetto di una decisione del giudice nazionale e la prevista decisione della Commissione sia in contrasto con la detta decisione giurisdizionale.

44. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte emerge che l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'art. 5 del Trattato [abrogato, sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario e di astenersi dall'adottare i provvedimenti che possono mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del Trattato vale per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali (v., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1998, causa C-2/97, *IP*, Racc. pag. I-8597, punto 26).

45. Ora, una decisione adottata dalla Commissione in applicazione degli artt. 85, n. 1, 85, n. 3, o 86 del Trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE] e' , ai sensi dell'art. 189, quarto comma, del Trattato [ora art. 288 TFUE], vincolante in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati.

46. Nel punto 47 della citata sentenza *Delimitis* la Corte ha dichiarato che, affinche' non venga violato il principio generale della certezza del diritto, i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che possono costituire ancora oggetto di decisione da parte della Commissione, devono evitare di adottare decisioni incompatibili con una decisione che la Commissione intende adottare per l'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86 [ora artt. 101, n. 1 e 102 TFUE] nonche' dell'art. 85, n. 3 [ora art. 101, n. 3 TFUE].

47. A fortiori, i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono gia' oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima e' in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado.

48. Al riguardo, e' privo di pertinenza il fatto che il presidente del Tribunale abbia sospeso

l'esecuzione della decisione 98/531 fino alla pronuncia della sentenza definitiva del Tribunale nella causa dinanzi ad esso pendente. Infatti, gli atti delle istituzioni comunitarie godono, in linea di principio, di una presunzione di legittimità, fintantoche' non saranno annullati o revocati (sentenza 15 giugno 1994, causa C-137/92 P, Commissione/BASF e a., Racc. pag. I-2555, punto 48). La decisione del giudice del procedimento sommario di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato ai sensi dell'art. 185 del Trattato [ora art. 278 TFUE] ha soltanto efficacia provvisoria. Essa non pregiudica i punti di diritto o di fatto controversi, ne' anticipa le conseguenze della decisione che verrebbe pronunciata più avanti nella causa principale [ordinanza 19 luglio 1995, causa C-149/95 P(R), Commissione/Atlantic Container Line e a., Racc. pag. I-2165, punto 22].

49. Peraltro, un giudice nazionale, quando nutre dubbi in merito alla validità o all'interpretazione di un atto di un'istituzione comunitaria, può o deve, conformemente all'art. 177, secondo e terzo comma, del Trattato [ora art. 267 TFUE], deferire una questione pregiudiziale alla Corte.

50. Se, come nelle cause principali, il destinatario della decisione della Commissione ha presentato, entro il termine di cui all'art. 173, quinto comma, del Trattato [ora art. 263, quinto comma, TFUE], un ricorso di annullamento contro la medesima ai sensi del detto articolo, è compito del giudice nazionale valutare se si debba sospendere il procedimento fino alla pronuncia di una sentenza definitiva sul detto ricorso di annullamento ovvero al fine di deferire alla Corte una questione pregiudiziale.

51. A tale proposito, va ricordato che l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza si fonda su un obbligo di leale cooperazione tra, da un lato, i giudici nazionali, e, dall'altro, rispettivamente, la Commissione e i giudici comunitari, obbligo nell'ambito del quale ciascuno agisce in funzione del ruolo assegnatogli dal Trattato.

52. Quando la soluzione della controversia pendente dinanzi al giudice nazionale dipende dalla validità della decisione della Commissione, dall'obbligo di leale cooperazione deriva che il giudice nazionale, al fine di evitare di emettere una decisione incompatibile con quella della Commissione, dovrebbe sospendere il procedimento fino alla pronuncia della sentenza definitiva sul ricorso di annullamento da parte dei giudici comunitari, a meno che esso non ritenga che, nelle circostanze del caso di specie, sia giustificato deferire alla Corte una questione pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione.

53. Occorre sottolineare al riguardo che il giudice nazionale, quando sospende il procedimento, è tenuto a valutare la necessità di disporre misure provvisorie, per la salvaguardia degli interessi delle parti in attesa della sua pronuncia definitiva.

54. Nella fattispecie, dall'ordinanza di rinvio emerge come il mantenimento dell'ingiunzione permanente emessa dalla High Court, che vieta alla Masterfoods di indurre i dettaglianti a conservare i suoi prodotti in frigo-congelatori di proprietà della HB, dipenda dalla validità della decisione 98/531. Pertanto, dall'obbligo di leale cooperazione deriva che il giudice di rinvio dovrebbe sospendere il procedimento fino alla pronuncia della sentenza definitiva sul ricorso di annullamento da parte dei giudici comunitari, a meno che esso non ritenga che, nelle circostanze del caso di specie, sia giustificato deferire alla Corte una questione pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione.

55. La [...] questione pregiudiziale va quindi risolta nel senso che un giudice nazionale, quando si pronuncia su un accordo o su una pratica la cui compatibilità con gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato [ora artt. 101, n.1 e 102 TFUE] costituisce già oggetto di decisione da parte della Commissione, non può adottare una decisione contrastante con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado. Qualora il destinatario della decisione della Commissione abbia presentato, entro il termine di cui all'art. 173, quinto comma, [ora art. 263, quinto comma, TFUE] del Trattato, un ricorso di annullamento contro la medesima, è compito del giudice nazionale valutare se si debba sospendere il procedimento fino alla pronuncia di una sentenza definitiva sul detto ricorso di annullamento,

ovvero al fine di sottoporre alla Corte una domanda pregiudiziale».

20 settembre 2001, Courage c. Crehan, causa C-453/99, Racc. I-6297.

La Courage, fabbrica di birra che nel Regno Unito deteneva quote pari al 19% del mercato della vendita di birra, e la Grand Metropolitan (in prosieguo: la «Grand Met»), società che aveva diversi interessi nel settore alberghiero e della ristorazione, si accordavano sulla fusione dei bar di loro appartenenza, trasferendoli alla Inntrepreneur Estates Ltd (in prosieguo: la «IEL»), da essi posseduta in parti uguali. Quest'ultima e la Courage stipulavano quindi un contratto in virtù del quale tutti i locatari della prima dovevano acquistare la loro birra esclusivamente dalla Courage, che era tenuta a fornire i quantitativi di birra ordinati al prezzo specificato nel listino prezzi applicabile ai pub locati dalla IEL. Nel 1991 il signor Crehan stipulava con la IEL due contratti di locazione ventennali accompagnati da un obbligo di acquisto a favore della Courage che, nel 1993, intentava contro di questi un'azione giudiziaria, reclamando il pagamento delle forniture di birra rimaste insolte. Il signor Crehan contestava la fondatezza di detta azione sostenendo che l'obbligo di acquisto era in contrasto con l'art. 85 Trattato CEE (ora art. 101 TFUE), in considerazione del fatto che la Courage vendeva la sua birra ai gestori di pub indipendenti a prezzi sostanzialmente più bassi rispetto a quelli riportati nel listino dei prezzi applicati agli esercenti locatari della IEL vincolati alla stessa da una clausola di esclusiva e che tale differenza di prezzo aveva la conseguenza di ridurre la redditività dell'attività degli esercenti soggetti ad una siffatta clausola e di costringerli a porre fine alla loro attività. Il giudice adito (Court of Appeal - England & Wales - Civil Division), ritenendo necessario un intervento interpretativo della Corte di giustizia, le sottoponeva diverse questioni pregiudiziali, chiedendole, tra l'altro e in sostanza, se una parte contraente di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi del citato art. 85 (ora art. 101 TFUE) possa dedurre la violazione di tale disposizione dinanzi ad un giudice nazionale al fine di ottenere, nei confronti della controparte, una tutela giurisdizionale («relief»), ed in particolare il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte stessa ad una clausola contrattuale in contrasto con il detto art. 85 (ora art. 101 TFUE) e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni. La Corte, in particolare, ha osservato:

«18. Nel caso in cui il diritto comunitario osti ad una norma nazionale di tale natura, il giudice nazionale intende sapere [...] quali circostanze debbano essere prese in considerazione per valutare la fondatezza di una siffatta domanda di risarcimento danni.

38 Va innanzi tutto ricordato che il Trattato ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il medesimo impone in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie (v. sentenze 5 febbraio 1963, causa 26/62, Van Gend & Loos, Racc. pag. 1, in particolare pag. 23; 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa, [Racc.] pag. 1127, in particolare pagg. 1144-1145, e 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90, Francovich e a., Racc. pag. I-5357, punto 31).

39 In secondo luogo, l'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [abrogato, sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b), TFUE], una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno (v. sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punto 36).

40 Del resto, l'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente, all'art. 85, n. 2, [ora art. 101, n. 2 TFUE] che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto (v. sentenza *Eco Swiss*, citata, punto 36).

41 Tale nullità, che può essere fatta valere da chiunque, s'impone al giudice quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101, n. 1 TFUE], e l'accordo di cui trattasi non può giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato (su quest'ultimo punto, v. in particolare sentenza 9 luglio 1969, causa 10/69, *Portelange*, Racc. pag. 309, punto 10). Posto che la nullità di cui all'art. 85, n. 2 [ora art. 101, n. 2 TFUE], è assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto ai terzi (v. sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, *Beguelin*, Racc. pag. 949, punto 29). Inoltre, questa nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (v. sentenza 6 febbraio 1973, causa 48/72, *Brasserie de Haecht*, Racc. pag. 77, punto 26).

42 In terzo luogo, va ricordato che la Corte ha già dichiarato che gli artt. 85, n. 1, del Trattato e 86 del Trattato CE [ora artt. 101, n.1 e 102 TFUE] producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare (v. sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT e SABAM*, detta «*BRT I*», Racc. pag. 51, punto 16, e 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, *Gue' rin automobiles/Commissione*, Racc. pag. I-1503, punto 39).

43 Dalle considerazioni che precedono risulta che qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101, n.1 TFUE], anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione.

44 Per quanto riguarda la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza, va innanzi tutto ricordato che, come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc. pag. 629, punto 16, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, Racc. pag. I-2433, punto 19).

45 La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza.

46 Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità.

47 Di conseguenza, non si può escludere a priori che un'azione del genere venga intentata da una parte di un contratto che sia giudicato contrario alle regole di concorrenza.

48 Tuttavia, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. pag. I-4025, punto 27). [...]

22. Analogamente, il diritto comunitario non osta, a condizione che vengano rispettati i

principi di equivalenza e di effettività (v. sentenza Palmisani, citata, punto 27), a che il diritto nazionale neghi ad una parte, della quale sia stata accertata una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza, il diritto di ottenere un risarcimento danni dalla controparte. Infatti, conformemente ad un principio riconosciuto nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri e già applicato dalla Corte (v. sentenza 7 febbraio 1973, causa 39/72, Commissione/Italia, Racc. pag. 101, punto 10), un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito, qualora quest'ultimo sia accertato.

23. Al riguardo, tra gli elementi di valutazione che possono essere presi in considerazione dal giudice nazionale competente, è necessario menzionare il contesto economico e giuridico nel quale le parti si trovano nonché [...] il potere di negoziazione e il rispettivo comportamento delle due parti contrattuali.

24. In particolare, è compito di detto giudice verificare se la parte che sostiene di avere subito un danno in seguito alla conclusione di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza si trovasse in una posizione d'inferiorità grave, nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità, in particolare sperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione.

25. Facendo riferimento alle sentenze della Corte 12 dicembre 1967, causa 23/67, (Brasserie de Haecht, Racc. pag. 479, in particolare pag. 489) e 28 febbraio 1991, causa C-234/89 (Delimitis, Racc. pag. I-935, punti 14-26), la Commissione e il governo del Regno Unito hanno altresì giustamente menzionato l'ipotesi di un contratto che risulti in contrasto con l'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101, n. 1 TFUE] per il solo motivo di far parte di una rete di contratti analoghi che producono un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza. In una simile ipotesi, la controparte del titolare della rete può non avere una responsabilità significativa nella violazione dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE], in particolare qualora i termini del contratto gli siano stati imposti, di fatto, dal titolare della rete.

26. Contrariamente a quanto sostiene la Courage, una valutazione differenziata della portata delle responsabilità non è in contrasto con la giurisprudenza della Corte secondo cui poco importa, ai fini dell'applicazione dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE], che le parti di un accordo si trovino o meno su un piano di parità per quanto riguarda la loro posizione e la loro funzione economica (v. in particolare, sentenza della Corte 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 457, in particolare pag. 517). Infatti, tale giurisprudenza riguarda i presupposti per l'applicazione dell'art. 85 del Trattato, mentre le questioni deferite alla Corte nella causa in esame vertono su talune conseguenze civilistiche di una violazione di tale norma.

27. Alla luce del complesso delle considerazioni che precedono, le questioni proposte vanno così risolte:

—una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] può far valere la violazione di tale norma al fine di ottenere una tutela giurisdizionale («relief») nei confronti della controparte;

—l'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] osta ad una norma di diritto nazionale che vieti a chi è parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi di tale articolo, di chiedere il risarcimento di un danno causato dall'esecuzione del detto contratto per il solo motivo che il richiedente è parte di quest'ultimo;

—il diritto comunitario non osta ad una norma di diritto nazionale che neghi a chi è parte di un contratto idoneo restringere o falsare il gioco della concorrenza il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni, qualora sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza».

9 settembre 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, causa C-198/01, Racc. I-8055.

Nel dicembre 1997, una societa' tedesca produttrice di fiammiferi segnalava all'Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato italiana le difficolta' incontrate per entrare nel mercato italiano della distribuzione dei fiammiferi, riconducibili essenzialmente alla presenza, in tale mercato, del Consorzio Industrie Fiammiferi (« CIF »), che raggruppava tutte le imprese italiane produttrici di fiammiferi, e ai rapporti tra il CIF e il Consorzio Nazionale Attivita' Economico - Distributiva Integrata (« CONAEDI »), costituito dalla quasi totalita' dei gestori di Magazzini di Generi di Monopolio. Nel novembre 1998, l'Autorita' avviava un'istruttoria ai sensi degli artt. 85 e 86 (ora art. 101 e 102 TFUE) Trattato CE che consentiva di ricostruire il seguente quadro normativo. Il Consorzio CIF era stato istituito dal regio decreto 11 marzo 1923, n. 560 e la relativa attivita' era disciplinata da una convenzione, parte integrante dello stesso decreto, sottoscritta con lo Stato. Il compito principale del CIF consisteva nella fabbricazione e vendita in via esclusiva, tramite le consorziate, dei fiammiferi necessari a soddisfare la domanda del mercato nazionale, nonche' nel garantire il gettito dell'imposta di fabbricazione sui fiammiferi. Inoltre, l'art. 6 del citato decreto disponeva che i prezzi massimi di vendita al pubblico dei fiammiferi fossero fissati con decreto del ministro delle finanze. Con sentenza n. 78/1970, la Corte Costituzionale italiana aveva ritenuto illegittime, per contrasto con il principio di liberta' economica di cui all'art. 41, comma 2, Cost., le modalita' di organizzazione del Consorzio, nella misura in cui precludevano l'accesso di nuove imprese al mercato dei fiammiferi. A seguito di tale intervento, il Consorzio, da «chiuso» diventava aperto all'adesione di nuove imprese, ferma restando la necessita' di aderirvi in virtu' dell'esclusiva per la produzione e vendita dei fiammiferi per il territorio italiano. Successivamente, il decreto legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito in legge 29 ottobre 1993, n. 427, eliminava il monopolio fiscale a favore del CIF, individuando direttamente nel fabbricante o nell'importatore il soggetto obbligato al pagamento dell'imposta. Al termine dell'istruttoria, l'Autorita' Garante, con decisione 13 luglio 2000, dichiarava in contrasto con gli artt. 10 (abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE) e 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) le summenzionate norme italiane e affermava che il CIF e le imprese ad esso consorziate avevano violato l'art. 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) per aver ripartito le quote di produzione, ingiungendo ad essi di porre fine alle violazioni contestate. Avverso la deliberazione dell'Autorita' il CIF ricorreva al giudice competente (Tribunale amministrativo regionale per il Lazio), che con rinvio pregiudiziale chiedeva, tra l'altro, alla Corte di giustizia se, in presenza di circostanze per cui un'intesa tra imprese provoca effetti pregiudizievoli al commercio comunitario, e qualora l'intesa stessa sia imposta o favorita da un provvedimento legislativo nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, l'art. 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) impone o consente all'Autorita' nazionale preposta alla tutela della concorrenza di disapplicare comunque tale disciplina e di provvedere a sanzionare o almeno a vietare per il futuro il comportamento anticoncorrenziale delle imprese, e con quali conseguenze giuridiche. In proposito, la Corte ha osservato:

« 45. [...] si deve ricordare, in primo luogo, che, sebbene di per se' gli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, cio' non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (v. sentenze 16 novembre 1977, causa 13/77, INNO/ATAB, Racc. pag. 2115, punto 31; 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. pag. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. I-5801, punto 14; 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 14; 5

ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Racc. pag. I-2883, punto 20, e 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Arduino, Racc. pag. I-1529, punto 34).

12. La Corte ha in particolare dichiarato che si è in presenza di una violazione degli artt. 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE] e 81 CE [ora art. 101 TFUE] quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. precitate sentenze Van Eycke, punto 16, Reiff, punto 14, Delta Schifffahrts-und Speditionsgesellschaft, punto 14, Centro Servizi Spediporto, punto 21, e Arduino, punto 35).

13. Del resto, dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il Trattato CE prevede espressamente che l'azione degli Stati membri, nell'ambito della loro politica economica, debba rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza [v. artt. 3 A, n. 1, e 102 A del Trattato CE [ora artt. 119 e 120 TFUE]

14. Si deve ricordare, in secondo luogo, che, secondo una giurisprudenza costante, il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima.

15. Tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (v., in questo senso, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. pag. 1839, punto 31), il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (v. sentenza 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia, Racc. pag. 529, punto 7).

16. Dal momento che un'autorità nazionale garante della concorrenza, quale l'Autorità, è investita della missione di vigilare, in particolare, sul rispetto dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] e che tale norma, in combinato disposto con l'art. 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], impone un obbligo di astensione a carico degli Stati membri, l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito se, nell'ambito di un'inchiesta sul comportamento di imprese ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], quell'autorità non potesse accertare se una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE] e 81 CE [ora art. 101 TFUE] e se, conseguentemente, non la disapplicasse.

17. A questo proposito, poco importa che, nell'ipotesi che la normativa nazionale imponga a delle imprese l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, non possa essere addebitata a queste anche una violazione degli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] (v., in questo senso, sentenza Commissione e Francia/Ladbroke Racing, [11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, Racc. pag. I-6265], punto 33). Infatti, gli obblighi incombenti agli Stati membri ai sensi degli artt. 3, n. 1, lett. g) [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, n.1, lett. b, TFUE], 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], che sono distinti da quelli che scaturiscono a carico delle imprese dagli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], continuano ad esistere, cosicché l'autorità nazionale garante della concorrenza mantiene l'obbligo di disapplicare la misura nazionale di cui si tratta.

18. In relazione, invece, alle sanzioni che possono essere inflitte alle imprese interessate, si deve operare una doppia distinzione a seconda che la normativa nazionale escluda o meno la possibilità di una concorrenza che potrebbe ancora essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese e, nel primo caso, a seconda che i fatti in causa siano precedenti o successivi alla dichiarazione dell'autorità nazionale garante della concorrenza sulla disapplicazione della normativa nazionale.

19. In primo luogo, se una legge nazionale esclude la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese, si deve constatare che,

a meno che non si intenda violare il principio generale di diritto comunitario della certezza del diritto, l'obbligo delle autorità nazionali garanti della concorrenza di disapplicare tale legge anticoncorrenziale non può esporre le imprese interessate a sanzioni, di natura penale o amministrativa, per un comportamento pregresso, giacché tale comportamento era imposto da quella legge.

20. La decisione di disapplicare la legge di cui si tratta, infatti, non toglie che nel passato essa abbia condizionato il comportamento delle imprese. Tale legge continua quindi a costituire, per il periodo precedente la decisione di disapplicazione della legge, una causa giustificatrice che sottrae le imprese interessate a qualsiasi conseguenza della violazione degli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], sia nei confronti delle pubbliche autorità sia degli altri operatori economici.

21. Quanto al sanzionamento di comportamenti futuri di imprese fino a quel momento costrette da una legge nazionale ad adottare comportamenti anticoncorrenziali, occorre rilevare che, dal momento in cui la decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza che constata la violazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] e disapplica tale legge anticoncorrenziale diventa definitiva nei loro confronti, tale decisione s'impone alle imprese interessate. A partire da quel momento, le imprese non possono più asserire di essere costrette da detta legge a violare le regole comunitarie sulla concorrenza. Il loro comportamento futuro è quindi passibile di sanzioni.

22. In secondo luogo, se una legge nazionale si limita a sollecitare o a facilitare l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese, queste rimangono soggette agli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] e possono incorrere in sanzioni, anche per comportamenti anteriori alla decisione di disapplicare detta legge.

23. Occorre sottolineare, cionondimeno, che una situazione del genere, benché non possa servire a giustificare pratiche atte ad aggravare ulteriormente le violazioni della concorrenza, ha comunque come conseguenza il fatto che, nel momento della determinazione del livello della sanzione, il comportamento delle imprese interessate può essere valutato alla luce della circostanza attenuante costituita dal contesto giuridico interno (v., in questo senso, sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, Racc. pag. 1663, punto 620).

24. Date le considerazioni che precedono, si deve risolvere la [...] questione pregiudiziale dichiarando che, in presenza di comportamenti d'impresa in contrasto con l'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101, n.1, TFUE], che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE]:

—ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale;

— non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale;

—può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti;

—può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito».

13 luglio 2006, Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA, Nicolo` Tricarico c. Assitalia SpA, Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Racc I-6619.

Alcuni assicurati, che avevano versato alle proprie compagnie assicurative, a seguito degli aumenti

da esse applicati in forza di un'intesa tra le stesse, maggiorazioni dei premi dell'assicurazione obbligatoria della responsabilit  civile relativa ai sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori (in prosieguo: l'« assicurazione RC auto ») intentavano un giudizio contro tali compagnie per ottenere la restituzione delle maggiorazioni versate, essendo stata dichiarata illecita, dall'Autorita` Garante della Concorrenza e del Mercato (« AGCM »), l'intesa suddetta. Nell'ambito di tali azioni di risarcimento danni, il giudice adito (Giudice di pace di Bitonto), ritenendo necessario l'intervento interpretativo della Corte di giustizia, decideva di sottoporle alcune questioni pregiudiziali. Quanto innanzitutto al fatto che un'intesa o una pratica concordata tra compagnie di assicurazioni, come quella rilevante nei casi di specie, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi delle polizze di assicurazione RC auto non giustificato dalle condizioni di mercato, che costituisce una violazione delle norme interne sulla tutela della concorrenza, possa anche costituire una violazione dell'art. 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE), alla luce della partecipazione all'intesa o alla pratica concordata di imprese appartenenti a diversi Stati membri, la Corte ha osservato:

« 38. [...] occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente, dato che essi considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi. Mentre gli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] le contemplan sotto il profilo degli ostacoli che ne possono risultare per il commercio tra gli Stati membri, le leggi nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie di ciascuno Stato, considerano le pratiche restrittive in questo solo ambito (v., in particolare, sentenze 13 febbraio 1969, causa 14/68, Wilhelm e a., Racc. pag. 1, punto 3; 10 luglio 1980, cause riunite 253/78, 1/79-3/79, Giry e Guerlain e a., Racc. pag. 2327, punto 15, e 9 settembre 2003, causa C-137/00, Milk Marque e National Farmers' Union, Racc. pag. I-7975, punto 61).

18 Occorre anche ricordare che gli artt. 81, n. 1, CE e 82 CE [ora artt. 101, n.1 e 102 TFUE] producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (v. sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT e SABAM, detta « BRT/I », Racc. pag. 51, punto 16; 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, Gue' rin automobiles/Commissione, Racc. pag. I-1503, punto 39, e 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage et Crehan, Racc. pag. I-6297, punto 23), e che il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima (v., in particolare, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, CIF, Racc. pag. I-8055, punto 48).

19 Tuttavia, come risulta gia` dalla formulazione degli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], perche' le norme comunitarie in materia di concorrenza si applichino ad un'intesa o ad una pratica abusiva occorre che quest'ultima possa pregiudicare il commercio tra Stati membri.

20 L'interpretazione e l'applicazione di tale condizione relativa agli effetti sul commercio fra Stati membri devono assumere come punto di partenza il fatto che lo scopo di tale condizione e` quello di delimitare, in materia di disciplina della concorrenza, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello degli Stati membri. Rientrano percio` nell'ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sulla liberta` del commercio fra Stati membri in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune (v., in tal senso, sentenze 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione, Racc. pag. 1869, punto 17, e 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glo" ckner, Racc. pag. I-8089, punto 47).

21 Perche' una decisione, un accordo o una pratica possa pregiudicare il commercio fra Stati membri e` necessario che, in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto, appaia sufficientemente probabile che essi siano atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta,

attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri (v. sentenze 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, punto 22, e *Ambulanz Gloˆ ckner*, cit., punto 48). Tale influenza non deve, inoltre, essere insignificante (sentenza 28 aprile 1998, causa C-306/96, *Javico*, Racc. pag. I-1983, punto 16).

22 Cosı̀, il pregiudizio agli scambi intracomunitari risulta, in generale, dalla combinazione di piu` fattori che di per se` non sarebbero necessariamente determinanti (v. sentenze *Bagnasco e a.*, [21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/98, Racc. pag. I-135], punto 47, e 29 aprile 2004, causa C-359/01 P, *British Sugar/Commissione*, Racc. pag. I-4933, punto 27).

23 A tale riguardo occorre, da un lato, constatare [...] che il semplice fatto che tra i partecipanti ad un'intesa nazionale figurino anche operatori provenienti da altri Stati membri e` un elemento di valutazione importante, ma di per se` non e` determinante per poter concludere che risulta soddisfatto il criterio dell'incidenza sul commercio tra Stati membri.

24 Dall'altro lato, la circostanza che un accordo abbia per oggetto soltanto la distribuzione dei prodotti in un unico Stato membro non e` sufficiente ad escludere che gli scambi tra Stati membri possano essere pregiudicati (v. sentenza 11 luglio 1989, causa 246/86, *Belasco e a./Commissione*, Racc. pag. I-2117, punto 33). Infatti, un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando cosı̀ l'integrazione economica voluta dal Trattato (sentenze 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren/Commissione*, Racc. pag. 977, punto 29; *Remia e a./Commissione*, cit., punto 22, e 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia*, Racc. pag. I-3851, punto 48).

25 Inoltre, in materia di servizi, la Corte ha gia` rilevato che l'influenza sui flussi di scambi tra gli Stati membri puo` consistere, in particolare, nell'organizzare le attivita` di cui trattasi in modo tale che abbiano l'effetto di suddividere il mercato comune ed ostacolare quindi la libera prestazione di servizi, che e` uno degli scopi del Trattato (v. sentenze 4 maggio 1988, causa 30/87, *Bodson*, Racc. pag. 2479, punto 24, e *Ambulanz Gloˆ ckner*, cit., punto 49).

26 E` compito del giudice nazionale verificare se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata di cui alle cause principali possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze d'assicurazione RC auto nello Stato membro interessato da parte di operatori di altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

27 Tuttavia, la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, puo`, ove necessario, fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione (v., in particolare, sentenza 17 ottobre 2002, causa C-79/01, *Payroll e a.*, Racc. pag. I-8923, punto 29).

28 A tale proposito occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, qualora si tratti di un mercato permeabile alle prestazioni di servizi da parte degli operatori di altri Stati membri, le imprese aderenti ad un accordo nazionale in materia di prezzi possono conservare la loro quota di mercato soltanto se si tutelano contro la concorrenza straniera (v., per quanto riguarda le importazioni, le citate sentenze *Belasco e a./Commissione*, punto 34, e *British Sugar/Commissione*, punto 28).

29 Orbene, la decisione di rinvio precisa che l'AGCM ha rilevato che il mercato delle polizze d'assicurazione RC auto presenta notevoli barriere all'entrata, soprattutto erette dalla necessita` di approntare un'efficace rete di distribuzione e una rete di centri per la liquidazione dei danni per i sinistri in tutta l'Italia. Tuttavia, il giudice del rinvio rileva altresı̀ che talune compagnie di assicurazione di altri Stati membri ed esercitanti la loro attivita` anche in Italia hanno partecipato all'accordo sanzionato dall'AGCM. Risulta quindi che si tratta di un mercato permeabile alle prestazioni di servizi da parte delle compagnie di assicurazioni di altri Stati membri, anche se dette barriere rendono piu` difficile la prestazione dei detti servizi.

30 Pertanto, e' compito, in particolare, del giudice del rinvio esaminare se l'esistenza stessa dell'intesa o della pratica concordata potesse avere un effetto dissuasivo sulle compagnie di assicurazioni di altri Stati membri non esercenti attivita' in Italia, segnatamente permettendo il coordinamento e la fissazione dei premi dell'assicurazione RC auto ad un livello al quale la vendita di tale assicurazione da parte delle summenzionate compagnie non sarebbe redditizia (v., in tal senso, sentenza *British Sugar*, cit., punti 29 e 30).

31 Pertanto, occorre risolvere la [...] questione [...] nel senso che un'intesa o una pratica concordata come quelle di cui alle cause principali, tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi delle polizze di assicurazione RC auto, non giustificato dalle condizioni di mercato, che costituisce una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza, puo' altresì costituire una violazione dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze di detta assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante ».

Quanto poi alla questione relativa, in sostanza, al fatto che l'art. 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) debba essere interpretato nel senso che esso legittimi chiunque a far valere la nullita' di un'intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista un nesso di causalita' tra l'intesa o la pratica ed il danno, la Corte ha osservato:

«56. Anzitutto occorre ricordare che l'art. 81, n. 2, CE [ora art. 101, n. 2 TFUE] prevede la nullita' di qualsiasi accordo e decisione vietati ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE].

22. Risulta da una giurisprudenza costante che tale nullita', che puo' essere invocata da chiunque, s'impone al giudice quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101, n. 1 TFUE] e quando l'accordo di cui trattasi non puo' giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE [ora art. 101, n. 3 TFUE] (v., su quest'ultimo punto, in particolare, sentenza 9 luglio 1969, causa 10/69, *Portelange*, Racc. pag. 309, punto 10). Posto che la nullita' di cui all'art. 81, n. 2, CE [ora art. 101, n. 2 TFUE] e' assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione e' privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non puo' essere opposto a terzi (v. sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, *Be' guelin*, Racc. pag. 949, punto 29). Inoltre, essa riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (v. sentenze 6 febbraio 1973, causa 48/72, *Brasserie de Haecht*, Racc. pag. 77, punto 26, e *Courage e Crehan*, cit., punto 22).

23. Inoltre, come e' stato ricordato al punto 39 della presente sentenza, l'art. 81, n. 1 CE [ora art. 101, n. 1 TFUE], produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuisce direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare

24. Ne consegue che qualsiasi singolo e' legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 81, n. 1, CE [ora art. 101, n. 1 TFUE] (v. sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto

24) e, di conseguenza, a invocare la nullita' di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo.

25. Per quanto poi riguarda la possibilita' di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, occorre ricordare che la piena efficacia dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza (v. sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto 26).

26. Ne consegue che chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalita' tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 CE [ora

art. 101 TFUE].

27. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalita' procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalita' non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettivita') (v. sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 27, e Courage e Crehan, cit., punto 29).

28. Pertanto occorre risolvere la [...] questione [...] nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullita' di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalita' tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno.

29. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalita' di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalita'», purché i principi di equivalenza e di effettivita' siano rispettati ».

Quanto, poi, al se, in sostanza, l'art. 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) debba essere interpretato nel senso che osta ad una norma nazionale quale l'art. 33, n. 2, della legge n. 10 ottobre 1990, n. 287, secondo cui i terzi devono proporre i loro ricorsi per risarcimento del danno derivante dalla violazione delle regole di concorrenza comunitarie e nazionali dinanzi ad un giudice diverso da quello ordinariamente competente per domande di pari valore, comportando così un notevole aumento dei costi e dei tempi di giudizio, la Corte ha osservato:

«70. Anzitutto, per quanto riguarda la questione se l'art. 33, n. 2, della legge n. 287/90 si applichi alle sole azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza o anche alle azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione degli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], la Corte non è competente ad interpretare il diritto interno né ad esaminare la sua applicazione al caso di specie (v., in particolare, sentenze 24 ottobre 1996, causa C-435/93, Dietz, Racc. pag. I-5223, punto 39, e 19 gennaio 2006, causa C-265/04, Bouanich, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51).

71. Inoltre, come risulta dal punto 62 della presente sentenza, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalita' procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalita' non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettivita').

43. Pertanto, occorre risolvere la [...] questione [...] nel senso che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalita' procedurali di tali ricorsi, purché le disposizioni di cui trattasi non siano meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e le dette disposizioni nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] ».

Infine, quanto al se, in sostanza, l'art. 81 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) debba essere interpretato nel senso che impone ai giudici nazionali l'obbligo di liquidare il danno punitivo, in modo che

l'indennizzo sia superiore al vantaggio ricavato dall'operatore economico che ha violato tale disposizione e scoraggi così la realizzazione di intese o pratiche da essa vietate, la Corte ha osservato:

«89. Come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 16; 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame, Racc. pag. I-2433, punto 19, e Courage e Crehan, cit., punto 25).

55. Come è stato ricordato al punto 60 della presente sentenza, la piena efficacia dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza.

56. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o a falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità (sentenza Courage e Crehan, cit., punto 27).

57. Per quanto riguarda la concessione di un risarcimento danni e un'eventuale possibilità di liquidare danni punitivi, in mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati.

58. A tale riguardo, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno (v., in tal senso, sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, [5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Racc. pag. I-1029], punto 90).

59. Tuttavia, risulta da una giurisprudenza costante che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto (v., in particolare, sentenze 4 ottobre 1979, causa 238/78, Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, Michailidis, Racc. pag. I-7145, punto 31, e Courage e Crehan, cit., punto 30).

60. D'altra parte, dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi.

61. Infatti l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario poiché, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno (v. sentenze Brasserie du pêcheur et Factortame, cit., punto 87, e 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, Metallgesellschaft e a., Racc. pag. I-1727, punto 91).

62. Per quanto riguarda il pagamento di interessi, la Corte ha ricordato al punto 31 della sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91, Marshall (Racc. pag. I-4367), che la loro corresponsione, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, costituisce una componente essenziale di un indennizzo.

63. Ne consegue che occorre risolvere la [...] questione [...] nel senso che, in mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

64. Pertanto, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto.

65. D'altro lato, dal principio di effettività e dal diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi».

11 giugno 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV*, causa C-429/07, in Racc. I-4833.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 15, par. 3 (Cooperazione con le giurisdizioni nazionali), del regolamento, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (oggi artt. 101 e 102 TFUE). Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra l'Inspecteur van de Belastingdienst (ispettore delle imposte; in prosieguo: l'«ispettore») e la X BV, società di diritto olandese, relativamente alla deducibilità fiscale di ammende inflitte dalla Commissione per violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza. Nel procedimento nazionale dinanzi al Gerechtshof te Amsterdam (Corte d'appello di Amsterdam) la Commissione, avvertita tramite la stampa e tramite le autorità nazionali garanti della concorrenza, comunicava, con lettera del 15 marzo 2007, la sua intenzione d'intervenire in qualità di amicus curiae, ai sensi dell'art. 15, par. 3, del regolamento n. 1/2003 e conformemente all'art. 89h della legge nazionale sulla concorrenza. Inoltre, la Commissione richiedeva la fissazione di un termine a tal fine e la trasmissione dei documenti necessari alla comprensione della controversia. Nel corso dell'udienza del 22 agosto 2007, l'Inspecteur van de Belastingdienst e la X BV, nonché la Commissione, venivano invitate ad esprimersi in merito alla questione se l'art. 15, par. 3, del regolamento n. 1/2003 autorizzi la Commissione, agendo d'ufficio, a presentare osservazioni scritte. In tale contesto il Gerechtshof te Amsterdam decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale vertente sulla possibilità per la Commissione, in forza dell'art. 15, par. 3, del regolamento n. 1/2003, di presentare di propria iniziativa osservazioni scritte in un procedimento nazionale. In proposito, la Corte ha osservato:

« 19. Con la sua questione il giudice nazionale chiede in sostanza se l'art. 15, n. 3, del regolamento n. 1/2003 autorizzi la Commissione a presentare d'ufficio osservazioni scritte ad un giudice nazionale nell'ambito di una controversia relativa alla possibilità di dedurre dagli utili imponibili l'importo di un'ammenda, o parte di essa, inflitta dalla Commissione per violazione degli artt. 81 CE o 82 CE.

20. Al fine di garantire un'applicazione uniforme delle regole di concorrenza negli Stati membri è stato previsto un meccanismo di cooperazione fra la Commissione, le autorità nazionali garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri al capitolo IV del regolamento n. 1/2003.

21. Detta cooperazione si inserisce nell'ambito del principio generale di leale cooperazione, sancito dall'art. 10 CE [ora art. 4, par. 3, TUE], che disciplina i rapporti fra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie. Come constatato dalla Corte, l'obbligo di leale cooperazione, che si impone alle istituzioni comunitarie, assume una particolare importanza ove tale collaborazione riguardi le

autorità giudiziarie degli Stati membri incaricate di vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale (v. ordinanza 13 luglio 1990, causa C-2/88 IMM, Zwartveld e a., Racc. pag. I-3365, punto 18).

22. In tale contesto, i giudici nazionali, da un lato, e la Commissione e i giudici comunitari dall'altro, agiscono ciascuno in base alla funzione attribuita loro dal Trattato (v., in tal senso, sentenza 14 dicembre 2000, causa C-344/98, Masterfoods e HB, Racc. pag. I-11369, punto 56).

23. Gli artt. 11-14 del regolamento n. 1/2003 prevedono forme diverse di cooperazione fra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza.

24. L'art. 15 del citato regolamento, intitolato «Cooperazione con le giurisdizioni nazionali», istituisce una procedura di scambio d'informazioni reciproco fra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri e prevede, in circostanze determinate, la possibilità d'intervento della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nei procedimenti dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

25. Come menzionato dal ventunesimo 'considerando' del regolamento n. 1/2003, la procedura di cooperazione fra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri vale per tutti gli organi giurisdizionali degli Stati membri che applichino gli artt. 81 CE o 82 CE in controversie tra privati, o agendo in quanto autorità pubbliche di esecuzione o in quanto giudici di ricorso.

26. L'art. 15, n. 1, del regolamento n. 1/2003 dispone, da un lato, che i menzionati organi giurisdizionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Il n. 2 dell'articolo in parola, d'altro canto, stabilisce che gli Stati membri trasmettono alla Commissione copia delle sentenze scritte dei giudici nazionali competenti a pronunciarsi sull'applicazione degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE].

27. La prima e la seconda frase del n. 3, primo comma, del citato art. 15 autorizzano le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri a presentare d'ufficio osservazioni scritte, e osservazioni orali previa autorizzazione del giudice competente, agli organi giurisdizionali nazionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE]. La terza e la quarta frase della medesima disposizione autorizzano parimenti la Commissione a presentare osservazioni scritte d'ufficio, ed osservazioni orali previa autorizzazione del giudice competente, agli organi giurisdizionali nazionali degli Stati membri qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE].

28. L'art. 15, n. 3, primo comma, del regolamento n. 1/2003 contempla quindi due tipi d'intervento diversi, con ambiti di applicazione distinti: l'intervento delle autorità nazionali garanti della concorrenza dinanzi ai giudici del rispettivo Stato membro relativamente all'applicazione degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], e l'intervento della Commissione dinanzi ai giudici degli Stati membri qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE].

29. Le quattro frasi del comma di cui trattasi, e soprattutto la circostanza che la seconda e la quarta frase del medesimo siano pressoché identiche, pongono in rilievo che il legislatore comunitario intendeva separare tali due ipotesi, nonostante si trovino nel medesimo comma.

30. Di conseguenza, un'interpretazione letterale dell'art. 15, n. 3, primo comma, del regolamento n. 1/2003 porta a considerare che la facoltà per la Commissione, agendo d'ufficio, di presentare osservazioni scritte ai giudici degli Stati membri è subordinata all'unica condizione che ciò sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE. Siffatto requisito può essere soddisfatto anche nei casi in cui il procedimento interessato non sia in merito a questioni relative all'applicazione degli artt. 81 CE o 82 CE.

31. Tale interpretazione non è rimessa in discussione dalla quarta frase del ventunesimo 'considerando' del regolamento n. 1/2003, ai sensi della quale occorre consentire alla Commissione e alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di formulare osservazioni per iscritto o oralmente dinanzi agli organi giurisdizionali chiamati ad applicare gli artt. 81 CE o 82 CE. Il

menzionato 'considerando' ha ad oggetto semplicemente una situazione tipica, senza escludere altre ipotesi in cui la Commissione possa intervenire. Inoltre, il 'considerando' di un regolamento può sì consentire di chiarire l'interpretazione di una norma giuridica, ma non può costituire di per sé una norma di tal genere (sentenze 13 luglio 1989, causa 215/88, Casa Fleischhandels, Racc. pag. 2789, punto 31, e 24 novembre 2005, causa C-136/04, Deutsches Milch-Kontor, Racc. pag. I-10095, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

32. Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dalla X BV e dal governo olandese, l'interpretazione dell'art. 15, n. 3, primo comma, del regolamento n. 1/2003 fornita al punto 30 della presente sentenza non è contraddetta dai punti 31-35 della comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, i quali stabiliscono che la Commissione può presentare osservazioni in merito a questioni relative all'applicazione degli artt. 81 CE o 82 CE. Infatti, la nozione generale di «questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato», contemplata dalla citata comunicazione, comprende la facoltà, per la Commissione, di depositare osservazioni scritte dinanzi ai giudici nazionali qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE]. In ogni caso, il contenuto di una comunicazione della Commissione non può prevalere sulle disposizioni di un regolamento.

33. Il diritto comunitario ha fissato un sistema completo di controllo delle intese e degli abusi di posizione dominante il quale stabilisce un divieto generale, che figura agli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE], e la relativa sanzione, adottata sulla base dell'art. 83 CE [ora art. 103 TFUE]. Gli articoli menzionati devono essere intesi come facenti parte di un insieme complessivo di prescrizioni dirette a vietare e a sanzionare le pratiche anticoncorrenziali.

34. Dall'art. 83, n. 2, lett. a), CE [ora art. 103 TFUE] risulta che le ammende e le penalità di mora che possono essere inflitte alle imprese nell'ambito dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza si propongono di «garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 81, paragrafo 1, [CE] e all'articolo 82 [CE] [ora artt. 101 e 102 TFUE]». L'obiettivo di detto art. 83 CE [ora art. 103 TFUE] è quindi, segnatamente, di garantire l'efficacia del controllo delle intese e degli abusi di posizione dominante.

35. Il potere della Commissione di infliggere ammende alle imprese che, dolosamente o colposamente, trasgrediscono gli artt. 81, n. 1, CE o 82 CE costituisce uno dei mezzi attribuiti alla medesima per poter svolgere il compito di sorveglianza assegnatole dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenze 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, Musique Diffusion française e a./Commissione, Racc. pag. 1825, punto 105, e 7 giugno 2007, causa C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals/Commissione, Racc. pag. I-4405, punto 22).

36. Disgiungere il divieto generale di pratiche anticoncorrenziali dalle sanzioni previste per l'inosservanza dello stesso equivarrebbe quindi a privare di efficacia l'azione delle autorità incaricate di vigilare sul rispetto del divieto in parola e di sanzionare siffatte pratiche. Le disposizioni degli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] sarebbero quindi inoperanti se non fossero corredate di misure coercitive ex art. 83, n. 2, lett. a), CE [ora art. 103 TFUE]. Come sostenuto dall'avvocato generale al paragrafo 38 delle sue conclusioni, esiste un intrinseco legame tra le ammende e l'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE].

37. L'efficacia delle sanzioni inflitte dalle autorità garanti della concorrenza nazionali o comunitarie in forza dell'art. 83, n. 2, lett. a), CE [ora art. 103 TFUE] è pertanto una condizione per l'applicazione uniforme degli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE].

38. Orbene, nell'ambito di un procedimento relativo a sanzioni in materia di pratiche anticoncorrenziali ex art. 83, n. 2, lett. a), CE [ora art. 103 TFUE], la decisione che il giudice adito è chiamato a prendere è idonea a incidere sull'efficacia delle sanzioni in parola e, quindi, rischia di compromettere l'applicazione uniforme degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE].

39. Nelle circostanze della causa principale, è palese che l'esito della controversia relativa alla

deducibilità fiscale di parte dell'importo di un'ammenda inflitta dalla Commissione è idoneo a incidere sull'efficacia della sanzione irrogata dall'autorità comunitaria garante della concorrenza. L'efficacia della decisione della Commissione con cui questa ha inflitto un'ammenda ad una società potrebbe infatti essere sensibilmente ridotta qualora la società interessata, o per lo meno una società ad essa collegata, fosse autorizzata a dedurre, interamente o in parte, l'importo di tale ammenda dall'importo dei suoi utili imponibili, in quanto una facoltà del genere avrebbe l'effetto di compensare parzialmente il peso dell'ammenda di cui trattasi con una diminuzione degli oneri fiscali.

40. Dall'insieme delle suesposte considerazioni risulta che l'art. 15, n. 3, primo comma, terza frase, del regolamento n. 1/2003 deve essere interpretato nel senso che esso autorizza la Commissione a presentare d'ufficio osservazioni scritte all'organo giurisdizionale di uno Stato membro nell'ambito di una controversia relativa alla possibilità di dedurre dagli utili imponibili l'importo di un'ammenda, o parte di essa, inflitta dalla Commissione per violazione degli artt. 81 CE o 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] ».

7 dicembre 2010, *Vebic*, causa C-439/08, non ancora pubblicata in Raccolta.

La Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers VZW (confederazione fiamminga che riunisce le associazioni di panificatori e pasticceri, di gelatai e di cioccolatai; in prosieguo: la «VEBIC») è stata costituita per rappresentare gli interessi dei suoi aderenti e dei membri ad essi affiliati. I membri della VEBIC sono le associazioni professionali provinciali della regione Fiandre costituiti in associazione senza fini di lucro. Le associazioni locali di panificatori alle quali ciascun panettiere può aderire sono membri di un'associazione professionale provinciale. Tali raggruppamenti locali comprendono solo panificatori artigianali, in quanto i panificatori industriali sono riuniti nella Federatie van Grote Bakkerijen in België (Federazione dei grandi panificatori belgi). A seguito della liberalizzazione del prezzo del pane in Belgio, avvenuta il 1 luglio 2004, il Minister van Economie (Ministro dell'Economia) inviava una lettera, datata 7 luglio 2004, al Raad voor de Mededinging (in prosieguo: il «Consiglio della concorrenza») con la quale chiedeva di indagare riguardo all'esistenza di eventuali accordi sui prezzi tra associazioni di panificatori e panettieri. Con decisione 25 gennaio 2008 il Consiglio per la concorrenza dichiarava che, dal 1 luglio 2004 all'8 giugno 2007, la VEBIC aveva commesso una violazione dell'art. 2 della legge belga a tutela della concorrenza economica (in prosieguo: la «LTCE»), imponeva la cessazione di tale violazione e infliggeva alla VEBIC un'ammenda di 29.121 euro. Il 22 febbraio 2008 la VEBIC proponeva un ricorso di annullamento contro detta decisione con atto introduttivo depositato presso la cancelleria dello hof van beroep te Brussel (Corte d'appello di Bruxelles). Tale organo giurisdizionale rilevava che le disposizioni della LTCE non consentono all'Auditoraat, organo responsabile delle inchieste nell'ambito del Consiglio per la concorrenza, di partecipare al procedimento dinanzi ad esso. Le disposizioni normative relative al procedimento dinanzi alla Corte d'appello di Bruxelles e l'interpretazione che è data loro in Belgio sollevano, secondo tale giudice, questioni attinenti alla conformità di tale procedimento con il diritto dell'Unione relativamente all'efficacia delle regole di concorrenza applicabili nell'Unione europea e ai diritti fondamentali della difesa, giacché nessuna disposizione prevede la partecipazione dell'autorità nazionale garante della concorrenza nel procedimento di ricorso ai fini di garantire la difesa dell'interesse economico generale. La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, ha, in proposito, osservato:

« 53. Va anzitutto rilevato che il diritto delle autorità nazionali garanti della concorrenza a partecipare ad un procedimento riguardante un ricorso proposto contro le loro stesse decisioni, beneficiando dei medesimi diritti di cui disponga una parte di tale procedimento, non deriva dal testo degli artt. 2 e 15, n. 3, del regolamento.

54. Da un lato, infatti, l'art. 2 del regolamento enuncia che l'onere della prova di una violazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE incombe «all'autorità che asserisce tale infrazione» senza che tale disposizione accordi alcun diritto procedurale a detta autorità.

55. D'altro lato, si deve constatare che l'art. 15, n. 3, primo comma, del regolamento, che autorizza un'autorità nazionale garante della concorrenza a presentare osservazioni scritte agli organi giurisdizionali del suo Stato membro in merito all'applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE e, con l'autorizzazione di tale organo giurisdizionale, a presentare osservazioni orali, non riguarda la partecipazione di detta autorità ai procedimenti giudiziari in quanto parte convenuta.

56. Occorre del pari rilevare che, ai sensi dell'art. 35, n. 1, del regolamento, gli Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE affinché sia garantito l'effettivo rispetto delle disposizioni del regolamento stesso. Le autorità così designate devono, conformemente a quest'ultimo, garantire l'efficace applicazione di detti articoli nell'interesse generale (v. i 'considerando' quinto, sesto, ottavo, trentaquattresimo e trentacinquesimo del regolamento).

57. Anche se l'art. 35, n. 1, del regolamento lascia all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il compito di disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali proposti contro le decisioni delle autorità garanti della concorrenza così designate, tali modalità non devono pregiudicare la finalità di detto regolamento che è quella di garantire l'efficace applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE da parte delle autorità di cui trattasi.

58. A tal riguardo, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 74 delle sue conclusioni, il fatto di non riconoscere all'autorità nazionale garante della concorrenza i diritti quale parte della controversia e, quindi, di impedirle di difendere la decisione da essa adottata nell'interesse generale comporta il rischio che il giudice adito sia del tutto «prigioniero» dei motivi e degli argomenti svolti dall'impresa o dalle imprese ricorrenti. Orbene, in un settore come quello dell'accertamento delle violazioni delle regole di concorrenza e dell'irrogazione di ammende, che implica valutazioni giuridiche ed economiche complesse, l'esistenza stessa di un rischio simile è atta a compromettere l'adempimento dell'obbligo specifico che, a norma del regolamento, incombe alle autorità nazionali garanti della concorrenza di garantire l'efficace applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE.

59. Ne consegue che l'obbligo incombente ad un'autorità nazionale garante della concorrenza di assicurare l'efficace applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE esige che tale autorità disponga della facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento, dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale, avviato contro la decisione che da essa promana.

60. Spetta alle autorità nazionali garanti della concorrenza di ponderare la necessità e l'utilità del loro intervento per l'efficace applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione.

61. Nondimeno, come ha giustamente rilevato la Commissione, una non comparizione quasi sistematica di tali autorità sarebbe atta a compromettere l'effetto utile degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE.

62. Ai sensi dell'art. 35, n. 1, del regolamento, tra le autorità garanti della concorrenza designate dagli Stati membri possono figurare organi giurisdizionali. Ai termini del n. 2 di tale articolo, qualora l'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza sia demandata ad autorità amministrative e giudiziarie nazionali, gli Stati membri possono attribuire differenti competenze e funzioni a tali diverse autorità nazionali, siano esse amministrative o giudiziarie.

63. A tale riguardo occorre rilevare che, in mancanza di regolamentazione dell'Unione, gli Stati membri restano competenti, conformemente al principio dell'autonomia procedurale, a designare l'organo o gli organi appartenenti all'autorità nazionale garante della concorrenza che dispongono della facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento, dinanzi ad organo giurisdizionale nazionale, rivolto contro la decisione che promana da detta autorità, garantendo nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali e la piena effettività del diritto della concorrenza dell'Unione.

64. Alla luce di quanto precede, occorre risolvere le questioni poste dichiarando che l'art. 35 del

regolamento deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che non accorda ad un'autorità nazionale garante della concorrenza la facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento giudiziario rivolto contro la decisione emanata da detta autorità. Spetta alle autorità nazionali garanti della concorrenza ponderare la necessità e l'utilità del loro intervento per l'efficace applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione. Tuttavia, la non comparizione sistematica dell'autorità nazionale garante della concorrenza in detti procedimenti giudiziari compromette l'effetto utile degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE. In mancanza di regolamentazione dell'Unione, gli Stati membri restano competenti, conformemente al principio dell'autonomia procedurale, a designare l'organo o gli organi appartenenti all'autorità nazionale garante della concorrenza che dispongono della facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento, dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale, rivolto contro la decisione che emanata da detta autorità, garantendo nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali e la piena effettività del diritto della concorrenza dell'Unione ».

3 maggio 2011, Prezes Urz du Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o., causa C-375/09, Raccolta, non ancora pubblicata.

Il Prezes Urz du Ochrony Konkurencji (Presidente dell'Autorità di concorrenza polacca) ha avviato un procedimento nei confronti della Telekomunikacja Polska SA sospettata di aver violato l'art. 8 della legge sulla concorrenza e sulla tutela dei consumatori nonché l'art. 82 CE (ora art. 102 TFUE). Al termine di tale procedimento, quest'ultimo ha constatato che il comportamento dell'impresa in questione, che ha una posizione dominante sul mercato, non costituiva un abuso di tale posizione e che, pertanto, lo stesso comportamento non era costitutivo di una violazione del diritto nazionale e dell'art. 102 TFUE. Di conseguenza il Prezes Urz du Ochrony Konkurencji ha adottato una decisione in applicazione del diritto nazionale concludendo che l'impresa in parola non aveva attuato alcuna prassi restrittiva, mentre, circa l'infrazione dell'art. 102 TFUE, quest'ultimo ha pronunciato un non luogo a provvedere tenuto conto della sua mancanza di oggetto. A seguito di impugnazione di tale decisione presentata dalla Tele2 Polska sp. z o.o., il S d Okr gowy – S d Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunale distrettuale – Tribunale per la concorrenza e la tutela dei consumatori) ha annullato la suddetta decisione ed il S d Apelacyjny w Warszawie (Corte d'appello di Varsavia) ha confermato l'annullamento di tale stessa decisione, ritenendo che il Prezes Urz du Ochrony Konkurencji avrebbe dovuto adottare una decisione constatante l'assenza di pratica restrittiva in forza dell'art. 102 TFUE, giacché quest'ultimo aveva adottato una decisione siffatta in merito al divieto degli abusi di posizione dominante previsto dal diritto nazionale. Nel giudizio davanti al S d Najwy szy (Corte suprema), la Corte di appello ha fatto valere che il regolamento n. 1/2003 non gli permette di adottare una decisione negativa sul merito quanto alla valutazione della conformità delle pratiche dell'impresa interessata rispetto all'art. 102 TFUE. La Corte suprema, pertanto, ha deciso di chiedere alla Corte di giustizia se l'art. 5 del regolamento deve essere interpretato nel senso che l'autorità nazionale garante della concorrenza non può adottare decisioni di non constatazione del ricorso ad una prassi restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 102 TFUE, qualora in esito al procedimento dichiarare che l'impresa in questione non ha violato il divieto di abuso di posizione dominante risultante da tale disposizione del Trattato. La Corte ha osservato:

«20 Occorre anzitutto rilevare che, a norma dell'art. 3, n. 1, del regolamento, le autorità degli Stati membri garanti della concorrenza, quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad una prassi abusiva di un'impresa avente una posizione dominante sul mercato che può pregiudicare il commercio tra Stati membri, sono tenute ad applicare anche l'art. 102 TFUE.

21 L'art. 5, primo comma, del regolamento precisa la competenza delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri ad applicare gli artt. 101 TFUE e 102 TFUE in casi individuali. Ai sensi di tali disposizioni, le autorità in questione, statuendo nel merito, possono, agendo d'ufficio o

in seguito a denuncia, adottare le seguenti decisioni, cioè ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale.

22 A norma dell'art. 5, secondo comma, del regolamento, qualora le autorità nazionali garanti della concorrenza ritengano, in base alle informazioni di cui dispongono, che non sussistano le condizioni per un divieto, possono decidere di non avere motivo di intervenire.

23 Il tenore letterale di quest'ultima disposizione indica chiaramente che, in una situazione del genere, la competenza dell'autorità nazionale garante della concorrenza è limitata all'adozione di una decisione nel senso che non v'è motivo di intervenire.

24 Siffatta limitazione del potere delle autorità nazionali garanti della concorrenza è corroborata dal riconoscimento del potere decisionale della Commissione nel caso di assenza di violazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE. A norma dell'art. 10 del regolamento, la Commissione può stabilire mediante decisione che gli artt. 81 CE e 82 CE sono inapplicabili.

25 Il quattordicesimo 'considerando' del regolamento precisa che una siffatta decisione di natura dichiarativa può essere adottata «in casi eccezionali». Lo scopo di tale intervento, secondo il 'considerando' in parola, è «di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nell'[l'Unione], in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti».

26 La Corte ha inoltre constatato che, al fine di garantire un'applicazione coerente delle regole di concorrenza negli Stati membri, è stato previsto dal regolamento, nell'ambito del principio generale di leale cooperazione, un meccanismo di cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza (v., in tal senso, sentenza 11 giugno 2009, causa C-429/07, X, Racc. pag. I-4833, punti 20 e 21).

27 Il fatto di autorizzare le autorità nazionali garanti della concorrenza a prendere decisioni constatanti l'assenza di violazione dell'art. 102 TFUE rimetterebbe in questione il sistema di cooperazione istituito dal regolamento e lederebbe la competenza della Commissione.

28 Infatti una simile decisione «negativa» sul merito rischierebbe di ledere l'applicazione uniforme degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE, che è uno degli obiettivi del regolamento, messo in risalto dal suo primo 'considerando', dal momento che essa potrebbe impedire alla Commissione di constatare successivamente che la prassi di cui trattasi costituisce un'infrazione alle disposizioni in parola del diritto dell'Unione.

29 Risulta quindi tanto dalla lettera e dall'economia del regolamento che dall'obiettivo perseguito da quest'ultimo che le constatazioni dell'assenza di violazione dell'art. 102 TFUE sono riservate alla Commissione, anche se tale articolo è applicato in un procedimento condotto da un'autorità nazionale garante della concorrenza.

30 Di conseguenza si deve risolvere la prima questione dichiarando che l'art. 5 del regolamento deve essere interpretato nel senso che osta a che un'autorità nazionale garante della concorrenza, quando, al fine di applicare l'art. 102 TFUE, esamina se sussistano i presupposti per l'applicazione di quest'ultimo articolo e, in seguito a tale esame, ritiene che non si sia fatto ricorso ad una prassi abusiva, possa adottare una decisione in cui si constata l'assenza di violazione dello stesso articolo.

[...]

33 È opportuno ricordare in proposito che, solo quando il diritto dell'Unione non prevede alcuna regola specifica, un'autorità nazionale garante della concorrenza può applicare le sue regole nazionali.

34 Nel caso di specie, dato che l'art. 5 del regolamento è direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, a norma dell'art. 288 TFUE, esso osta all'applicazione di una regola di diritto nazionale che imponga di chiudere una procedura relativa all'applicazione dell'art. 102 TFUE attraverso una decisione che constata l'assenza di violazione di quest'ultimo articolo».

14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e a.*, causa C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72

La presente causa concerne un'intesa di portata mondiale sul mercato delle apparecchiature di comando con isolamento in gas (in prosieguo: le «AIG»), di cui hanno fatto parte, in diversi periodi compresi tra il 1988 e il 2004, varie imprese europee e giapponesi del settore dell'elettrotecnica. Il 20 aprile 2006, la Commissione ha avviato un procedimento diretto all'irrogazione di ammende, sulla base degli articoli 81 CE (ora articolo 101 TFUE) e 53 dell'accordo SEE, in combinato disposto con il regolamento n. 1/2003. Tale procedimento, preceduto da una domanda di trattamento favorevole e da accertamenti effettuati nel 2004 nei locali aziendali di varie imprese partecipanti a detta intesa, si rivolgeva contro in totale 20 persone giuridiche, tra cui anche la Toshiba Corporation. Ai punti 2 e 3 dei motivi della decisione della Commissione del 24 gennaio 2007, che ha chiuso il procedimento, la Commissione afferma che l'intesa in discorso ha costituito, nel periodo compreso tra il 15 aprile 1988 e l'11 maggio 2004, un'infrazione unica e continuata all'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE) e, a decorrere dal 1 gennaio 1994, anche all'articolo 53 dell'accordo SEE, estesa al territorio del SEE e alla quale le diverse imprese partecipanti hanno preso parte durante periodi di durata variabile. Alla sezione 6.6.2 di tale decisione, la Commissione ha determinato la data di cessazione di tale intesa, ossia l'11 maggio 2004, facendo riferimento alla data in cui ha avuto luogo l'ultima riunione di lavoro di cui essa ha avuto conoscenza, terminata nel momento in cui i rappresentanti della Siemens AG hanno informato gli altri membri di detta intesa che quel giorno la Commissione aveva proceduto a controlli senza preavviso. Secondo quanto la Commissione ha constatato ai punti 2, 3, 218 e 248 dei motivi della sua decisione, si è trattato di un'intesa complessa e di portata mondiale, con eccezione degli Stati Uniti e del Canada, che ha avuto ripercussioni nell'Unione e nel SEE, e nell'ambito della quale le imprese interessate hanno in particolare scambiato informazioni sensibili relative al mercato in questione, si sono ripartite i mercati, hanno concluso accordi sui prezzi e hanno cessato la loro collaborazione con le imprese che non partecipavano a tale intesa. Ad eccezione di un'impresa, l'ABB Ltd, che ha beneficiato del programma di trattamento favorevole della Commissione, tutte le parti coinvolte nel procedimento, tra cui figurano tutte le ricorrenti nella causa principale, sono state sanzionate con ammende per un ammontare complessivo di più di EUR 750 milioni. Il 2 agosto 2006, l'Ú ad pro ochranu hospodá ské sout e (autorità ceca della concorrenza) ha avviato un procedimento per violazione della legge relativa alla protezione della concorrenza riguardante i membri dell'intesa oggetto della causa principale. Il 9 febbraio 2007, tale autorità ha adottato una prima decisione contro la quale le ricorrenti nella causa principale hanno proposto un ricorso amministrativo interno. In seguito a tale ricorso, con decisione del 26 aprile 2007, il presidente dell'Ú ad pro ochranu hospodá ské sout e ha riformato tale prima decisione. Nella menzionata decisione del 26 aprile 2007, detta autorità ha constatato che alcune imprese avevano partecipato a un'intesa nel territorio della Repubblica ceca, violando la normativa nazionale. Le ricorrenti nella causa principale hanno proposto ricorso avverso la decisione dell'Ú ad pro ochranu hospodá ské sout e dinanzi al Krajsk soud v Brn (corte regionale di Brno). Esse hanno sostenuto, in particolare, che tale autorità aveva determinato erroneamente la durata dell'intesa oggetto della causa principale, collocando scientemente la cessazione di quest'ultima a una data precedente l'adesione della Repubblica ceca all'Unione, in maniera tale da giustificare l'applicazione della legge relativa alla protezione della concorrenza. Secondo tali ricorrenti, dall'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento n. 1/2003 risulta che detta autorità non era più competente ad avviare un procedimento a livello nazionale, dato che la Commissione aveva già iniziato, nello stesso caso, un procedimento a livello europeo. Da tale circostanza esse hanno inferito che il procedimento avviato a livello nazionale violasse il principio del ne bis in idem, che vieta il cumulo delle sanzioni. Con sentenza del 25 giugno 2008, il Krajsk soud v Brn ha annullato la decisione dell'Ú ad pro ochranu hospodá ské sout e del 26 aprile 2007, nonché la decisione iniziale, adottata il 9 febbraio 2007. Il Krajsk soud v Brn ha considerato che il comportamento delle ricorrenti nella causa principale costituiva un'infrazione unica e continuata e si è basato sulla decisione della Commissione per concludere che l'Ú ad pro ochranu hospodá ské sout e aveva ritenuto a torto che

l'infrazione fosse terminata il 3 marzo 2004. L'Ú ad pro ochranu hospodá ské sout e ha proposto un ricorso per cassazione dinanzi al Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa) contro la sentenza del Krajsk soud v Brn . Con sentenza del 10 aprile 2009, il Nejvyšší správní soud ha annullato la sentenza del Krajsk soud v Brn e ha rinviato a tale organo la causa. Il Krajsk soud v Brn ritenendo necessario chiarire alcuni punti di diritto dell'Unione, relativi, da un lato, all'adesione della Repubblica ceca all'Unione il 1 maggio 2004 e, dall'altro, all'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali. In particolare sulla possibilità di applicare il regolamento n. 1/2003 nell'ambito di un procedimento relativo a un'intesa che ha prodotto effetti nel territorio di uno Stato membro che ha aderito all'Unione il 1 maggio 2004 per periodi precedenti tale data, la Corte ha osservato:

« [...] 48. Il regolamento n. 1/2003 contiene norme procedurali e norme sostanziali.

49. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 43 delle sue conclusioni, l'articolo 3, paragrafo 1, di detto regolamento contiene, al pari dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], norme materiali destinate alla valutazione di accordi di imprese da parte delle autorità garanti della concorrenza, che costituiscono quindi norme sostanziali di diritto dell'Unione.

50. In via di principio, tali norme sostanziali non possono essere applicate retroattivamente, a prescindere dalle conseguenze favorevoli o sfavorevoli che una siffatta applicazione potrebbe avere per gli interessati. Il principio della certezza del diritto impone, infatti, che qualsiasi situazione di fatto venga di regola, salvo che sia espressamente disposto il contrario, valutata alla luce delle norme giuridiche vigenti al momento in cui essa si è prodotta (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, Bavaria, C-120/08, Racc. pag. I-13393, punti 40 e 41).

51. Da una costante giurisprudenza risulta che, per garantire l'osservanza dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, le norme sostanziali di diritto dell'Unione devono essere interpretate come applicabili a situazioni createsi anteriormente alla loro entrata in vigore soltanto qualora dalla lettera, dallo scopo o dallo spirito di tali norme risulti chiaramente che dev'essere loro attribuita tale efficacia (v. sentenza del 24 marzo 2011, ISD Polska e a./Commissione, C-369/09 P, Racc. pag. I-2011, punto 98 e giurisprudenza ivi citata).

52. Nella presente causa tuttavia, né la lettera né lo scopo e nemmeno lo spirito dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], dell'articolo 3 del regolamento n. 1/2003 e dell'Atto di adesione contengono indicazioni chiare a favore di un'applicazione retroattiva di queste due disposizioni [...] ».

Sulla ripartizione delle competenze tra le autorità nazionali e l'Unione nell'ambito della concorrenza nei procedimenti in materia di intese, la Corte ha, invece, osservato:

« [...] 68. Con la seconda questione, che si articola in due parti, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se un procedimento, avviato dopo il 1 maggio 2004 dalla Commissione e diretto a infliggere un'ammenda, impedisca in modo permanente all'autorità nazionale garante della concorrenza di uno Stato membro che ha aderito all'Unione in tale data di perseguire, in forza del diritto nazionale della concorrenza, un'intesa i cui effetti si sono prodotti nel territorio di tale Stato prima dell'adesione di quest'ultimo all'Unione. A tale proposito, il giudice del rinvio desidera, in primo luogo, ottenere chiarimenti sull'interpretazione che occorre dare all'articolo 11, paragrafo 6, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, e sulla ripartizione delle competenze tra l'autorità nazionale garante della concorrenza e la Commissione ad avviare un procedimento di questo tipo. In secondo luogo, tale giudice interroga la Corte in merito al margine di discrezionalità di cui tale autorità dispone per applicare il diritto nazionale della concorrenza, in connessione con il principio del ne bis in idem [...] ».

« [...] 79. Il regolamento n. 1/2003 non prevede [...] che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione comporti la perdita permanente e definitiva, in capo alle autorità nazionali garanti della concorrenza, della loro competenza ad applicare la normativa nazionale in materia di

concorrenza.

80. Come sostenuto dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, la competenza delle autorità nazionali garanti della concorrenza è ripristinata una volta terminato il procedimento avviato dalla Commissione.

81. Conformemente a una giurisprudenza costante, il diritto dell'Unione e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente (sentenze Wilhelm e a., cit., punto 3; del 9 settembre 2003, Milk Marque e National Farmers' Union, C-137/00, Racc. pag. I-7975, punto 61, nonché del 13 luglio 2006, Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, Racc. pag. I-6619, punto 38). Le regole di concorrenza a livello europeo e nazionale considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi (v. sentenze Wilhelm e a., cit., punto 3; Manfredi e a., cit., punto 38, nonché del 14 settembre 2010, Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Commissione, C-550/07 P, Racc. pag. I-8301, punto 103) e i loro ambiti d'applicazione non coincidono (sentenza del 1 ottobre 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite, C-505/07, Racc. pag. I-8963, punto 52).

82. Tale situazione non è stata modificata con l'emanazione del regolamento n. 1/2003 [...] ».

« 84. Peraltro, in forza dell'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 81 CE o dell'articolo 82 CE che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione.

85. Da tale disposizione risulta che le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri conservano il loro potere di agire anche se la Commissione ha già essa stessa adottato una decisione. Infatti, secondo detta disposizione le autorità nazionali possono intervenire posteriormente alla Commissione, ma è loro vietato pronunciarsi in maniera contraria a una precedente decisione della Commissione.

86. Stando al suo tenore letterale, l'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 sembra prevedere soltanto l'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza. La stessa normativa deve tuttavia trovare applicazione a fortiori nel caso in cui le autorità nazionali garanti della concorrenza intendano applicare il diritto nazionale della concorrenza. Infatti, dato che tali autorità nazionali sono autorizzate ad applicare il diritto dell'Unione dopo che la Commissione ha preso una decisione, dev'essere loro consentito, a maggior ragione, di applicare il proprio diritto nazionale, purché esse rispettino le prescrizioni del diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 3 del regolamento n. 1/2003.

87. L'applicazione dell'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 non può essere limitata all'ipotesi di una previa constatazione dell'inapplicabilità degli articoli 81 CE o 82 CE [divenuti articoli 101 e 102 TFUE] da parte della Commissione ai sensi dell'articolo 10 del regolamento n. 1/2003. Diversamente da quanto ritengono il giudice del rinvio e alcune ricorrenti nella causa principale, in virtù della sua formulazione generale e della sua collocazione sistematica nel capitolo relativo alla «cooperazione», l'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 si riferisce a tutte le decisioni immaginabili che la Commissione può aver adottato sulla base del regolamento n. 1/2003, senza limitarsi ad una determinata tipologia di decisioni [...] ».

« [...] 91. Dalle considerazioni esposte [...] emerge che, in forza dell'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento n. 1/2003, letto in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 1, del medesimo regolamento, un'autorità nazionale garante della concorrenza non è privata in maniera permanente e definitiva della sua competenza ad applicare il diritto nazionale della concorrenza quando la Commissione avvia un procedimento diretto all'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III del regolamento n. 1/2003. A fortiori, in una situazione come quella di cui alla causa principale, nella quale l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale della concorrenza, sanziona gli effetti anticoncorrenziali prodotti da un'intesa nel territorio di detto Stato membro durante periodi precedenti all'adesione di quest'ultimo all'Unione, il combinato disposto degli articoli 11, paragrafo 6, e 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 non può, per tali periodi, impedire l'applicazione delle disposizioni nazionali di diritto della concorrenza.

92. Si deve di conseguenza rispondere alla prima parte della seconda questione dichiarando che l'avvio, da parte della Commissione, di un procedimento ai sensi del capitolo III del regolamento n. 1/2003 nei confronti di un'intesa non priva, in forza dell'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento n. 1/2003, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 1, del medesimo regolamento, l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato della sua competenza a sanzionare, in applicazione del diritto nazionale della concorrenza, gli effetti anticoncorrenziali prodotti da tale intesa nel territorio di detto Stato membro durante periodi precedenti all'adesione di quest'ultimo all'Unione [...] ».

Sul principio del ne bis in idem applicato alla materia della concorrenza, la Corte ha osservato:

« [...] 94. Il principio del bis in idem dev'essere rispettato nei procedimenti diretti all'irrogazione di ammende in materia di diritto della concorrenza (v., in tal senso, sentenze del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Racc. pag. I-8375, punto 59; del 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a./Commissione*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Racc. pag. I-123, punti 338-340, nonché del 29 giugno 2006, *Showa Denko/Commissione*, C-289/04 P, Racc. pag. I-5859, punto 50). Tale principio vieta, in materia di concorrenza, che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non più impugnabile (sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, cit, punto 59) [...] ».

« [...] 97. In cause in materia di diritto della concorrenza, la Corte ha dichiarato che l'applicazione del principio del ne bis in idem era soggetta alla triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato (sentenza *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit., punto 338).

98. Occorre constatare che, nella causa principale, non ricorre, in ogni caso, una delle condizioni così poste, vale a dire l'identità dei fatti.

99. Infatti, la questione se talune imprese abbiano adottato un comportamento avente per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza non può essere valutata in maniera astratta, ma va esaminata facendo riferimento al territorio – all'interno dell'Unione o al suo esterno – nel quale il comportamento di cui trattasi ha avuto tale oggetto o tale effetto, nonché al periodo durante il quale il comportamento in questione ha avuto tale oggetto o tale effetto [...] ».

« [...] 102. [Nel caso di specie] la decisione della Commissione non prende in considerazione nessuna delle conseguenze anticoncorrenziali di detta intesa nel territorio della Repubblica ceca durante il periodo precedente il 1° maggio 2004, mentre la decisione dell'Ú ad pro ochranu hospodá ské sout e, stando alle indicazioni fornite dal giudice del rinvio, ha inflitto ammende solo relativamente a tale territorio e a tale periodo.

103. In considerazione di quanto precede, occorre rispondere alla seconda parte della seconda questione dichiarando che il principio del ne bis in idem non osta a che le imprese partecipanti a un'intesa siano condannate ad ammende dall'autorità nazionale garante della concorrenza dello Stato membro interessato al fine di sanzionare gli effetti prodotti da tale intesa nel territorio di quest'ultimo prima della sua adesione all'Unione, laddove le ammende inflitte ai membri di tale intesa da una decisione della Commissione presa prima dell'adozione della decisione di detta autorità nazionale garante della concorrenza non abbiano avuto come oggetto la sanzione di tali effetti [...] ».

20 gennaio 2016, *DHL Express (Italy) Srl e DHL Global Forwarding (Italy) SpA c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2016:27

Il 5 giugno 2007 la DHL ha presentato alla Commissione una domanda d'immunità dalle ammende

riguardante diverse violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione nel settore dei servizi di trasporto internazionale di merci. Il 24 settembre 2007 la Commissione ha concesso alla DHL l'immunità condizionale per l'intero settore delle spedizioni internazionali di merci, ossia per il trasporto marittimo, aereo e stradale. Inoltre, il 20 dicembre 2007 la DHL ha informato la Commissione di alcuni elementi concernenti le condotte osservate in Italia nel settore delle spedizioni internazionali di merci su strada. Nel giugno del 2008 la Commissione ha deciso di limitare la propria indagine alla parte dell'intesa relativa ai servizi di trasporto aereo internazionale, lasciando alle autorità nazionali garanti della concorrenza la possibilità di perseguire le violazioni attinenti ai servizi di trasporto marittimo e stradale. Parallelamente, il 12 luglio la DHL ha presentato all'AGCM una domanda semplificata d'immunità ai sensi del programma di clemenza nazionale. In tale domanda la DHL ha fornito informazioni riguardo ad alcune condotte illecite nel mercato delle spedizioni e dei trasporti internazionali di merci. Secondo l'AGCM, tale dichiarazione concerneva solamente il settore dei trasporti marittimi e aerei internazionali di merci, ad esclusione dei trasporti su strada. Il 23 giugno 2008 la DHL ha presentato all'AGCM un'ulteriore domanda d'immunità semplificata, a integrazione della domanda presentata il 12 luglio 2007, al fine di estenderla espressamente al settore delle spedizioni internazionali di merci su strada. Il 15 giugno 2011, l'AGCM ha stabilito che diverse imprese, tra cui la DHL, la Schenker e l'Agility, avevano partecipato, in violazione dell'articolo 101 TFUE, a un'intesa nel settore dei servizi di trasporto internazionale di merci su strada da e per l'Italia. In tale decisione l'AGCM ha riconosciuto che la Schenker era stata la prima società ad aver chiesto l'immunità dalle ammende in Italia per le spedizioni di merci su strada. In applicazione del programma di clemenza nazionale, a tale società non è stata inflitta alcuna ammenda, avendo la DHL, nella sua domanda del 12 luglio 2007, chiesto l'immunità dalle ammende esclusivamente per le spedizioni aeree e marittime di merci, dal momento che la domanda relativa alle spedizioni su strada era stata presentata da tale impresa solo il 23 giugno 2008. La DHL ha adito il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio al fine di ottenere il parziale annullamento della decisione della AGCM. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso della DHL, basandosi su un principio di autonomia e indipendenza dei diversi programmi di clemenza e delle relative domande. La DHL ha, quindi, proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato che ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali sull'applicazione in combinato disposto degli artt. 101 TFUE, 4, n. 3, TUE, e 11 del regolamento n. 1/2003. In particolare sulla prima questione con cui il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/200, debbano essere interpretati nel senso che gli strumenti adottati nell'ambito dell'ECN, segnatamente il programma modello di clemenza dell'ECN, sono vincolanti nei confronti delle autorità nazionali garanti della concorrenza, la Corte ha osservato:

« [...] 33. [...] la Corte ha già dichiarato che né la comunicazione sulla cooperazione né la comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (GU 2006, C 298, pag. 17; in prosieguo: la «comunicazione sulla clemenza») sono vincolanti nei confronti degli Stati membri (v. sentenza Pfeleiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, punto 21).

34. Occorre inoltre rilevare che la comunicazione sulla cooperazione e la comunicazione sulla clemenza, adottate nell'ambito dell'ECN, sono state pubblicate, rispettivamente, nel 2004 e nel 2006 nella serie C della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, la quale, contrariamente alla serie L di quest'ultima, non ha ad oggetto la pubblicazione di atti giuridicamente vincolanti, bensì soltanto di informazioni, raccomandazioni e pareri riguardanti l'Unione (sentenze Polska Telefonia Cyfrowa, C-410/09, EU:C:2011:294, punto 35, e Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punto 30).

35. Ne consegue che tali comunicazioni non sono idonee a creare obblighi a carico degli Stati membri.

36. Per quanto concerne, più in particolare, il regime di clemenza di cui beneficiano, all'interno dell'Unione, le imprese che cooperano con la Commissione o con le autorità nazionali garanti della

concorrenza al fine di individuare le intese illecite, si deve constatare che né le disposizioni del Trattato FUE né il regolamento n. 1/2003 prevedono norme comuni di clemenza (sentenza Pfeleiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, punto 20). Pertanto, in mancanza di un sistema centralizzato, a livello dell'Unione, di ricezione e di valutazione delle domande di clemenza relative a infrazioni all'articolo 101 TFUE, il trattamento di domande del genere inviate a un'autorità nazionale garante della concorrenza è determinato da quest'ultima in applicazione del diritto dello Stato membro cui essa appartiene.

37. In proposito, si deve aggiungere che la comunicazione sulla clemenza riguarda solamente i programmi di clemenza attuati dalla Commissione (sentenza Pfeleiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, punto 21).

38. In tale ambito, occorre rammentare che la Corte ha già dichiarato che il programma modello di clemenza dell'ECN non ha efficacia vincolante nei confronti dei giudici degli Stati membri (sentenza Pfeleiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, punto 22) [...] ».

Sulla seconda questione con cui il giudice del rinvio chiede se le disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/2003, debbano essere interpretate nel senso che tra la domanda d'immunità che un'impresa abbia presentato o si appresti a presentare alla Commissione e la domanda semplificata presentata a un'autorità nazionale garante della concorrenza per lo stesso cartello esiste una connessione giuridica che obbliga tale autorità a valutare la domanda semplificata alla luce della domanda d'immunità, nel caso in cui la domanda semplificata rispecchi fedelmente il contenuto della domanda d'immunità presentata alla Commissione, la Corte ha, invece, osservato:

« [...] 57. Occorre [...] precisare che le autorità nazionali garanti della concorrenza sono libere di adottare programmi di clemenza e che ciascuno di tali programmi è autonomo non soltanto rispetto agli altri programmi nazionali, ma anche al programma di clemenza dell'Unione.

58. La coesistenza e l'autonomia che caratterizzano così i rapporti esistenti tra il programma di clemenza dell'Unione e quelli degli Stati membri sono l'espressione del regime delle competenze parallele della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza istituito dal regolamento n. 1/2003.

59. Ne consegue che, nel caso di un'intesa i cui effetti anticoncorrenziali possono prodursi in diversi Stati membri, suscitando, così, l'intervento di differenti autorità nazionali garanti della concorrenza, nonché della Commissione, l'impresa che intenda beneficiare del regime di clemenza sulla base della propria partecipazione all'intesa di cui trattasi ha interesse a presentare domande d'immunità, non soltanto alla Commissione, ma anche alle autorità nazionali eventualmente competenti per l'applicazione dell'articolo 101 TFUE.

60. L'autonomia dei programmi di clemenza deve necessariamente estendersi alle diverse domande d'immunità presentate alla Commissione e alle autorità nazionali garanti della concorrenza, dato che esse fanno parte integrante di detti programmi. Va rilevato, in proposito, che l'autonomia di tali domande è il diretto risultato dell'inesistenza, a livello dell'Unione, di un sistema unico di autodenuncia delle imprese che partecipano alle intese in violazione dell'articolo 101 TFUE. Detta autonomia, peraltro, non può essere inficiata dalla circostanza che le diverse domande hanno ad oggetto la medesima infrazione al diritto della concorrenza.

61. Orbene, l'asserita esistenza di una connessione giuridica tra la domanda d'immunità presentata alla Commissione e la domanda semplificata presentata alle autorità nazionali garanti della concorrenza, che obbligherebbe tali autorità a valutare quest'ultima domanda alla luce della domanda d'immunità, rimetterebbe in discussione l'autonomia delle diverse domande e, di conseguenza, la ratio del sistema stesso delle domande semplificate. Infatti, tale sistema si basa sul principio secondo cui non esiste, a livello dell'Unione, una domanda di clemenza unica o una domanda «principale» presentata parallelamente a domande «accessorie», bensì domande d'immunità presentate alla

Commissione e domande semplificate presentate alle autorità nazionali garanti della concorrenza, la cui valutazione spetta esclusivamente all'autorità che le riceve.

62. In ogni caso, nessuna disposizione del diritto dell'Unione in materia di intese impone alle autorità nazionali garanti della concorrenza di interpretare una domanda semplificata alla luce di una domanda d'immunità presentata alla Commissione, indipendentemente dalla questione se tale domanda semplificata rispecchi fedelmente o meno il contenuto della domanda presentata alla Commissione [...] ».

Sulla terza questione con cui il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se le disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/2003, debbano essere interpretate nel senso che, qualora una prima impresa abbia presentato una domanda d'immunità alla Commissione, solo tale impresa può presentare una domanda semplificata d'immunità a un'autorità nazionale garante della concorrenza, la Corte ha, invece, osservato:

« [...] 75. La possibilità per un'impresa - che non fosse la prima a depositare una domanda d'immunità presso la Commissione e che, di conseguenza, non potesse beneficiare di un'immunità totale, bensì, unicamente, di una riduzione di ammende - di presentare una domanda semplificata d'immunità alle autorità nazionali garanti della concorrenza è stata prevista espressamente soltanto nel programma modello di clemenza dell'ECN a seguito delle modifiche introdotte in tale programma nel 2012 [...] ».

« [...] 78. La competenza di cui dispongono gli Stati membri per definire i loro programmi di clemenza deve essere esercitata effettivamente nel rispetto del diritto dell'Unione, segnatamente del regolamento n. 1/2003. In particolare, gli Stati membri non possono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione del diritto dell'Unione e, per quanto riguarda in particolare il settore del diritto della concorrenza, essi devono assicurarsi che le norme che adottano o applicano non pregiudichino l'effettiva applicazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE (sentenze Pfeleiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, punto 24, nonché Kone e a., C-557/12, EU:C:2014:1317, punto 26).

79. La Corte ha già dichiarato che i programmi di clemenza costituiscono strumenti utili nella lotta efficace per individuare e porre termine a violazioni delle norme di concorrenza e contribuiscono, quindi, all'obiettivo dell'effettiva applicazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE (sentenza Pfeleiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, punto 25).

80. Va rilevato, in proposito, che l'effettiva applicazione dell'articolo 101 TFUE non osta a un regime nazionale di clemenza che consenta l'accettazione di una domanda semplificata d'immunità di un'impresa che non aveva presentato alla Commissione una domanda d'immunità totale.

81. Al contrario, tale approccio è conforme alla finalità e alla ratio sottesi all'istituzione del sistema delle domande di clemenza. Infatti, questo sistema mira, in particolare, a promuovere l'individuazione di comportamenti contrari all'articolo 101 TFUE, incoraggiando i partecipanti alle intese a denunciare queste ultime. Esso è volto, di conseguenza, a incentivare la presentazione di siffatte domande, e non a limitarne il numero.

82. Così, la Corte ha dichiarato che la comunicazione sulla clemenza ha lo scopo di creare un clima di incertezza all'interno delle intese, al fine di incentivare la loro denuncia alla Commissione (sentenza LG Display e LG Display Taiwan/Commissione, C-227/14 P, EU:C:2015:258, punto 87). Tale incertezza deriva, in particolare, dal fatto che un solo partecipante a un'intesa è in grado di beneficiare dell'immunità totale e che, in qualsiasi momento, la Commissione può, di sua iniziativa, identificare l'esistenza di tale intesa.

83. Ciò premesso, non si può escludere che un'impresa che non è stata la prima a presentare una domanda d'immunità alla Commissione e che, di conseguenza, può beneficiare unicamente di una riduzione dell'ammenda possa, con il deposito di una domanda semplificata d'immunità, essere la prima a informare l'autorità nazionale garante della concorrenza dell'esistenza dell'intesa in esame. In una situazione del genere, nel caso in cui la Commissione non dovesse proseguire l'indagine relativa

agli stessi fatti che sono stati denunciati all'autorità nazionale, l'impresa interessata, in forza del regime nazionale di clemenza, potrebbe ottenere l'immunità totale.

84. Si deve, pertanto, rispondere alla terza questione pregiudiziale dichiarando che le disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/2003, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un'autorità nazionale garante della concorrenza accetti, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, una domanda semplificata d'immunità di un'impresa che abbia presentato alla Commissione non una domanda d'immunità totale, bensì una domanda di riduzione di ammende [...] ».

6. Decisioni con impegni ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003

6 febbraio 2014, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES)* c. *Commissione europea*, causa T-342/11, *Raccolta*, non ancora pubblicata.

Il 16 giugno 2004, la Commissione delle Comunità europee ha avviato un procedimento a norma degli articoli 81 CE e 82 CE (ora artt. 101 e 102 TFUE) contro la Repsol riguardo alla distribuzione di carburante nelle stazioni di servizio spagnole. Nella sua valutazione preliminare, essa ha espresso dubbi quanto alla compatibilità di taluni elementi degli accordi di distribuzione esclusivi a lungo termine conclusi tra la Repsol e le stazioni di servizio con l'articolo 81 CE (ora art. 101 TFUE). Per rispondere alle preoccupazioni sollevate dalla Commissione, la Repsol ha proposto degli impegni, che sono stati resi obbligatori con decisione della stessa Commissione. In seguito alcune società concorrenti hanno presentato una denuncia alla Commissione sostenendo che la Repsol non aveva rispettato gli impegni assunti. All'esito del procedimento la Commissione ha stabilito che nel caso di specie non sussistevano motivi sufficienti né per riavviare il procedimento, né per infliggere sanzioni o penali di mora. La decisione della Commissione è stata impugnata davanti al Tribunale che ha osservato:

«46. In sostanza, le ricorrenti affermano che, rifiutando di riaprire il procedimento nei confronti della Repsol e di infliggerle un'ammenda o una penali di mora, in seguito al mancato rispetto della decisione sugli impegni, la Commissione ha violato l'articolo 9, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, nonché l'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), e l'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), di tale regolamento.

– Sul margine discrezionale della Commissione

47. Va osservato che, nell'ipotesi in cui le ricorrenti sostenessero che le disposizioni di cui all'articolo 9, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, nonché dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), e dell'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), di tale regolamento, obbligano la Commissione a riaprire il procedimento e ad infliggere penali di mora e ammende nei confronti di qualsiasi impresa che non rispetti i suoi impegni resi obbligatori da una decisione basata sull'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, tale censura dovrebbe essere respinta in quanto infondata.

48. Risulta infatti senza equivoco dalla formulazione dell'articolo 9, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 che, qualora un'impresa interessata non rispetti una decisione sugli impegni, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento, la Commissione non è obbligata a riaprire il procedimento contro detta impresa, ma dispone di un potere discrezionale al riguardo. Infatti, in forza di tale disposizione qualora un'impresa non rispetti i suoi impegni resi vincolanti ai sensi

dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003, la Commissione può riaprire il procedimento contro tale impresa su domanda o di propria iniziativa.

49 La Commissione dispone anche di un potere discrezionale riguardante l'applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), e dell'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1/2003, in forza dei quali essa può infliggere ammende o penalità di mora alle imprese qualora esse non rispettino un impegno reso obbligatorio da una decisione adottata in applicazione dell'articolo 9 di detto regolamento.

[...]

53 Al riguardo, occorre preliminarmente ricordare che il potere di riaprire il procedimento di cui la Commissione dispone in forza dell'articolo 9, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 e il potere di infliggere ammende o penalità di mora di cui essa dispone in forza degli articoli 23 e 24 di detto regolamento le sono stati conferiti ai fini della funzione di vigilanza sul rispetto degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE di cui essa è investita in base all'articolo 105 TFUE.

54 Infatti, allorché identifica problemi di concorrenza, la Commissione può rendere obbligatori gli impegni che sono stati proposti dalle imprese interessate e che essa giudica appropriati, in luogo di procedere alla constatazione formale di un'infrazione agli articoli 101 TFUE o 102 TFUE (sentenza della Corte del 29 giugno 2010, Commissione/Alrosa, C-441/07 P, Racc. pag. I-5949, punto 35).

55 Da una parte, il meccanismo introdotto dall'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 permette all'impresa interessata di partecipare pienamente al procedimento, proponendo le soluzioni che le sembrano più appropriate per rispondere alle preoccupazioni della Commissione ed evitare che la Commissione constati formalmente un'infrazione agli articoli 101 TFUE o 102 TFUE. D'altra parte, tale articolo è ispirato da considerazioni di economia procedimentale, poiché la Commissione non è obbligata a dimostrare esaurientemente che ricorrono le condizioni degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE e può quindi apportare una soluzione più rapida ai problemi che essa ha individuato (v., in tal senso, sentenza Commissione/Alrosa, citata al precedente punto 54, punto 35).

56 Le competenze conferite alla Commissione in forza dell'articolo 9, paragrafo 2, dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), e dell'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1/2003 sono dirette a garantire il rispetto di tali impegni. Infatti, allorché un'impresa non rispetta gli impegni da essa formulati e che sono stati resi obbligatori dalla Commissione, quest'ultima può riaprire il procedimento e infliggerle una penalità di mora o un'ammenda, limitandosi a dimostrare il mancato rispetto della decisione sugli impegni, senza dover previamente constatare una violazione degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE.

57 Per contro, in contrasto con quanto affermato dalle ricorrenti, l'obiettivo di tali disposizioni non è quello di consentire l'imposizione di una duplice sanzione a un'impresa per infrazioni particolarmente gravi agli articoli 101 TFUE o 102 TFUE. Infatti, siffatta interpretazione non sarebbe affatto conforme con l'ultima frase del considerando 13 del regolamento n. 1/2003, secondo cui le decisioni dirette a rendere obbligatori determinati impegni non sono opportune in casi in cui la Commissione intende infliggere un'ammenda.

58 Con riferimento agli elementi che determinano l'esercizio del potere discrezionale di cui la Commissione dispone in forza dell'articolo 9, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, occorre ricordare che quest'ultima dispone soltanto di risorse limitate che deve utilizzare per agire nei confronti di un numero potenzialmente elevato di condotte contrastanti con il diritto della concorrenza.

59 Spetta pertanto alla Commissione attribuire gradi di priorità diversi ai problemi di concorrenza che vengono portati alla sua conoscenza e decidere se la prosecuzione dell'esame di una controversia sia nell'interesse dell'Unione (v. sentenza del Tribunale del 15 dicembre 2010, CEHR/Commissione, T-427/08, Racc. pag. II-5865, punto 27, e giurisprudenza ivi citata).

60 In tal contesto occorre ricordare che, riguardo ad una decisione di rigetto di una denuncia per violazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, risulta da una giurisprudenza consolidata che la Commissione deve prendere in considerazione tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti,

segnatamente quelli che vengono portati a sua conoscenza dal denunciante. Quindi, in tal contesto, essa deve, in particolare, prendere in considerazione l'importanza dell'asserita infrazione per il funzionamento del mercato interno, la probabilità di poter accertare la sua esistenza e l'estensione delle misure di indagine necessarie, allo scopo di adempiere, nelle migliori condizioni, la sua funzione di vigilanza sull'osservanza degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE (v. sentenza della Corte del 17 maggio 2001, IECC/Commissione, C-450/98 P, Racc. pag. I-3947, punto 57, e la giurisprudenza ivi citata; sentenze del Tribunale del 18 settembre 1992, Automec/Commissione, T-24/90, Racc. pag. II-2223, punto 86, nonché del 12 settembre 2007, Ufex e a./Commissione, T-60/05, Racc. pag. II-3397, punto 178). Peraltro, la Commissione deve poter prendere in considerazione le misure delle autorità di concorrenza nazionali (v. sentenza del Tribunale del 3 luglio 2007, *Au lys de France*/Commissione, T-458/04, non pubblicata nella Raccolta, punto 72, e la giurisprudenza ivi citata). Infine, il Tribunale ha già constatato che nulla ostava a che la Commissione, in una fattispecie, privilegiasse un solo criterio per valutare l'interesse dell'Unione ad esaminare un problema di concorrenza (v., in tal senso, sentenza IECC/Commissione, cit., punti 58 e 59).

61 Risulta del pari da una giurisprudenza consolidata che l'autore di una denuncia riguardante una violazione degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE non ha il diritto di esigere dalla Commissione una decisione definitiva in merito alla sussistenza o all'insussistenza dell'asserita infrazione (sentenza della Corte del 4 marzo 1999, Ufex e a./Commissione, C-119/97 P, Racc. pag. I-1341, punto 87; sentenze del Tribunale Automec/Commissione, citata al precedente punto 60, punto 75, e del 13 settembre 2012, Protégé International/Commissione, T-119/09, non pubblicata nella Raccolta, punto 32).

62 Considerato il fatto che la competenza della Commissione ad emettere impegni vincolanti in forza dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 ha anche l'obiettivo di garantire l'osservanza degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE e che le competenze previste all'articolo 9, paragrafo 2, all'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), di detto regolamento sono dirette a garantire il rispetto di detti impegni, il Tribunale considera che i principi accolti dalla giurisprudenza menzionata ai precedenti punti da 60 a 61 si applicano anche nel caso in cui l'eventuale inosservanza di un impegno sia portata a conoscenza della Commissione e in cui essa debba decidere se riaprire il procedimento.

63 Orbene, poiché la Commissione deve valutare la questione se sia nell'interesse dell'Unione proseguire l'esame di una denuncia alla luce degli elementi di diritto e di fatto pertinenti nella fattispecie, essa deve prendere in considerazione la circostanza che la situazione può presentarsi in modo diverso a seconda che tale denuncia riguardi l'eventuale inosservanza di una decisione sugli impegni o un'eventuale infrazione agli articoli 101 TFUE o 102 TFUE.

64 Poiché, infatti, l'inosservanza degli impegni è, generalmente, più facile da dimostrare che la violazione degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE, l'estensione delle misure di indagine necessarie per accertare siffatta inosservanza degli impegni sarà, in linea di principio, più limitata. Tuttavia, in contrasto con quanto affermato dalle ricorrenti, non se ne può dedurre che, in tal caso, la Commissione dovrebbe sistematicamente riaprire il procedimento e infliggere un'ammenda o una penalità di mora. Infatti, tale orientamento avrebbe la conseguenza di trasformare le competenze che essa detiene in forza dell'articolo 9, paragrafo 2, dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), e dell'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1/2003 in competenze vincolate, il che non sarebbe conforme al testo di tali disposizioni.

65 Riguardo, poi, all'argomento esposto dalle ricorrenti, secondo cui spetta alla Commissione vigilare sull'osservanza di una decisione sugli impegni, occorre constatare che nulla osta a che, nell'ambito delle disposizioni di cui trattasi, la Commissione prenda in considerazione le misure delle autorità di concorrenza nazionali.

66 In tal contesto occorre considerare che la competenza parallela delle autorità di concorrenza nazionali per l'applicazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, in forza dell'articolo 5 del regolamento n. 1/2003, non è rimessa in discussione dall'adozione, da parte della Commissione, di una decisione sugli impegni presa a norma dell'articolo 9 di tale regolamento. Infatti, come risulta

dal considerando 13 del regolamento n. 1/2003, le decisioni sugli impegni sono adottate dalla Commissione a norma dell'articolo 9 di detto regolamento fatta salva la facoltà delle autorità di concorrenza nazionali di constatare un'infrazione agli articoli 101 TFUE o 102 TFUE e di statuire sulla controversia in parola. Peraltro, risulta dal considerando 22 di tale regolamento che le decisioni relative agli impegni adottate dalla Commissione non pregiudicano il potere delle autorità di concorrenza nazionali di applicare gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE.

67 Infine, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, l'adozione da parte della Commissione di una decisione a norma dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 non le conferisce una competenza esclusiva. Certo, l'articolo 11, paragrafo 6, di detto regolamento, che le ricorrenti invocano in tal contesto, prevede, segnatamente, che l'avvio, da parte della Commissione di un procedimento ai fini dell'adozione di una decisione che constati un'infrazione e ordini la sua cessazione in forza dell'articolo 7 di tale regolamento o di un procedimento ai fini dell'adozione di una decisione che renda obbligatori impegni ai sensi dell'articolo 9 del regolamento in parola, ha per conseguenza l'abbandono da parte delle autorità di concorrenza degli Stati membri della loro competenza ad applicare gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE. Tuttavia non si può dedurre da tali disposizioni che le autorità di concorrenza nazionali non possano più adottare decisioni nei confronti dell'impresa dopo che la Commissione ha adottato una decisione sugli impegni, ai sensi dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003. Infatti, risulta dalla giurisprudenza che l'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento n. 1/2003 non dichiara incompetenti le autorità di concorrenza nazionali in modo permanente, ma soltanto per la durata del procedimento dinanzi alla Commissione (v., in tal senso, sentenza della Corte del 14 febbraio 2012, *Toshiba Corporation e a.*, C-17/10, punti da 68 a 92).

68 Pertanto, nulla osta a che la Commissione prenda in considerazione i provvedimenti che un'autorità di concorrenza nazionale ha adottato nei confronti di un'impresa, allorché essa valuta se sia nell'interesse dell'Unione riaprire il procedimento nei confronti di tale impresa per l'inosservanza dei suoi impegni, allo scopo di infliggerle un'ammenda o una penalità di mora. Al contrario, in quanto tali competenze sono state conferite alla Commissione in forza dell'articolo 9, paragrafo 2, dell'articolo 23 paragrafo 2, lettera c), e dell'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1/2003 ai fini della sua funzione di vigilanza dell'osservanza degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, siffatta valutazione si impone».

23 novembre 2017, *Gasorba SL, Josefa Rico Gil, Antonio Ferrándiz González c. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, causa C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891

La sig.ra Josefa Rico Gil e il sig. Antonio Ferrándiz González concludevano con la Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (in prosieguo, la Repsol) un contratto di usufrutto ed un contratto di affitto. Il secondo contratto, in particolare, imponeva agli affittuari, per l'intera durata del contratto, di rifornirsi esclusivamente presso la Repsol, la quale avrebbe comunicato periodicamente i prezzi massimi di vendita del carburante. La Commissione avviava nei confronti della Repsol un procedimento ai sensi dell'articolo 101 TFUE, che si concludeva con una decisione con impegni. A seguito dell'adozione di detta decisione, la sig.ra Josefa Rico Gil e il sig. Antonio Ferrándiz, nonché la società Gasorba (che era subentrata nei diritti della sig.ra Rico Gil e del sig. Ferrándiz González derivanti dai contratti conclusi con la Repsol) proponevano ricorso dinanzi al Tribunale commerciale di Madrid, chiedendo l'annullamento del contratto di affitto e il risarcimento del danno risultante dall'applicazione di detto contratto, tale ricorso veniva respinto. Il giudice di ultima istanza sottoponeva alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 9 e 16 del regolamento n. 1/2003. La Corte ha osservato:

« 22. Con la prima questione, il giudice del rinvio domanda sostanzialmente se l'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un

giudice nazionale dichiarare la nullità di un accordo tra imprese sul fondamento dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE, qualora la Commissione abbia precedentemente accettato impegni concernenti il medesimo accordo e li abbia resi obbligatori in una decisione adottata ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, di tale regolamento.

23. Conformemente all'articolo 6 del regolamento n. 1/2003, letto alla luce del considerando 22 di quest'ultimo, l'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione si basa su un sistema di competenze parallele nell'ambito del quale sia la Commissione sia le autorità nazionali garanti della concorrenza e i giudici nazionali possono applicare gli articoli 101 e 102 TFUE.

24. L'uniformità di applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione è garantita in particolare dall'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, che obbliga i giudici nazionali a non prendere decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione nell'ambito di un procedimento avviato ai sensi del regolamento n. 1/2003.

25. Orbene, dal testo dell'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento risulta che una decisione adottata sul fondamento di tale articolo ha, in particolare, l'effetto di rendere obbligatori gli impegni, proposti dalle imprese, tali da rispondere alle preoccupazioni in materia di concorrenza espresse dalla Commissione nel corso della sua valutazione preliminare. Occorre rilevare che una decisione del genere non certifica la conformità all'articolo 101 TFUE della prassi oggetto delle preoccupazioni.

26. Infatti, dato che, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, letto alla luce del considerando 13 di quest'ultimo, la Commissione può procedere a una mera «valutazione preliminare» della situazione concorrenziale, senza che, successivamente, la decisione concernente gli impegni adottata sul fondamento di tale articolo giunga alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione, non si può escludere che un giudice nazionale concluda che la prassi oggetto della decisione concernente gli impegni infranga l'articolo 101 TFUE e che, in tal modo, esso intenda dichiarare, a differenza della Commissione, che detto articolo è stato infranto.

27. Peraltro, i considerando 13 e 22 del regolamento n. 1/2003, letti congiuntamente, precisano espressamente che le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di prendere una decisione né intaccano il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE.

28. Ne consegue che una decisione adottata sul fondamento dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 non è idonea a far sorgere un legittimo affidamento in capo alle imprese interessate quanto alla conformità all'articolo 101 TFUE del loro comportamento. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 39 delle sue conclusioni, la decisione concernente gli impegni non può «legalizzare» il comportamento sul mercato dell'impresa interessata, tantomeno con effetti retroattivi.

29. Tuttavia, i giudici nazionali non possono ignorare questo tipo di decisioni. Infatti, atti del genere hanno in ogni caso carattere decisorio. Inoltre, sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

30. Ciò considerato, occorre rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 deve essere interpretato nel senso che una decisione concernente gli impegni adottata dalla Commissione con riferimento a determinati accordi tra imprese, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, non impedisce ai giudici nazionali di esaminare la conformità dei medesimi accordi alle regole di concorrenza e di dichiarare, se del caso, la nullità di questi ultimi a norma dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE ».

7. Private enforcement

27 febbraio 2014, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, causa C-365/12 P, ECLI:EU:C:2014:112

L' Energie Baden-Württemberg AG (in prosieguo: « EnBW») è un'impresa distributrice di energia, che ritiene di aver subito un pregiudizio in seguito alla messa in atto di un cartello tra produttori di commutatori a isolamento gassoso (in prosieguo: gli «AIG»), sanzionato con la decisione C (2006) 6762 def. della Commissione, del 24 gennaio 2007 (caso COMP/F/38.899 - Commutatori a isolamento gassoso (in prosieguo: la «decisione AIG»). Tra tali produttori figurano la Siemens AG (in prosieguo: la «Siemens») e l'ABB Ltd (in prosieguo: l'«ABB»). Nella decisione AIG, la Commissione ha constatato che più imprese avevano violato l'articolo 81, paragrafo 1, CE (ora articolo 101, paragrafo 1, TFUE) e l'articolo 53 dell'accordo sullo Spazio economico europeo del 2 maggio 1992, prendendo parte ad un cartello sul mercato degli AIG nell'ambito del quale avevano truccato le gare d'appalto, avevano fissato i prezzi e si erano ripartite progetti e appalti degli AIG in Europa. Il 9 novembre 2007 l'EnBW ha chiesto alla Commissione, sul fondamento del regolamento n. 1049/2001, l'accesso a tutti i documenti compresi nel fascicolo relativo al procedimento che ha condotto all'adozione della decisione AIG. Il 16 giugno 2008 la Commissione ha respinto tale domanda adottando una decisione poi impugnata dalla ricorrente avanti il Tribunale che l'ha annullata. La sentenza del Tribunale è stata impugnata dalla Commissione avanti la Corte che, con particolare riferimento alla possibilità di giustificare il rifiuto di accesso a un documento, ha osservato:

« [...] 64. Secondo una giurisprudenza consolidata, per giustificare il rifiuto di accesso a un documento di cui è stata chiesta la divulgazione, non basta, in linea di principio, che tale documento rientri in un'attività fra quelle menzionate all'articolo 4, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 1049/2001. L'istituzione interessata deve anche spiegare come l'accesso a tale documento potrebbe arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato da un'eccezione prevista in tale articolo (v., in tal senso, sentenze del 1 luglio 2008, Svezia e Turco/Consiglio, C-39/05 P e C-52/05 P, Racc. pag. I-4723, punto 49; [Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, cit., punto 53; [del 28 giugno 2012,] Commissione/Éditions Odile Jacob [ECLI:EU:C:2012:393], punto 116; Commissione/Agrofert Holding [ECLI:EU:C:2012:394], punto 57, nonché [del 14 novembre 2013,] LPN e Finlandia/Commissione [ECLI:EU:C:2013:738], punto 44).

65. Tuttavia la Corte ha riconosciuto che l'istituzione comunitaria interessata può fondarsi al riguardo su presunzioni di carattere generale che si applicano a determinate categorie di documenti, poiché considerazioni di ordine generale analoghe possono applicarsi a domande di divulgazione riguardanti documenti della stessa natura (v., segnatamente, sentenze Svezia e Turco/Consiglio, cit., punto 50; Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, cit., punto 54; Commissione/Éditions Odile Jacob, cit., punto 116; Commissione/Agrofert Holding, cit., punto 57; del 17 ottobre 2013, Consiglio/Access Info Europe, C-280/11 P, punto 72, e LPN e Finlandia/Commissione, cit., punto 45).

66. Così la Corte ha già riconosciuto l'esistenza di simili presunzioni di carattere generale in quattro fattispecie, ovvero per quanto riguarda i documenti del fascicolo amministrativo di un procedimento relativo al controllo degli aiuti di Stato (v. sentenza Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, cit., punto 61), i documenti scambiati tra la Commissione e le parti notificanti o i terzi nell'ambito di un procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (v. citate sentenze Commissione/Éditions Odile Jacob, punto 123, e Commissione/Agrofert Holding, punto 64), nonché i documenti relativi ad un procedimento di inadempimento durante la fase precontenziosa dello stesso (v. sentenza LPN e Finlandia/Commissione, cit., punto 65) [...] ».

Sull'esistenza di una presunzione generale di rifiuto di accesso ai documenti interessati, la Corte ha,

invece, osservato:

« [...] 78. È certo nella presente causa, come risulta dai punti 115 e 136 della sentenza impugnata, che i documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE in questione rientrano in un'attività di indagine ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001 e possono includere informazioni commerciali sensibili, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, primo trattino, di tale regolamento.

79. Tenuto conto dello scopo di un procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], consistente nel verificare se un'intesa tra imprese sia compatibile col mercato comune, la Commissione può infatti raccogliere, nell'ambito di un siffatto procedimento, informazioni commerciali sensibili, relative, in particolare, alle strategie commerciali delle imprese coinvolte, agli importi delle loro vendite, alle loro quote di mercato o alle loro relazioni commerciali, di modo che l'accesso ai documenti afferenti ad un procedimento del genere può ledere la tutela degli interessi commerciali delle suddette imprese. Pertanto le eccezioni relative alla tutela degli interessi commerciali ed a quella degli obiettivi delle attività di indagine sono, in un procedimento del genere, strettamente connesse (v., per analogia, citate sentenze Commissione/*Editions Odile Jacob*, punto 115, e Commissione/*Agrofert Holding*, punto 56).

80. Orbene, la Corte ha già dichiarato, quando ha riconosciuto l'esistenza della presunzione generale menzionata ai punti 65 e 66 della presente sentenza in rapporto alle domande di accesso ai documenti compresi in un fascicolo relativo ad un procedimento di controllo degli aiuti di Stato o in un fascicolo relativo ad un procedimento di controllo delle operazioni di concentrazione, che la Commissione ha il diritto di presumere che la divulgazione di tali documenti pregiudica, in linea di principio, la tutela degli interessi commerciali delle imprese coinvolte in tali procedimenti nonché la tutela degli obiettivi delle attività di indagine relative a siffatti procedimenti ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001 (v. citate sentenze Commissione/*Technische Glaswerke Ilmenau*, punto 61; Commissione/*Editions Odile Jacob*, punto 123, e Commissione/*Agrofert Holding*, punto 64).

81. Contrariamente a quanto dichiarato dal Tribunale al punto 57 della sentenza impugnata, una presunzione generale analoga si applica nei confronti di una domanda diretta ad ottenere l'accesso ad un insieme di documenti compresi in un fascicolo relativo ad un procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE].

82. Certamente, come già ricordato al punto 61 della presente sentenza e come indicato dal Tribunale, segnatamente, al punto 41 della sentenza impugnata, il regolamento n. 1049/2001 mira a conferire al pubblico un diritto di accesso ai documenti delle istituzioni interessate il più ampio possibile.

83. Tuttavia le eccezioni al diritto di accesso ai documenti, che figurano segnatamente all'articolo 4 di tale regolamento, non possono, quando come nella presente causa i documenti presi in considerazione dalla domanda di accesso rientrano in un settore particolare del diritto dell'Unione, nel caso di specie un procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE, essere interpretati senza tener conto delle regole specifiche che disciplinano l'accesso ai documenti in parola le quali sono previste, nel caso sub iudice, dai regolamenti nn. 1/2003 e 773/2004. Infatti questi due ultimi regolamenti perseguono in materia obiettivi diversi da quelli perseguiti dal regolamento n. 1049/2001, dal momento che sono diretti a garantire l'osservanza dei diritti della difesa di cui fruiscono le parti interessate e l'esame diligente delle denunce, pur garantendo il rispetto del segreto d'ufficio nei procedimenti di applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], e non a rendere agevole quanto più possibile l'esercizio del diritto di accesso ai documenti, nonché a promuovere le corrette prassi amministrative garantendo la maggior trasparenza possibile del processo decisionale delle pubbliche autorità nonché delle informazioni sulle quali si basano le loro decisioni (v., per analogia, citate sentenze Commissione/*Editions Odile Jacob*, punto 109, e Commissione/*Agrofert Holding*, punto 51).

84. Poiché tali regolamenti non contengono disposizioni che prevedano espressamente la prevalenza

di uno dei regolamenti sull'altro, occorre garantire un'applicazione di ciascuno dei suddetti regolamenti che sia compatibile con quella dell'altro e ne consenta quindi un'applicazione coerente (v., per analogia, sentenze del 29 giugno 2010, Commissione/Bavarian Lager, C-28/08 P, Racc. pag. I-6055, punto 56; Commissione/Éditions Odile Jacob, cit., punto 110, e Commissione/Agrofert Holding, cit., punto 52).

85. Orbene, da una parte, conformemente alla giurisprudenza richiamata al punto 61 della presente sentenza, se il regolamento n. 1049/2001 è diretto a conferire al pubblico un diritto di accesso ai documenti delle istituzioni il più ampio possibile, tale diritto è assoggettato a taluni limiti fondati su ragioni di interesse pubblico o privato.

86. D'altra parte, gli articoli 27, paragrafo 2, e 28 del regolamento n. 1/2003 nonché gli articoli 6, 8, 15 e 16 del regolamento n. 773/2004 disciplinano in maniera restrittiva l'uso dei documenti compresi nel fascicolo relativo ad un procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE], limitando l'accesso agli atti alle «parti interessate» ed ai «denuncianti» la cui denuncia la Commissione si prefigge di rigettare, con riserva della non divulgazione dei segreti aziendali e di altre informazioni riservate delle imprese nonché dei documenti interni della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e purché i documenti resi accessibili siano utilizzati solo ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi vertenti sull'applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE].

87. Risulta da quanto precede che non soltanto le parti di un procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE] non dispongono di un diritto di accesso illimitato ai documenti compresi nel fascicolo della Commissione, ma che, inoltre, i terzi, ad eccezione dei denunciati, non dispongono, nell'ambito di un procedimento siffatto, del diritto di accesso ai documenti del fascicolo della Commissione (v., per analogia, sentenza Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, cit., punto 58).

88. Tali considerazioni devono essere tenute nel debito conto ai fini dell'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001, nonché dell'articolo 4, paragrafo 3, secondo comma, del medesimo regolamento. Infatti, se persone diverse da quelle che hanno il diritto di accesso al fascicolo in virtù dei regolamenti nn. 1/2003 e 773/2004 o quelle che, disponendo in linea di principio di un diritto siffatto, non se ne sono avvalse o a cui è stato opposto un rifiuto fossero in grado di ottenere l'accesso ai documenti sul fondamento del regolamento n. 1049/2001, il regime di accesso al fascicolo istituito dai regolamenti nn. 1/2003 e 773/2004 sarebbe messo in discussione (v., per analogia, citate sentenze Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, punto 58; Svezia e a./API e Commissione, punto 100; Commissione/Éditions Odile Jacob, punto 122; Commissione/Agrofert Holding, punto 63, nonché LPN e Finlandia/Commissione, punto 58) [...] ».

Sulla possibilità di rovesciare la presunzione generale di rifiuto di accesso ai documenti in questione, la Corte ha, invece, osservato:

« [...] 100. Si deve tuttavia sottolineare che la presunzione di carattere generale summenzionata non esclude la possibilità di dimostrare che un dato documento, del quale viene chiesta la divulgazione, non rientra nella presunzione in parola o che sussiste un interesse pubblico prevalente alla divulgazione del suddetto documento ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001 (citare sentenze Commissione/Technische Glaswerke Ilmenau, punto 62; Commissione/Éditions Odile Jacob, punto 126; Commissione/Agrofert Holding, punto 68, nonché LPN e Finlandia/Commissione, punto 66).

101. Per contro, l'esigenza di verificare se la presunzione generale in questione si applichi concretamente non può essere interpretata nel senso che la Commissione dovrebbe esaminare singolarmente tutti i documenti chiesti nel caso di specie. Una simile esigenza priverebbe detta presunzione generale del suo effetto utile, ovvero consentire alla Commissione di rispondere ad una

domanda di accesso globale in modo altrettanto globale (sentenza LPN e Finlandia/Commissione, cit., punto 68).

102. Nel caso di specie si deve constatare che la sentenza impugnata non fa risultare alcun elemento atto a rovesciare la suddetta presunzione.

103. È ben vero che risulta implicitamente da tale sentenza, segnatamente dal suo punto 1, che l'EnBW, al momento della presentazione della sua domanda di accesso ai documenti in questione, sembrava intenzionata a chiedere il risarcimento del danno che pretendeva di aver subito in ragione dell'intesa che è stato oggetto della decisione AIG.

104. Orbene, come rilevato giustamente dal Tribunale al punto 128 della sentenza impugnata, chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno che gli avrebbe causato una violazione dell'articolo 81 CE. Un siffatto diritto rafforza il carattere operativo delle regole dell'Unione relative alla concorrenza, contribuendo in tal modo al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 20 settembre 2001, Courage e Crehan, C-453/99, Racc. pag. I-6297, punti 26 e 27; del 13 luglio 2006, Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, Racc. pag. I-6619, punto 91; del 14 giugno 2011, Pfeleiderer, C-360/09, Racc. pag. I-5161, punto 28, nonché del 6 giugno 2013, Donau Chemie e a., C-536/11, punto 23).

105. Tuttavia considerazioni tanto generiche non possono, in quanto tali, essere idonee a prevalere sulle ragioni che giustificano il diniego di divulgazione dei documenti in questione (v., in tal senso, sentenza Svezia e a./API e Commissione, cit., punto 158).

106. Infatti, al fine di garantire una tutela effettiva del diritto al risarcimento di cui gode un richiedente, non è necessario che qualsiasi documento oggetto di un procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE] sia comunicato a siffatto richiedente per il solo fatto che quest'ultimo intende proporre un'azione di risarcimento, essendo poco probabile che l'azione di risarcimento debba fondarsi su tutti gli elementi contenuti nel fascicolo relativo al suddetto procedimento (v., in tal senso, sentenza Donau Chemie e a., cit., punto 33).

107. Spetta quindi a chiunque voglia ottenere il risarcimento del danno subito in ragione di una violazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE] provare la necessità per esso sussistente di accedere all'uno o all'altro documento compreso nel fascicolo della Commissione, affinché quest'ultima possa, caso per caso, soppesare gli interessi che giustificano la comunicazione di tali documenti e la loro protezione, tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti nella fattispecie (v., per analogia, citate sentenze Commissione/Bavarian Lager, punti 77 e 78, nonché Donau Chemie e a., punti 30 e 34).

108. In mancanza di una necessità siffatta, l'interesse esistente ad ottenere il risarcimento del danno subito in ragione di una violazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE] non può costituire un interesse pubblico prevalente ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001 (v., in tal senso, sentenza Commissione/Agrofert Holding, cit., punto 86).

109. Risulta dalle considerazioni precedenti che la sentenza impugnata è inficiata da errori di diritto, in particolare ai punti da 56 a 63, da 118 a 122 nonché 172 e 174, dato che il Tribunale ha considerato, in assenza di qualsiasi elemento idoneo a rovesciare la presunzione di cui ai punti 92 e 93 della presente sentenza, che la Commissione era tenuta a procedere ad un esame concreto e specifico di ciascun documento del fascicolo in questione, relativo ad un procedimento di applicazione dell'articolo 81 CE [ora articolo 101 TFUE] il quale non era concluso, onde verificare se, tenuto conto del suo contenuto specifico, la sua divulgazione avrebbe arrecato pregiudizio alla tutela degli interessi commerciali e degli obiettivi delle attività di indagine, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, primo e terzo trattino, del regolamento n. 1049/2001 [...] ».

Sull'eccezione al diritto di accesso ai documenti prevista all'articolo 4, paragrafo 3, secondo comma, del regolamento n. 1049/2001, la Corte ha osservato:

« [...] 114. [...] occorre ammettere l'esistenza di una presunzione generale secondo la quale l'obbligo

che si imporrebbe alla [Commissione] di divulgare, durante [il] procedimento, riflessioni ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, secondo comma, del regolamento n. 1049/2001 pregiudicherebbe seriamente il processo decisionale di tale istituzione (v., in tal senso, sentenza Commissione/Éditions Odile Jacob, cit., punto 130).

115. Di conseguenza, il Tribunale, avendo constatato che era «plausibile» che, alla luce delle spiegazioni fornite dinanzi ad esso dalla Commissione, numerosi documenti rientrassero nella categoria 5, lettera a), del fascicolo in questione, non poteva, senza commettere errore di diritto, addebitare alla Commissione di non aver dimostrato sotto quale profilo siffatti documenti fossero idonei a fruire dell'eccezione prevista all'articolo 4, paragrafo 3, secondo comma, del regolamento n. 1049/2001.

116 Anche in ragione della presunzione generale di cui al punto 115 della presente sentenza, la Commissione non può infatti essere tenuta a dimostrare nella sua decisione che ciascun documento in questione costituisca una riflessione ai sensi della disposizione in parola. Poiché la Commissione ha esposto nella fattispecie dinanzi al Tribunale sotto quale profilo i documenti in questione avevano tale natura e poiché quest'ultimo ha considerato esso stesso che era plausibile che molti di essi ce l'avessero, il Tribunale avrebbe dovuto inferirne che tali documenti rientravano nella suddetta presunzione generale, di modo che la Commissione era dispensata dal dimostrare concretamente e specificamente che l'accesso a questi ultimi poteva pregiudicare seriamente il suo processo decisionale.

117. Occorre tuttavia ricordare che, conformemente alla giurisprudenza ricordata al punto 100 della presente sentenza, la citata presunzione generale non esclude la possibilità di dimostrare che un determinato documento, di cui si richiede la divulgazione, non rientra in tale presunzione o che sussiste un interesse pubblico prevalente che ne giustifica la divulgazione a norma dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento n. 1049/2001.

118. Si deve però constatare che la sentenza impugnata non fa emergere alcun elemento idoneo a rovesciare siffatta presunzione [...] ».

14 giugno 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, causa C-360/09, Raccolta, non ancora pubblicata.

Il 21 gennaio 2008 il Bundeskartellamt, in applicazione dell'art. 81 CE (ora art. 101 TFUE), ha inflitto ammende per un importo totale di EUR 62 milioni a carico di tre imprese europee produttrici di carte decorative e di cinque persone fisiche personalmente responsabili, per la conclusione di accordi riguardanti la fissazione dei prezzi e la chiusura delle capacità. Le imprese interessate non hanno proposto ricorso e le decisioni che hanno inflitto le suddette ammende sono divenute definitive. A seguito di detto procedimento, in data 26 febbraio 2008 la Pfleiderer ha chiesto al Bundeskartellamt di consentirle un accesso integrale agli atti relativi al procedimento sanzionatorio nel settore delle carte decorative, al fine di predisporre azioni civili di risarcimento del danno. Tale impresa è acquirente di carte decorative e più precisamente di carte speciali per il trattamento superficiale di prodotti in legno composito. La Pfleiderer è uno dei tre produttori leader a livello mondiale di prodotti in legno composito, superfici finite e pavimentazioni laminare ed ha dichiarato di aver comprato, negli ultimi tre anni, merci per un valore superiore a EUR 60 milioni dalle imprese produttrici di carta decorativa che sono state sanzionate. Con lettera dell'8 maggio 2008 il Bundeskartellamt ha risposto alla domanda di accesso agli atti comunicando in forma anonima le tre decisioni che hanno inflitto le ammende, nonché un elenco degli elementi di prova raccolti nel corso della perquisizione. Con una seconda lettera la Pfleiderer ha quindi espressamente richiesto al Bundeskartellamt l'accesso a tutti gli atti del fascicolo, compresi i documenti relativi alle domande di trattamento favorevole volontariamente trasmessi dai richiedenti e gli elementi di prova posti sotto sequestro. Il 14 ottobre 2008 il Bundeskartellamt ha parzialmente respinto tale domanda ed ha limitato l'accesso al fascicolo ad una versione da cui erano stati espunti i segreti aziendali, i documenti interni e i documenti di cui al punto 22 della comunicazione del Bundeskartellamt sulla

clemenza, senza concedere neppure l'accesso agli elementi di prova posti sotto sequestro. La Pfeiderer ha pertanto proposto ricorso dinanzi all'Amtsgericht Bonn avverso tale decisione di rigetto parziale e l'Amtsgericht Bonn ha adottato una decisione con cui ha ordinato al Bundeskartellamt di consentire alla Pfeiderer l'accesso agli atti, tramite il suo avvocato. Nello specifico l'Amtsgericht Bonn ha ordinato l'accesso agli elementi del fascicolo che il richiedente il trattamento favorevole ha volontariamente messo a disposizione dell'autorità garante della concorrenza tedesca nonché ai documenti a carico ed agli elementi di prova raccolti. Quanto ai segreti aziendali ed ai documenti interni, vale a dire le indicazioni del Bundeskartellamt e la corrispondenza redatta nell'ambito della Rete europea della concorrenza (la «REC»), l'accesso ai medesimi è stato limitato. Secondo l'Amtsgericht Bonn, occorre ponderare i differenti interessi al fine di determinare la portata di tale diritto, circoscritto ai documenti necessari per suffragare il diritto al risarcimento. Tuttavia l'Amtsgericht Bonn, ritenendo che la soluzione della controversia di cui è stato investito richieda l'interpretazione del diritto dell'Unione, ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte se le disposizioni del diritto comunitario in materia di intese debbano essere interpretate nel senso che i soggetti danneggiati da un'intesa che intendano promuovere un'azione risarcitoria di diritto civile non possono avere accesso alle domande di trattamento favorevole né alle informazioni e ai documenti che i richiedenti il beneficio del trattamento favorevole abbiano spontaneamente trasmesso all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, in conformità di un programma nazionale di clemenza, nell'ambito di un procedimento sanzionatorio volto (anche) a far osservare l' 81 CE (ora art. 101 TFUE). La Corte ha osservato:

20 Occorre [...] rilevare che né le disposizioni del Trattato CE in materia di concorrenza né il regolamento n. 1/2003 prevedono norme comuni di clemenza o norme comuni riguardanti il diritto di accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza spontaneamente trasmessi ad un'autorità nazionale garante della concorrenza in applicazione di un programma nazionale di clemenza.

21 Quanto alle comunicazioni della Commissione, relative l'una alla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (GU 2004, C 101, pag. 43) e l'altra all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (GU 2006, C 298, pag. 17), occorre rilevare che esse non sono vincolanti nei confronti degli Stati membri. Inoltre, quest'ultima comunicazione riguarda solamente programmi di clemenza attuati dalla Commissione stessa.

22 Nell'ambito della REC è stato inoltre elaborato ed adottato, nel corso del 2006, un programma modello in materia di clemenza volto ad armonizzare taluni elementi dei programmi nazionali in materia. Tuttavia, neppure questo programma modello ha efficacia vincolante nei confronti dei giudici degli Stati membri.

23 Quindi, anche se gli orientamenti espressi dalla Commissione possono influire sulla prassi delle autorità nazionali garanti della concorrenza, spetta agli Stati membri, in mancanza di una disciplina vincolante del diritto dell'Unione in materia, adottare ed applicare le norme nazionali riguardanti il diritto di accesso dei soggetti danneggiati da un'intesa ai documenti relativi a procedimenti di clemenza.

24 Tuttavia, anche se l'adozione e l'applicazione di tali norme rientrano nella competenza degli Stati membri, questi devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 12 novembre 2009, causa C-154/08, Commissione/Spagna, punto 121 e giurisprudenza ivi citata). In particolare, essi non possono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 16 luglio 1998, causa C-298/96, Oelmühle e Schmidt Söhne, Racc. pag. I-4767, punti 23 e 24 nonché la giurisprudenza citata) e, per quanto riguarda in particolare il settore del diritto della concorrenza, essi devono assicurarsi che le norme che adottano o applicano non pregiudichino l'effettiva applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE (v., in tal senso, sentenza VEBIC, cit., punto 57).

25 Orbene, come sostenuto dalla Commissione e dagli Stati membri che hanno presentato osservazioni in questo procedimento pregiudiziale, i programmi di clemenza costituiscono strumenti utili nella lotta efficace per individuare e porre termine a violazioni delle norme di concorrenza e contribuiscono, quindi, all'obiettivo dell'effettiva applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE.

26 L'efficacia di tali programmi potrebbe tuttavia essere compromessa dalla comunicazione dei documenti relativi ad un procedimento di clemenza ai soggetti che intendano promuovere un'azione risarcitoria, anche qualora le autorità nazionali garanti della concorrenza concedano al richiedente il trattamento favorevole un'esenzione totale o parziale dall'ammenda che avrebbero potuto infliggere.

27 Infatti, sembra ragionevole ipotizzare che un soggetto coinvolto in un'infrazione al diritto della concorrenza, di fronte all'eventualità di una simile comunicazione, sia dissuaso dall'avvalersi della possibilità offerta da simili programmi di clemenza, considerato in particolare che le informazioni spontaneamente fornite da tale soggetto possono costituire oggetto di scambio tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza ai sensi degli artt. 11 e 12 del regolamento n. 1/2003.

28 Nondimeno, secondo costante giurisprudenza, chiunque ha diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza (v. sentenze 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage e Crehan, Racc. pag. I-6297, punti 24 e 26, nonché 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Manfredi e a., Racc. pag. I-6619, punti 59 e 61).

29 Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o a falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione europea (v. sentenza Courage e Crehan, cit., punto 27).

30 Così, esaminando una domanda di accesso ai documenti relativi ad un programma di clemenza proposta da un soggetto che intenda essere risarcito da un altro soggetto beneficiario di un siffatto programma, è necessario assicurarsi che le norme nazionali applicabili non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano domande simili di natura interna, né siano formulate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il conseguimento di un simile risarcimento (v., in tal senso, sentenza Courage e Crehan, cit., punto 29), ed occorre effettuare un bilanciamento tra gli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni fornite spontaneamente dal richiedente il trattamento favorevole e quelli posti a tutela delle informazioni stesse.

31 Tale bilanciamento può essere compiuto dai giudici nazionali solamente caso per caso, nell'ambito del diritto nazionale, e tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie.

6 giugno 2013, Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e a., causa C-536/11, Raccolta, non ancora pubblicata.

Con decisione del 26 marzo 2010, l'Oberlandesgericht Wien (tribunale della concorrenza) ha inflitto ammende per un importo totale di EUR 1,5 milioni alla Donau Chemie e a. per violazione, in particolare, dell'articolo 101 TFUE sul mercato all'ingrosso dei prodotti chimici per la stampa. Con decisione del 4 ottobre 2010, l'Oberster Gerichtshof ha confermato in appello tale decisione dell'Oberlandesgericht Wien, che è quindi passata in giudicato. L'associazione di imprese VMDT è stata creata al fine di difendere gli interessi dei suoi membri, tra i quali figurano, segnatamente, imprese del settore della stampa. Il 3 luglio 2011 esso ha chiesto all'Oberlandesgericht Wien l'accesso al fascicolo relativo al procedimento giudiziario tra la BWB e la Donau Chemie e a. Tale domanda mirava a raccogliere elementi che consentissero di esaminare, in particolare, il tipo e l'ammontare del pregiudizio eventualmente subito dai membri del VMDT in conseguenza delle infrazioni commesse dalla Donau Chemie e a., e di valutare se fosse opportuno promuovere un'azione di risarcimento avverso tali imprese. Sul fondamento dell'articolo 39, paragrafo 2, del KartG, tutte le parti del procedimento giudiziario tra la BWB e la Donau Chemie e a. hanno rifiutato di consentire che il

VDMT fosse autorizzato ad accedere a detto fascicolo. In tale contesto, l'Oberlandesgericht Wien ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte se il diritto dell'Unione osti ad una disposizione nazionale in materia di intese che subordina senza eccezioni al consenso di tutte le parti del procedimento l'autorizzazione di accesso al fascicolo processuale a terzi che non siano parti del procedimento, affinché questi ultimi possano intentare azioni di risarcimento danni nei confronti delle imprese partecipanti alle intese, e che non consente al giudice un bilanciamento caso per caso degli interessi tutelati dal diritto dell'Unione ai fini della determinazione delle condizioni alle quali l'accesso al fascicolo è autorizzato oppure negato. La Corte ha osservato:

«30 [...] si deve rilevare che, nell'ambito dell'esercizio della loro competenza al fine di applicare le norme nazionali relative al diritto di coloro che si ritengono danneggiati da un'intesa di accedere ai documenti concernenti i procedimenti nazionali aventi ad oggetto tale intesa, è necessario che i giudici nazionali effettuino un bilanciamento degli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni e la protezione delle stesse (v., in tal senso, sentenza Pfleiderer, cit., punto 30).

31 La necessità di un tale bilanciamento risiede nel fatto che, in particolare in materia di concorrenza, qualsiasi regola rigida, nel senso sia di un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione sia di un accesso generalizzato a tali documenti, può pregiudicare l'effettiva applicazione, segnatamente, dell'articolo 101 TFUE e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli.

32 Infatti, da un lato, nel caso di una norma che preveda il diniego di accesso ai documenti oggetto di un procedimento in materia di concorrenza, si deve necessariamente constatare che essa sarebbe atta a rendere impossibile, o per lo meno eccessivamente difficile, la tutela del diritto al risarcimento di cui godono i soggetti danneggiati da una violazione dell'articolo 101 TFUE. Lo stesso si verifica in particolare quando solo l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento svoltosi dinanzi all'autorità nazionale garante della concorrenza competente consente a tali soggetti di disporre degli elementi di prova necessari per fondare la loro domanda di risarcimento. Infatti, nel caso in cui tali soggetti non dispongano di nessun'altra possibilità di procurarsi tali elementi di prova, il diniego di accesso al fascicolo che viene loro opposto rende privo di qualsiasi effetto utile il diritto al risarcimento loro riconosciuto direttamente dal diritto dell'Unione.

33 Dall'altro lato, nel caso di una norma secondo la quale i documenti oggetto di un procedimento in materia di concorrenza dovrebbero essere comunicati al richiedente per il solo fatto che quest'ultimo intende proporre un'azione di risarcimento, occorre anzitutto rilevare che tale norma di accesso generalizzato non sarebbe necessaria al fine di garantire una tutela effettiva del diritto al risarcimento di cui gode il richiedente, essendo poco probabile che l'azione di risarcimento debba fondarsi su tutti gli elementi contenuti nel fascicolo relativo a detto procedimento. Inoltre, tale norma potrebbe comportare la violazione di altri diritti che il diritto dell'Unione conferisce, segnatamente, alle imprese interessate, come il diritto alla tutela del segreto professionale o del segreto commerciale, o ai singoli interessati, come il diritto alla protezione dei dati personali. Da ultimo, un accesso generalizzato sarebbe inoltre idoneo a recare pregiudizio a interessi pubblici quali l'efficacia della politica di repressione delle violazioni del diritto della concorrenza, in quanto potrebbe dissuadere i soggetti che hanno partecipato a una violazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE dal collaborare con le autorità garanti della concorrenza (v., in tal senso, sentenza Pfleiderer, cit., punto 27).

34 Ne consegue che, come la Corte ha già avuto occasione di precisare, il bilanciamento degli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni e la protezione delle stesse può essere compiuto dai giudici nazionali solamente caso per caso, nell'ambito del diritto nazionale, e tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti della fattispecie (sentenza Pfleiderer, cit., punto 31).

35 Se, come rilevato dal governo austriaco, è certamente vero che tale bilanciamento dev'essere effettuato nell'ambito del diritto nazionale, tale diritto non può essere strutturato in maniera tale da escludere del tutto la possibilità, per i giudici nazionali, di effettuare detto bilanciamento caso per caso.

36 Orbene, dalla decisione di rinvio e dall'insieme delle osservazioni presentate alla Corte emerge che, ai sensi dell'articolo 39, paragrafo 2, del KartG, l'accesso al fascicolo del Tribunale della concorrenza è concesso alla sola condizione che nessuna delle parti del procedimento vi si opponga.

37 In una tale situazione i giudici nazionali chiamati a statuire su una domanda di accesso a tale fascicolo non hanno nessuna possibilità di bilanciare gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione. In particolare, tali giudici, che possono soltanto prendere atto del consenso o del rifiuto espresso dalle parti del procedimento per quanto concerne la divulgazione degli elementi contenuti in detto fascicolo, non possono intervenire al fine di tutelare l'interesse pubblico prevalente o legittimi interessi prevalenti di altri soggetti, segnatamente per permettere la comunicazione dei documenti richiesti in caso di rifiuto opposto da una sola di tali parti.

38 Peraltro, dalla decisione di rinvio emerge inoltre che le parti del procedimento svoltosi dinanzi al Tribunale della concorrenza possono opporsi all'accesso al fascicolo senza dover fornire giustificazioni. Tale possibilità lascia sussistere, in pratica, un rischio di rigetto sistematico di qualsiasi domanda di accesso, qualora, in particolare, quest'ultima riguardi documenti la cui divulgazione sia contraria agli interessi delle parti del procedimento, compresi i documenti che potrebbero contenere elementi di prova sui quali potrebbe fondarsi una domanda di risarcimento e ai quali il richiedente non potrebbe accedere per altre vie.

39 Ne consegue che, poiché la norma di diritto nazionale di cui trattasi nel procedimento principale lascia alle parti del procedimento che hanno violato l'articolo 101 TFUE la possibilità d'impedire ai soggetti asseritamente danneggiati dalla violazione di tale disposizione di avere accesso ai documenti in questione, senza tenere conto della circostanza che tale accesso potrebbe rappresentare la sola possibilità offerta a tali soggetti di ottenere gli elementi di prova necessari al fine di fondare la loro domanda di risarcimento, tale norma è atta a rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento riconosciuto a tali soggetti dal diritto dell'Unione.

40 Tale interpretazione non può essere rimessa in discussione dall'argomento del governo austriaco, secondo cui siffatta norma sarebbe necessaria, in particolare per quanto riguarda i documenti versati dalle parti al fascicolo relativo al procedimento in applicazione di un programma di clemenza, al fine di garantire l'efficacia di tale programma e, in tal modo, quella dell'applicazione dell'articolo 101 TFUE.

41 Certamente, come è stato rilevato al punto 33 della presente sentenza, gli Stati membri non possono disciplinare l'accesso al fascicolo in maniera tale da arrecare pregiudizio a interessi pubblici, quali, in particolare, l'efficacia della politica di repressione delle violazioni del diritto della concorrenza.

42 In proposito, la Corte ha riconosciuto che i programmi di clemenza costituiscono strumenti utili nella lotta efficace per individuare e porre termine a violazioni delle regole di concorrenza e contribuiscono, quindi, all'obiettivo dell'effettiva applicazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE, e che l'efficacia di tali programmi potrebbe essere compromessa dalla comunicazione dei documenti relativi a un procedimento di clemenza ai soggetti che intendano promuovere un'azione risarcitoria. Infatti, sembra ragionevole ipotizzare che un soggetto coinvolto in una violazione del diritto della concorrenza, di fronte all'eventualità di una simile comunicazione, sia dissuaso dall'avvalersi della possibilità offerta da simili programmi di clemenza (sentenza *Pfleiderer*, cit., punti da 25 a 27).

43 Tuttavia, si deve necessariamente constatare che, anche se tali considerazioni possono giustificare la possibilità di negare l'accesso a taluni documenti contenuti nel fascicolo di un procedimento nazionale in materia di concorrenza, esse non implicano però che tale accesso possa essere negato sistematicamente, dato che qualsiasi domanda di accesso ai documenti in questione deve formare oggetto di una valutazione caso per caso che tenga conto di tutti gli elementi della causa (v., in tal senso, sentenza *Pfleiderer*, cit., punto 31).

44 Nell'ambito di tale valutazione, spetta ai giudici nazionali valutare, da un lato, l'interesse del richiedente a ottenere l'accesso a tali documenti al fine di preparare il proprio ricorso per risarcimento, tenuto conto in particolare delle altre possibilità eventualmente a sua disposizione.

45 Dall'altro, tali giudici devono prendere in considerazione le conseguenze effettivamente pregiudizievoli alle quali tale accesso può dare luogo alla luce dell'interesse pubblico o di legittimi interessi di altri soggetti.

46 In particolare, per quanto riguarda l'interesse pubblico relativo all'efficacia dei programmi di clemenza al quale il governo austriaco fa riferimento nella fattispecie, va rilevato che, tenuto conto dell'importanza delle azioni di risarcimento danni promosse dinanzi ai giudici nazionali per il mantenimento di una concorrenza effettiva nell'Unione (v. sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto 27), la semplice allegazione del rischio che l'accesso agli elementi di prova, contenuti nel fascicolo di un procedimento in materia di concorrenza e necessari per fondare tali azioni, pregiudichi l'efficacia di un programma di clemenza, nel cui contesto tali documenti sono stati comunicati all'autorità garante della concorrenza competente, non può essere sufficiente per giustificare il diniego di accesso a tali elementi.

47 Per contro, il fatto che tale diniego possa impedire l'esercizio di tali azioni, fornendo peraltro alle imprese interessate, che possono avere già beneficiato di un'immunità, per lo meno parziale, in materia di sanzioni pecuniarie, la possibilità di sottrarsi altresì all'obbligo di risarcire i danni derivanti dalla violazione dell'articolo 101 TFUE, e ciò a scapito dei soggetti danneggiati, impone che tale diniego sia fondato su ragioni imperative attinenti alla protezione dell'interesse dedotto e applicabili a ogni documento al quale l'accesso è stato negato.

48 Infatti, soltanto l'esistenza del rischio che un determinato documento rechi concretamente pregiudizio all'interesse pubblico attinente all'efficacia del programma nazionale di clemenza può giustificare il fatto che tale documento non sia divulgato».

21 maggio 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV*, e a. causa C-352/13, Raccolta, non ancora pubblicata.

La CDC, società di diritto belga con sede a Bruxelles, ha per oggetto il recupero giudiziale e stragiudiziale di crediti risarcitori di imprese lese da un'intesa. Con atto introduttivo del 16 marzo 2009, essa ha proposto un'azione risarcitoria dinanzi al giudice del rinvio nei confronti di sei imprese di prodotti chimici che, ad eccezione di una, con sede a Essen (Germania), hanno la sede in cinque Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania. A sostegno della propria azione, nell'ambito della quale la CDC mira ad ottenere la condanna in solido delle convenute nel procedimento principale al risarcimento del danno e alla produzione di informazioni, tale società richiama la decisione 2006/903/CE della Commissione, del 3 maggio 2006, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 81 [CE] e dell'articolo 53 dell'accordo SEE nei confronti di Akzo Nobel NV e di altre imprese, nella quale la Commissione europea ha accertato che, per quanto riguarda il perossido di idrogeno e il perborato di sodio, le convenute nel procedimento principale e altre imprese hanno preso parte a un'infrazione unica e continuata e violato così il divieto di intese di cui all'articolo 81 CE e all'articolo 53 dell'Accordo SEE. In tale contesto, il giudice del rinvio ritiene di poter essere internazionalmente competente esclusivamente in forza delle disposizioni degli articoli 5, punto 3, e 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001. Se le condizioni di una siffatta competenza fossero soddisfatte, la CDC sarebbe libera di citare le convenute nel procedimento principale dinanzi a uno dei giudici competenti in forza di dette disposizioni, a meno che la competenza di tali giudici non sia validamente esclusa per effetto dell'articolo 23 di detto regolamento o di una clausola compromissoria. Per tali motivi il Landgericht Dortmund ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: 1) se l'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che, nel caso di un'azione proposta congiuntamente nei confronti di un convenuto domiciliato nello Stato del foro e di ulteriori convenuti domiciliati in altri Stati membri dell'Unione europea per ottenere informazioni e un risarcimento danni a seguito di un'infrazione unica e continuata all'articolo 81 CE, all'articolo 101 TFUE e all'articolo 53 dell'Accordo SEE accertata dalla Commissione europea,

compiuta in più Stati membri con una diversa partecipazione a livello locale e temporale da parte dei convenuti, si rende opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili. Se, al riguardo, occorra tener conto del fatto che, dopo la notifica a tutti i convenuti, prima della scadenza dei termini fissati dal giudice per il controricorso e prima dell'inizio della prima udienza, l'attore abbia rinunciato all'azione nei confronti del convenuto domiciliato nello Stato del foro; 2) se l'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che occorre considerare, nel caso di un'azione proposta nei confronti di convenuti domiciliati in diversi Stati membri dell'Unione europea volta a ottenere informazioni e un risarcimento danni a seguito di un'infrazione unica e continuata all'articolo 81 CE, all'articolo 101 TFUE e all'articolo 53 dell'Accordo SEE accertata dalla Commissione europea, compiuta in diversi Stati membri con una diversa partecipazione a livello locale e temporale da parte dei convenuti, che l'evento dannoso è avvenuto in riferimento a ciascun convenuto e per l'insieme dei danni fatti valere o a un danno complessivo in quegli Stati membri in cui si sono conclusi e attuati accordi di cartello; 3) se, nel caso di azioni di risarcimento per violazione del divieto di intese di cui all'articolo 81 CE, all'articolo 101 TFUE e all'articolo 53 dell'Accordo SEE, il principio di diritto dell'Unione di effettiva attuazione del divieto di intese consenta di tener conto delle clausole compromissorie e delle clausole attributive di competenza contenute in contratti di fornitura, qualora ciò comporti una deroga al giudice competente a livello internazionale ai sensi dell'articolo 5, punto 3, e/o dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 nei confronti di tutti i convenuti e/o per tutte le rivendicazioni proposte o parte di esse. Sulle questioni pregiudiziali la Corte ha osservato:

Sulla prima questione

16 Al fine di rispondere a tale questione, occorre innanzitutto ricordare che l'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, deve essere interpretato in modo autonomo, alla luce del suo impianto sistematico e delle sue finalità (v. sentenza Reisch Montage, C-103/05, EU:C:2006:471, punto 29).

17 La norma sulla competenza di cui al citato articolo 6, punto 1, prevede che una persona possa essere convenuta, in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare, in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni tra loro incompatibili (sentenze Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 73, nonché Sapir e a., C-645/11, EU:C:2013:228, punto 40).

18 Tale norma speciale, poiché deroga alla competenza generale del foro del domicilio del convenuto di cui all'articolo 2 del regolamento n. 44/2001, è di stretta interpretazione, e non consente un'interpretazione che vada oltre le ipotesi prese in considerazione esplicitamente dal citato regolamento (v. sentenza Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 74).

[...]

20 Così, ai fini dell'applicazione dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, occorre verificare se fra le varie domande, promosse da uno stesso attore nei confronti di più convenuti, sussista un vincolo di connessione tale da rendere opportuna una decisione unica per evitare soluzioni che potrebbero essere tra di loro incompatibili se le cause fossero decise separatamente (v. sentenze Freeport, C-98/06, EU:C:2007:595, punto 39, nonché Sapir e a., C-645/11, EU:C:2013:228, punto 42). A tale proposito, affinché due o più decisioni possano essere considerate incompatibili, non è sufficiente che sussista una divergenza nella soluzione della controversia, dato che è anche necessario che tale divergenza si collochi nel contesto di una stessa fattispecie di fatto e di diritto (v. sentenze Freeport, C-98/06, EU:C:2007:595, punto 40; Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 79, nonché Sapir e a., C-645/11, EU:C:2013:228, punto 43).

21 Per quanto riguarda la condizione relativa all'esistenza di una stessa fattispecie di fatto e di diritto, essa si deve considerare soddisfatta in circostanze come quelle del procedimento principale.

Nonostante il fatto che le convenute nel procedimento principale abbiano partecipato in modo difforme, sia dal punto di vista geografico che dal punto di vista temporale, all'attuazione dell'intesa di cui trattasi, concludendo ed eseguendo contratti conformemente alla stessa, tale intesa costituiva, ai sensi della decisione 2006/903 sulla quale si basano le domande di cui al procedimento principale, un'infrazione unica e continuata all'articolo 101 TFUE e all'articolo 53 dell'Accordo SEE. Tuttavia, detta decisione non fissa le condizioni per la loro eventuale responsabilità civile, eventualmente in solido, poiché esse sono determinate dal diritto nazionale di ciascuno Stato membro.

22 Per quanto riguarda, infine, il rischio di decisioni incompatibili, poiché i vari diritti nazionali possono divergere riguardo alle condizioni della responsabilità civile dei partecipanti all'intesa illecita, da tale circostanza discende un rischio di pronunce tra loro incompatibili nel caso in cui siano proposte azioni da un'asserita vittima dell'intesa dinanzi ai giudici di diversi Stati membri.

23 Tuttavia, si deve ricordare che, anche nell'ipotesi in cui siano applicabili leggi diverse alle azioni di risarcimento del danno proposte dalla CDC nei confronti delle convenute nel procedimento principale in forza delle norme di diritto internazionale privato del giudice adito, una siffatta diversità di fondamenti giuridici non osta, di per sé, all'applicazione dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 a condizione che i convenuti potessero prevedere il rischio di essere citati in giudizio nello Stato membro in cui almeno uno di essi ha il proprio domicilio (v. sentenza Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 84).

24 Orbene, tale ultima condizione è soddisfatta in presenza di una decisione vincolante della Commissione che accerti un'infrazione unica al diritto dell'Unione e che basi su tale circostanza la responsabilità di ciascun partecipante per i danni risultanti da illeciti civili di qualsiasi partecipante a detta infrazione. In tali circostanze, infatti, detti partecipanti dovevano aspettarsi di essere perseguiti dinanzi ai giudici di uno Stato membro, nel quale uno qualsiasi di essi è domiciliato.

25 Si deve quindi ritenere che decidere separatamente azioni di risarcimento del danno nei confronti di più società con sede in Stati membri diversi che hanno partecipato a un'intesa unica e continuata, in violazione del diritto della concorrenza dell'Unione, possa portare a decisioni incompatibili ai sensi dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001.

26 Ciò premesso, si deve ancora esaminare in che misura la rinuncia della ricorrente nel procedimento principale alla sua azione unicamente nei confronti della convenuta domiciliata nello Stato membro in cui ha sede il giudice adito possa escludere l'applicabilità della norma sulla competenza prevista all'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001.

27 Secondo una giurisprudenza costante, tale norma non può essere applicata in modo da poter consentire ad un ricorrente di citare in giudizio più convenuti al solo scopo di sottrarre uno di essi alla competenza dei giudici dello Stato dove egli è domiciliato (sentenze Reisch Montage, C-103/05, EU:C:2006:471, punto 32, e Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 78).

28 La Corte ha nondimeno precisato che, qualora le domande promosse nei confronti dei vari convenuti siano connesse, ai sensi dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, al momento del loro esperimento, la norma sulla competenza enunciata in tale disposizione è applicabile senza che sia inoltre necessario verificare ulteriormente che dette domande non siano state presentate esclusivamente allo scopo di sottrarre uno di tali convenuti ai giudici dello Stato membro in cui egli ha il suo domicilio (v. sentenza Freeport, C-98/06, EU:C:2007:595, punto 54).

29 Ne consegue che, in presenza di domande che, al momento del loro esperimento, sono connesse ai sensi dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, il giudice adito può constatare un'eventuale elusione della norma sulla competenza contenuta in tale disposizione solo in presenza di indizi concludenti che gli consentano di giungere alla conclusione che l'attore abbia creato o mantenuto artificialmente le condizioni di applicazione di tale disposizione.

[...]

31 Al fine di poter escludere l'applicabilità della norma sulla competenza contenuta nell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, una siffatta allegazione deve tuttavia essere corroborata da indizi concludenti che dimostrino l'esistenza di una collusione tra le parti interessate allo scopo di

creare o di mantenere artificialmente le condizioni di applicazione di tale disposizione al momento della proposizione della domanda.

32 Sebbene spetti al giudice adito valutare tali indizi, si deve precisare che il solo fatto di aver condotto delle trattative in vista di un'eventuale transazione stragiudiziale non è atto a dimostrare una siffatta collusione. Per contro, sarebbe così se risultasse che una siffatta transazione è stata effettivamente conclusa, ma è stata dissimulata al fine di creare l'apparenza della sussistenza delle condizioni di applicazione dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001.

[...]

Sulla seconda questione

35 Poiché la fattispecie di cui al procedimento principale è caratterizzata dal raggruppamento, in capo alla ricorrente nel procedimento principale, di una pluralità di eventuali crediti risarcitori ceduti a quest'ultima da più imprese asseritamente vittime del cartello del perossido di idrogeno, si deve ricordare, innanzitutto, che una cessione di crediti operata dal creditore iniziale non può, di per sé, incidere sulla determinazione del giudice competente ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 (sentenza ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, punto 58).

36 Ne consegue che la localizzazione dell'evento dannoso deve essere esaminata per ciascun credito risarcitorio indipendentemente dal fatto che esso sia stato oggetto di cessione o di raggruppamento.

37 A tale riguardo, occorre ricordare che l'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 dev'essere interpretato in maniera autonoma e restrittiva (sentenza Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, punto 43).

38 Ciò non toglie che l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire», riportata dall'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 concerne sia il luogo in cui il danno si è concretizzato sia il luogo dell'evento causale che è all'origine di tale danno, cosicché il convenuto può essere citato, a scelta del ricorrente, dinanzi ai giudici di entrambi i luoghi in parola (sentenze Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, punto 25, e Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37 punto 45).

39 Ai sensi di una giurisprudenza costante, la norma sulla competenza prevista all'articolo 5, punto 3, del suddetto regolamento trova il suo fondamento nell'esistenza di un collegamento particolarmente stretto tra la contestazione e i giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire, il che giustifica un'attribuzione di competenza a questi ultimi ai fini della buona amministrazione della giustizia e dell'economia processuale (sentenze Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, punto 26, e Hi Hotel HCF, C-387/12, EU:C:2014:215, punto 28).

40 In materia di illeciti civili dolosi o colposi, infatti, il giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire è generalmente il più idoneo a pronunciarsi, in particolare per ragioni di prossimità alla controversia e di facilità di assunzione delle prove (sentenza Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, punto 27).

41 L'individuazione di uno degli elementi di collegamento riconosciuti dalla giurisprudenza ricordata al punto 38 della presente sentenza deve quindi consentire di radicare la competenza del giudice che ricopre obiettivamente la miglior posizione per valutare se ricorrano gli elementi costitutivi della responsabilità della persona convenuta, sebbene possa essere validamente adito solamente il giudice nel cui ambito di competenza territoriale si situa l'elemento di collegamento pertinente (sentenze Coty Germany, C-360/12, EU:C:2014:1318, punto 48, e Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, punto 47).

42 Occorre esaminare dove si situino, nelle circostanze di cui al procedimento principale, gli elementi di collegamento che possono radicare la competenza giurisdizionale in materia di illeciti civili dolosi o colposi.

Il luogo dell'evento causale

43 Per quanto riguarda il luogo dell'evento causale, si deve innanzitutto rilevare che, in circostanze come quelle del procedimento principale, gli acquirenti si sono invero riforniti nell'ambito di rapporti contrattuali con diversi partecipanti all'intesa di cui trattasi. Tuttavia, il fatto generatore del

danno asserito risiede non già in un'eventuale violazione degli obblighi contrattuali, bensì nella limitazione della libertà contrattuale a causa di tale intesa, poiché detta limitazione comporta l'impossibilità per l'acquirente di rifornirsi a un prezzo determinato secondo le leggi del mercato.

44 In tali circostanze, il luogo dell'evento causale di un danno consistente in costi supplementari che un acquirente ha dovuto pagare a causa del fatto che un'intesa ha falsato i prezzi sul mercato può essere individuato, in astratto, in quello della conclusione di tale intesa. Una volta che detta intesa è conclusa, infatti, i partecipanti si adoperano affinché, tramite le loro azioni o omissioni, il gioco della concorrenza sia bloccato e i prezzi siano falsati. Nell'ipotesi in cui tale luogo sia conosciuto, l'attribuzione della competenza ai giudici di detto luogo risponderebbe agli obiettivi ricordati al punto 39 della presente sentenza.

45 Tale considerazione non è tuttavia pertinente in circostanze come quelle del procedimento principale, in cui, secondo le constatazioni della Commissione, espresse nella decisione di rinvio, non sarebbe possibile individuare un luogo unico dove l'intesa di cui trattasi sia stata conclusa, poiché essa era costituita da una serie di accordi collusivi adottati in occasione di varie riunioni e consultazioni che si sono svolte in diversi luoghi all'interno dell'Unione.

46 Quanto precede fa salva l'ipotesi in cui la conclusione di un singolo accordo tra quelli che hanno, nel loro complesso, costituito l'intesa illecita di cui trattasi sia di per sé sola l'evento causale del danno asseritamente arrecato a un acquirente, nel qual caso il giudice nel cui ambito di competenza territoriale è stato concluso l'accordo di cui trattasi sarebbe quindi competente a pronunciarsi sul danno così causato a detto acquirente.

47 In quest'ultima ipotesi nonché in quella in cui il giudice del rinvio dovesse giungere alla conclusione che l'intesa di cui al procedimento principale è stata comunque definitivamente conclusa nel suo ambito di competenza territoriale, occorre ancora chiarire se più partecipanti a tale intesa possano essere convenuti dinanzi a uno stesso giudice.

48 In un'altra circostanza, la Corte ha invero dichiarato che l'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 non consente di radicare, in base al luogo dell'evento generatore ascritto ad uno dei presunti autori di un danno, che non è parte in causa, la competenza giurisdizionale a pronunciarsi su un'azione diretta nei confronti di un altro presunto autore di tale danno che non ha agito nell'ambito di competenza territoriale del giudice adito (sentenza *Melzer*, C-228/11, EU:C:2013:305, punto 41).

49 Per contro, in circostanze come quelle del procedimento principale, nulla si oppone a che più coautori siano convenuti insieme dinanzi a uno stesso giudice.

50 Ne consegue che l'attribuzione, in forza dell'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001, della competenza a pronunciarsi, in base al criterio dell'evento causale e nei confronti di tutti gli autori di un'intesa illecita, su un danno asseritamente cagionato da quest'ultima dipende dall'individuazione, nell'ambito della competenza territoriale del giudice adito, di un evento concreto al momento del quale o è stata definitivamente conclusa tale intesa, o è stato adottato un accordo che sia di per sé solo l'evento causale del danno asseritamente arrecato a un acquirente.

Il luogo in cui il danno si è concretizzato

51 Com'è stato ricordato al punto 41 della presente sentenza, l'individuazione del luogo in cui il danno si è concretizzato deve consentire di radicare la competenza del giudice che ricopre obiettivamente la miglior posizione per valutare se ricorrano gli elementi costitutivi della responsabilità della persona convenuta.

52 Dalla giurisprudenza della Corte risulta che il luogo in cui il danno si è concretizzato è quello in cui il danno asserito si manifesta concretamente (v. sentenza *Zuid-Chemie*, C-189/08, EU:C:2009:475, punto 27). Trattandosi di un danno consistente in costi supplementari pagati a causa di un prezzo artificialmente elevato, come quello del perossido di idrogeno che era stato oggetto dell'intesa di cui al procedimento principale, tale luogo è individuabile solo per ogni asserita vittima considerata individualmente e si troverà, in linea di principio, presso la sede sociale di quest'ultima.

53 Tale luogo presenta tutte le garanzie dal punto di vista dell'economia processuale per un eventuale procedimento, posto che l'esame di una domanda di risarcimento di un danno asseritamente causato a un'impresa determinata da un'intesa illecita che è già stata accertata, in modo vincolante, dalla Commissione dipende essenzialmente da elementi propri della situazione di detta impresa. In tali circostanze, il giudice del luogo in cui quest'ultima ha la sua sede sociale è evidentemente quello che si trova nella posizione migliore per pronunciarsi su una siffatta domanda.

54 Il giudice così identificato è competente a pronunciarsi, per l'insieme del danno causato a detta impresa a motivo dei costi supplementari che essa ha pagato per rifornirsi di prodotti che costituivano l'oggetto dell'intesa di cui trattasi, su un'azione proposta nei confronti o di uno qualsiasi degli autori di detta intesa, o di una pluralità degli stessi.

55 Per contro, poiché la competenza del giudice adito in base al criterio della concretizzazione del danno si limita al danno subito dall'impresa che ha sede nel suo distretto, un attore come la CDC, che riunisce in capo a sé i crediti risarcitori di più imprese, sarebbe quindi tenuto, conformemente alla giurisprudenza ricordata al punto 35 della presente sentenza, a proporre domande distinte per il danno subito da ciascuna di tali imprese dinanzi ai giudici nel cui ambito di competenza territoriale sono situate le loro rispettive sedi.

[...]

Sulla terza questione

59 Riguardo alle clausole contemplate nella terza questione e rientranti nell'ambito di applicazione di detto regolamento, si deve ricordare che, in relazione alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968 (GU 1972, L 299, pag. 32), la Corte ha precisato che, concludendo un accordo di elezione del foro conforme all'articolo 17 di tale Convenzione, le parti hanno la facoltà di derogare non solo alla competenza generale prevista all'articolo 2, ma anche alle competenze speciali previste agli articoli 5 e 6 della medesima Convenzione (v. sentenza Estasis Salotti di Colzani, 24/76, EU:C:1976:177, punto 7).

60 Orbene, poiché l'interpretazione fornita dalla Corte con riferimento alle disposizioni della suddetta Convenzione vale anche per quelle del regolamento n. 44/2001, quando le disposizioni di tali atti possono essere qualificate come equivalenti, si deve rilevare che così è per quanto riguarda l'articolo 17, primo comma, della stessa Convenzione e l'articolo 23, paragrafo 1, di tale regolamento, che sono formulati in termini pressoché identici (sentenza Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punti 19 e 20).

61 Si deve quindi considerare che il giudice adito può in linea di principio ritenersi vincolato da una clausola attributiva di competenza che deroghi alle competenze previste agli articoli 5 e 6 del regolamento n. 44/2001 che le parti hanno concluso conformemente all'articolo 23, paragrafo 1, dello stesso.

62 Tale conclusione non può essere rimessa in discussione alla luce dell'esigenza dell'effettiva attuazione del divieto di intese. Da un lato, infatti, la Corte ha già dichiarato che le norme di diritto materiale applicabili al merito di una controversia non possono influire sulla validità di una clausola attributiva di competenza conforme all'articolo 17 della Convenzione menzionata al punto 59 della presente sentenza (v., in tal senso, sentenza Castelletti, C-159/97, EU:C:1999:142, punto 51). Conformemente alla giurisprudenza ricordata al punto 60 della presente sentenza, tale interpretazione è altresì pertinente per l'articolo 23 del regolamento n. 44/2001.

63 Dall'altro lato, si deve considerare che il giudice adito non può, a pena di rimettere in discussione la finalità del regolamento n. 44/2001, rifiutarsi di tenere conto di una clausola attributiva di competenza conforme ai requisiti dell'articolo 23 di tale regolamento per il solo motivo che esso ritiene che il giudice designato da tale clausola non garantirebbe la piena efficacia del principio di effettiva attuazione del divieto di intese non consentendo alla vittima di un'intesa di ottenere il

risarcimento integrale del danno da essa subito. Occorre, invece, considerare che il sistema di rimedi giurisdizionali istituito in ciascuno Stato membro, integrato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto all'articolo 267 TFUE, fornisca una garanzia sufficiente agli amministrati a tal fine (v., per analogia, sentenza Renault, C-38/98, EU:C:2000:225, punto 23).

64 In una controversia come quella di cui al procedimento principale, il giudice adito dovrà tuttavia accertarsi, prima di esaminare i requisiti di forma stabiliti dal suddetto articolo 23, che le clausole di cui trattasi siano effettivamente opponibili alla ricorrente nel procedimento principale. Infatti, come la Corte ha già precisato, una clausola attributiva di competenza contenuta in un contratto può, in linea di principio, esplicare i suoi effetti soltanto nei rapporti tra le parti che hanno prestato il loro accordo alla stipulazione di tale contratto. Affinché una siffatta clausola possa essere opponibile ad un terzo, è necessario, in linea di principio, che quest'ultimo abbia prestato il suo consenso a tal fine (sentenza Refcomp, C-543/10, EU:C:2013:62, punto 29).

65 Infatti, unicamente nel caso in cui, conformemente al diritto nazionale applicabile al merito, come determinato in applicazione delle norme di diritto internazionale privato del giudice adito, il terzo sia subentrato alla parte originaria nei suoi diritti ed obblighi la clausola attributiva di competenza alla quale il terzo non ha prestato il suo consenso potrebbe cionondimeno essergli opposta (v., in tal senso, sentenza Coreck, C-387/98, EU:C:2000:606, punti 24, 25 e 30).

66 Qualora le clausole di cui trattasi risultassero opponibili alla ricorrente nel procedimento principale, occorrerebbe esaminare se esse derogano effettivamente alla competenza del giudice del rinvio per quanto riguarda il procedimento principale.

67 A tale proposito, si deve ricordare che l'interpretazione di una clausola attributiva di competenza, al fine di determinare le controversie che rientrano nel suo campo di applicazione, spetta al giudice nazionale dinanzi al quale essa è invocata (sentenze Powell Duffryn, C-214/89, EU:C:1992:115, punto 37, e Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, punto 31).

68 Una clausola attributiva di competenza può riguardare solo controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, circostanza che limita la portata di un accordo attributivo di competenza alle sole controversie che hanno origine dal rapporto giuridico in occasione del quale tale clausola è stata conclusa. Tale requisito ha lo scopo di evitare che una parte sia colta di sorpresa dall'attribuzione, ad un foro determinato, dell'insieme delle controversie che sorgessero nei rapporti che essa intrattiene con la controparte e che trovassero origine in rapporti diversi da quello in occasione del quale è stata convenuta l'attribuzione di competenza (v., in tal senso, sentenza Powell Duffryn, C-214/89, EU:C:1992:115 punto 31).

69 Alla luce di tale obiettivo, il giudice del rinvio dovrà in particolare considerare che una clausola che si riferisce astrattamente alle controversie che sorgano nei rapporti contrattuali non copre una controversia relativa alla responsabilità extracontrattuale in cui una controparte è asseritamente incorsa a causa del suo comportamento conforme a un'intesa illecita.

70 Poiché, infatti, una controversia del genere non è ragionevolmente prevedibile per l'impresa vittima al momento in cui essa ha prestato il consenso alla suddetta clausola, in quanto l'intesa illecita in cui è implicata la sua controparte le è ignota a tale data, non si può ritenere che essa trovi origine nei rapporti contrattuali. Una siffatta clausola non derogherebbe quindi validamente alla competenza del giudice del rinvio.

71 Al contrario, in presenza di una clausola che faccia riferimento alle controversie relative alla responsabilità derivante da un'infrazione al diritto della concorrenza e che designi un giudice di uno Stato membro diverso da quello del giudice del rinvio, quest'ultimo dovrebbe declinare la propria competenza, anche qualora tale clausola porti a escludere le norme speciali sulla competenza di cui agli articoli 5 e/o 6 del regolamento n. 44/2001.

5 giugno 2014, Kone AG e a. c. ÖBB Infrastruktur AG, causa C-557/12, Raccolta, non ancora pubblicata.

Richiamandosi alla teoria dei prezzi di protezione la società ÖBB Infrastruktur aveva chiesto alle imprese partecipanti ad un'intesa nel mercato degli ascensori il risarcimento del danno derivante dal fatto di aver acquistato da imprese terze, non aderenti all'intesa, ad un prezzo più elevato di quello che sarebbe stato fissato in assenza dell'intesa medesima, in quanto dette imprese terze avevano beneficiato dell'effetto di protezione derivante dall'intesa per fissare il proprio prezzo ad un livello più elevato. Il rinvio pregiudiziale disposto dal giudice austriaco nasce dal fatto che, secondo la giurisprudenza austriaca, il soggetto che chiede il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale deve dimostrare sia la sussistenza di un sufficiente nesso di causalità, sia la sussistenza del nesso di illiceità, vale a dire la violazione di una norma di legge di tutela. Quanto al nesso di causalità, la giurisprudenza austriaca ritiene che l'autore di un danno deve garantire il risarcimento di tutte le conseguenze, ivi comprese quelle fortuite, di cui è in grado di considerare in abstracto il verificarsi, con esclusione delle sole conseguenze atipiche. Secondo tale giurisprudenza, qualora un'impresa estranea ad un'intesa benefici dell'effetto del prezzo di protezione, non sarebbe ravvisabile un sufficiente nesso di causalità tra l'intesa stessa e l'eventuale danno subito dall'acquirente, in quanto si tratterebbe di un danno indiretto, di un effetto collaterale di una decisione autonoma che un soggetto terzo all'intesa ha assunto sulla base di proprie considerazioni gestionali. Per quanto riguarda, invece, l'illiceità della condotta, secondo il diritto austriaco il fatto di aver causato un danno patrimoniale implica l'obbligo del risarcimento solamente nel caso in cui l'illiceità del danno risulti dalla violazione di obblighi contrattuali, di diritti assoluti o di norme di tutela. Esclusa, nel caso di specie, sia la violazione di obblighi contrattuali (il danneggiato aveva acquistato i beni da imprese estranee all'intesa per cui difettava un rapporto contrattuale tra i responsabili della condotta illecita e colui che domandava il risarcimento dei danni), sia la violazione di diritti assoluti, il punto determinante riguardava lo stabilire se la norma (antitrust) violata dall'autore del danno era volta alla tutela degli interessi del soggetto leso. Secondo il giudice austriaco, tuttavia, tale situazione non era ravvisabile nel caso di specie in quanto il sistema dei prezzi di protezione non implica alcuna relazione di illiceità. Da un lato, infatti, i comportamenti illeciti degli aderenti ad un'intesa sarebbero volti a ledere i soggetti acquirenti dei loro prodotti ai prezzi artificialmente elevati da essi praticati; dall'altro lato, il pregiudizio causato dal prezzo di protezione non sarebbe altro che un effetto collaterale di una decisione indipendente che un soggetto terzo all'intesa ha assunto sulla base di proprie autonome valutazioni gestionali. In tale contesto il giudice austriaco decideva di domandare alla Corte se l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che chiunque possa esigere dai partecipanti ad un'intesa anche il risarcimento del danno arrecatogli da un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa stessa il quale, nella scia dell'aumento dei prezzi di mercato, abbia alzato i prezzi dei propri prodotti più di quanto avrebbe fatto in assenza dell'intesa medesima ("umbrella pricing" - prezzo guida), cosicché il principio di effettività stabilito dalla Corte [...] ne imponga il riconoscimento in base al diritto nazionale. A tale riguardo, la Corte di giustizia ha osservato:

«19 Con la questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se l'articolo 101 TFUE osti ad un'interpretazione e ad un'applicazione del diritto di uno Stato membro, consistente nell'escludere categoricamente, per motivi di ordine giuridico, la responsabilità civile di imprese aderenti ad un'intesa per i danni risultanti dai prezzi che un'impresa terza abbia fissato, in considerazione dell'operato dell'intesa, ad un livello più elevato di quanto avrebbe fatto in assenza dell'intesa medesima.

20 Si deve ricordare che gli articoli 101, paragrafo 1, TFUE e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (v. sentenze BRT e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, 127/73, EU:C:1974:25,

punto 16; Courage e Crehan, EU:C:2001:465, punto 23, nonché Manfredi e a., EU:C:2006:461, punto 39).

21 La piena efficacia dell'articolo 11 TFUE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al paragrafo 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se per chiunque risultasse impossibile chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza (sentenze Courage e Crehan, EU:C:2001:465, punto 26; Manfredi e a., EU:C:2006:461, punto 60; Otis e a., C-199/11, EU:C:2012:684, punto 41, nonché Donau Chemie e a., C-536/11, EU:C:2013:366, punto 21).

22 Conseguentemente, tutti hanno il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE (sentenze Manfredi e a., EU:C:2006:461, punto 61, nonché Otis e a., C-199/11, EU:C:2012:684, punto 43).

23 Il diritto riconosciuto a chiunque di chiedere il risarcimento di tale danno rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza, contribuendo quindi al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione europea (sentenze Courage e Crehan, EU:C:2001:465, punto 27; Manfredi e a., EU:C:2006:461, punto 91; Otis e a., EU:C:2012:684, punto 42; Pfeiderer, EU:C:2011:389, punto 29, nonché Donau Chemie e a., EU:C:2013:366, punto 23).

24 In assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietati dall'articolo 101 TFUE, ivi comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», sempreché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività (sentenza Manfredi e a., EU:C:2006:461, punto 64).

25 In tal senso, le norme applicabili alle azioni dirette a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dall'effetto diretto del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni di natura interna (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v. sentenze Courage e Crehan, EU:C:2001:465, punto 29; Manfredi e a., EU:C:2006:461, punto 62; Pfeiderer, EU:C:2011:389, punto 24, nonché Donau Chemie e a., EU:C:2013:366, punto 27).

26 A tal riguardo, e particolarmente nel settore del diritto della concorrenza, tali norme non devono pregiudicare l'applicazione effettiva degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE (v. sentenze VEBIC, C-439/08, EU:C:2010:739, punto 57; Pfeiderer, EU:C:2011:389, punto 24, nonché Donau Chemie e a., EU:C:2013:366, punto 27).

27 Nel procedimento principale, la ÖBB Infrastruktur sostiene che parte del danno da essa subito è stato causato dall'intesa in questione, che ha consentito il mantenimento di un prezzo di mercato ad un livello talmente elevato che concorrenti non aderenti a tale intesa hanno potuto anch'essi beneficiare di tale prezzo di mercato, superiore a quello che sarebbe risultato in assenza dell'intesa stessa, in termini sia di utili o semplicemente di sopravvivenza, qualora la loro struttura fosse stata tale che condizioni normali di concorrenza avrebbero potuto produrre la loro eliminazione dal mercato.

28 Gli interessati che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte non hanno contestato che il fenomeno di prezzo di protezione («umbrella pricing») sia riconosciuto, in presenza di talune circostanze, quale una delle possibili conseguenze di un'intesa. Per contro, le ricorrenti nel procedimento principale contestano, sostanzialmente, l'opportunità di interpretare il diritto dell'Unione nel senso dell'accoglimento delle richieste di risarcimento del danno fondate sull'esistenza di un prezzo di protezione («umbrella claims»).

29 A tal riguardo, si deve rilevare che il prezzo di mercato è uno dei principali elementi presi in considerazione da un'impresa nella determinazione del prezzo al quale offrire i propri prodotti o

servizi. Nel caso in cui un'intesa riesca nell'intento di mantenere prezzi artificialmente elevati per taluni prodotti e qualora sussistano determinate condizioni di mercato attinenti, segnatamente, alla natura del prodotto o alla dimensione del mercato oggetto dell'intesa stessa, non si può escludere che l'impresa concorrente, esterna all'intesa, decida di fissare il proprio prezzo offerto ad un importo superiore a quello che avrebbe fissato in normali condizioni di concorrenza, vale a dire in assenza dell'intesa. Ciò premesso, ancorché la determinazione del prezzo offerto sia considerata quale decisione puramente autonoma, adottata dall'impresa non aderente all'intesa, si deve tuttavia rilevare che tale decisione ha potuto essere presa con riferimento ad un prezzo di mercato falsato dall'intesa e, conseguentemente, in contrasto con le regole della concorrenza.

30 Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Schindler Aufzüge und Fahrtreppen e dalla Schindler Liegenschaftsverwaltung, il fatto, per il cliente di un'impresa non aderente ad un'intesa la quale tragga peraltro vantaggio dalle condizioni economiche di un prezzo di protezione, di subire un danno per effetto di un prezzo offerto superiore a quanto sarebbe stato in assenza dell'intesa stessa, rientra nei possibili effetti di quest'ultima, cosa che i suoi aderenti non possono ignorare.

31 Per quanto attiene alla normativa nazionale oggetto del procedimento principale, dalla decisione di rinvio emerge che la normativa austriaca esclude, in termini categorici, il diritto al risarcimento del danno in una fattispecie come quella oggetto del procedimento principale, in quanto si ritiene che il nesso di causalità tra il pregiudizio subito e l'intesa de qua sia interrotto, in assenza di un vincolo convenzionale con un'aderente all'intesa stessa, dalla decisione dell'impresa, autonomamente adottata, di non partecipare all'intesa, pur essendo stato fissato, per effetto dell'esistenza di quest'ultima, un prezzo di protezione («umbrella pricing»).

32 È ben vero, come rammentato supra al punto 24, che spetta, in linea di principio, all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire i principi relativi all'applicazione della nozione di «nesso di causalità». Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte, richiamata supra al punto 26, emerge che tali norme nazionali devono garantire la piena effettività del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (v., in tal senso, sentenza VEBIC, EU:C:2010:739, punto 63). In tal senso, tali norme devono tener specificamente conto dell'obiettivo perseguito dall'articolo 101 TFUE, volto a garantire il mantenimento di una concorrenza effettiva e non falsata del mercato interno e, quindi, di prezzi fissati in base al meccanismo della libera concorrenza. È su tali premesse che la Corte ha dichiarato, come ricordato supra al punto 22, che le normative nazionali devono riconoscere a chiunque il diritto di richiedere il risarcimento del pregiudizio subito. 33 Orbene, la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza.

34 Conseguentemente, la vittima di un prezzo di protezione («umbrella pricing») può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa, ancorché non abbia intrattenuto vincoli contrattuali con loro, laddove risulti accertato che, alla luce delle circostanze di specie e, segnatamente, delle peculiarità del mercato interessato, detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima. Spetta al giudice del rinvio verificare la sussistenza di tali condizioni.

35 La Kone e la Otis deducono che la proponibilità di domande di risarcimento del danno subito per effetti di prezzi elevati, che siano conseguenza dell'esistenza di un prezzo di protezione, costituiscono azioni risarcitorie punitive, in quanto al pregiudizio subito dalla ÖBB-Infrastruktur non corrisponderebbe un arricchimento delle ricorrenti nel procedimento principale. Si deve tuttavia

rilevare che norme in materia di responsabilità extracontrattuale non subordinano l'entità del danno risarcibile al vantaggio economico realizzato dall'autore dell'illecito da cui il danno sia derivato.

36 Le ricorrenti medesime sostengono, inoltre, che azioni risarcitorie di tal genere sono tali da dissuadere le imprese interessate a cooperare con le autorità in materia di concorrenza nell'istruzione delle pratiche, il che si porrebbe in contrasto con il principio di effettività. Si deve tuttavia ricordare che il programma di clemenza è un programma attuato dalla Commissione con la propria comunicazione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (GU 2006, C 298, pag. 17), che è sprovvisto di forza legislativa e non è vincolante nei confronti degli Stati membri (sentenza Pfleiderer, EU:C:2011:389, punto 21). Conseguentemente, tale programma di clemenza non può privare i singoli del diritto di ottenere, dinanzi ai giudici nazionali, il risarcimento del danno subito a seguito di una violazione dell'articolo 101 TFUE.

37 Alla luce di tutte le susposte considerazioni, si deve rispondere alla questione sottoposta dichiarando che l'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad un'interpretazione e ad un'applicazione del diritto nazionale di uno Stato membro consistente nell'escludere, in termini categorici, per motivi giuridici, che imprese partecipanti ad un'intesa rispondano civilmente dei danni risultanti dai prezzi che un'impresa terza abbia fissato, in considerazione dell'operato dell'intesa, ad un livello più elevato rispetto a quello che sarebbe stato applicato in assenza dell'intesa medesima».

8. Concentrazioni tra imprese

21 febbraio 1973, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione, causa 6/72, Racc. 215.

Per la parte in fatto si rinvia a questo capitolo, segnatamente alla sezione 3 dedicata all'abuso di posizione dominante. Quanto alla configurabilità del comportamento delle imprese quale concentrazione vietata dalle norme comunitarie antitrust, la Corte di giustizia ha osservato:

« 28. La Commissione ha motivato la propria decisione fra l'altro nel senso che l'acquisto di una partecipazione maggioritaria in un'impresa concorrente, da parte di un'impresa o gruppo d'impresе che occupa già una posizione dominante, può in determinate circostanze costituire sfruttamento abusivo della suddetta posizione. Ciò si verifica qualora una impresa in posizione dominante riesca a rafforzare tale posizione mediante una concentrazione, in modo che la concorrenza effettiva o potenziale sia praticamente eliminata, per i prodotti di cui trattasi, in una parte sostanziale del mercato comune.

29. A prescindere dalla colpa, si può infatti considerare abusiva la posizione dominante che giunga al punto di eludere gli obiettivi del trattato mediante una modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà d'azione del consumatore sul mercato. In questa ipotesi rientra necessariamente la pratica eliminazione di qualsiasi tipo di concorrenza.

Benche' non sempre sia posta una condizione così rigida come quella della completa eliminazione della concorrenza, dal momento che su questo presupposto la Commissione ha basato la decisione, essa doveva motivarlo in modo adeguato o quanto meno provare che la concorrenza era alterata così profondamente che i competitori residui non potevano più costituire un sufficiente contrappeso.

30. A sostegno della propria tesi, la Commissione ha esaminato gli effetti della concentrazione

litigiosa sotto vari aspetti. In proposito si devono distinguere nella motivazione della decisione quattro aspetti essenziali, cioè: a) la parte di mercato dei prodotti in questione attualmente controllata dalle imprese collegate; b) le dimensioni del nuovo gruppo sorto dalla concentrazione, rispetto a quelle degli eventuali competitori su detto mercato; c) la potenza economica dei consumatori rispetto al nuovo gruppo e

d) la concorrenza potenziale da parte, sia di imprese di altri paesi produttori delle stesse merci, sia di imprese del mercato comune produttrici di altre merci. [...]

32. Ai fini della valutazione sia della posizione dominante della SLW, sia delle conseguenze della concentrazione litigiosa, ha importanza essenziale la delimitazione del mercato di cui trattasi, poiché le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti.

33. In proposito la decisione impugnata prende in considerazione, l'uno dopo l'altro, nei punti 5-7 della seconda parte, «il settore degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di carne», il «sette degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di pesce» e il «mercato dei tappi e coperchi metallici, diversi dai tappi a corona, destinati all'industria delle conserve». In tutte e tre i settori la SLW avrebbe una posizione dominante e la concentrazione litigiosa tenderebbe ad eliminare la concorrenza.

La decisione omette tuttavia di precisare quali siano le caratteristiche che distinguono l'uno dall'altro questi tre mercati, in modo da rendere necessario il considerarli separatamente. Neppure viene indicato quali caratteristiche distinguano questi tre mercati dal mercato generale degli imballaggi metallici leggeri, in particolare per quanto riguarda gli imballaggi metallici per conserve di frutta e verdura, per il latte condensato, l'olio d'oliva, i succhi di frutta e i prodotti tecnico-chimici.

Perché si possa affermare che essi costituiscono un mercato distinto, i prodotti in questione devono infatti essere individuati non solo dal semplice fatto di venir impiegati per l'imballaggio di determinati prodotti, ma anche da particolari caratteristiche produttive che li rendano specificatamente atti a tale destinazione.

Il fatto di occupare una posizione dominante sul mercato degli imballaggi metallici leggeri destinati alla conservazione di carne e di pesce non è quindi decisivo finché non venga dimostrato che i concorrenti in altri settori del mercato degli imballaggi metallici leggeri non possono, mediante un semplice adattamento della produzione, presentarsi sul mercato di cui trattasi con forza sufficiente per costituire un contrappeso di rilievo.

34. La decisione stessa contiene d'altra parte elementi che fanno dubitare che i tre mercati suddetti siano distinti dagli altri mercati degli imballaggi metallici leggeri, e inducano invece a ritenere che essi non siano altro che settori di un mercato più ampio.

Nella prima parte della motivazione, nel prendere in considerazione – alla lettera J – i principali concorrenti della SLW in Germania e della TDV nel Benelux, la decisione menziona un'impresa tedesca che, per la produzione di imballaggi metallici leggeri destinati alla conservazione della frutta e della verdura, occupa una posizione più forte di quella della SLW, come pure un'altra impresa che sopperirebbe al 38-40 % della domanda tedesca di tappi a corona, il che sembra confermare che la produzione di scatole metalliche per conserve di carne e di pesce non può essere presa in considerazione isolatamente, rispetto alla produzione di scatole metalliche per altri usi, e che la produzione di coperchi metallici non si può valutare senza tener conto di quella dei tappi a corona.

Inoltre, nel prendere in considerazione, nella seconda parte, al n. 16, le possibilità di concorrenza di sostituzione, la decisione non si limita ai soli

«tre mercati», ma menziona anche il mercato degli imballaggi metallici leggeri destinati ad altri usi, per sostenere che questi sono solo limitatamente intercambiabili con imballaggi non metallici. Il fatto che in corso di causa la Commissione non sia riuscita a difendere questo assunto di fronte ai fatti addotti dalle ricorrenti dimostra di per sé quanto sia necessario delimitare in modo

sufficientemente preciso il mercato da prendere in considerazione, se si vuol essere in grado di valutare la rispettiva forza delle imprese su detto mercato.

35. Non avendo precisato le caratteristiche degli imballaggi metallici destinati alle conserve di carne e di pesce, ne quelle dei coperchi metallici (diversi dai tappi a corona) destinati all'industria delle conserve – caratteristiche per cui detti prodotti costituirebbero altrettanti mercati separati, che potrebbero essere dominati dal produttore che ne controlla la maggior parte la decisione e' inficiata da un'incertezza fondamentale che si riflette sugli altri elementi in base ai quali vi si conclude che non esiste concorrenza, effettiva o potenziale, nel mercato di cui trattasi.

Per quanto riguarda in particolare la concorrenza da parte di altri produttori di imballaggi metallici, la Commissione ha sostenuto, in corso di causa, che i licenziatari della Continental «si erano accordati per restringere fra loro la concorrenza nell'ambito del cosiddetto accordo di scambio di informazioni» di cui alla lettera D, n. 4, b) della motivazione, ma ha sostenuto pure che la TDV e la SLW avrebbero avuto «la possibilita' di entrare in concorrenza fra di loro».

L'argomento di cui al n. 19 della II parte della motivazione, secondo cui gli stabilimenti di taluni produttori situati nei paesi limitrofi alla Germania sarebbero troppo discosti dalla maggior parte dei consumatori tedeschi perche' questi decidano di rifornirsi in modo stabile presso di essi, e' infondato e inoltre e' difficilmente conciliabile con l'affermazione contenuta nel n. 25, lettera a) della motivazione, secondo cui i limiti di redditivita' economica, per il trasporto degli imballaggi vuoti, vanno da 150 a 300 km, per gli imballaggi relativamente voluminosi, e da 500 a 1000 km per gli imballaggi piu piccoli. Nel caso dei coperchi metallici, e' per di piu incontestato che le spese di trasporto non hanno grande importanza.

36. Quanto alla concorrenza potenziale dei grossi clienti, che potrebbero diventare produttori in proprio, la decisione impugnata dichiara poi – al n. 18 della II parte della motivazione – che questo tipo di concorrenza va esclusa dati l'entita' degli investimenti necessari per una produzione integrata e il vantaggio tecnologico del gruppo Continental in questo settore. Per contro, alla lettera J, n. 3, ultimo comma della I parte della motivazione, viene indicato che, sul mercato belga, il conservificio Marie-Thumas fabbrica, tramite la propria affiliata Eurocan, imballaggi metallici per proprio uso e per la vendita ad altri utilizzatori. Questa contraddizione conferma l'incertezza della Commissione circa i limiti del o dei mercati di cui trattasi.

La decisione dichiara inoltre – al n. 30, lettera e) della II parte della motivazione – che, «ad eccezione di Marie-Thumas/Eurocan, i produttori in proprio non fabbricano piu' di quanto consumino e non offrono imballaggi metallici vuoti sul mercato», mentre – alla lettera K, n. 2, secondo comma, della I parte – e' detto che alcuni produttori in proprio tedeschi hanno cominciato a porre in commercio le eccedenze di imballaggi metallici da essi prodotti.

Da tutto questo emerge che talune imprese, che sono gia' passate alla produzione in proprio degli imballaggi, hanno potuto superare le difficolta' di carattere tecnologico, mentre non e' possibile trarre dalla decisione elementi per valutare la capacita' concorrenziale delle stesse imprese. Questi punti della motivazione contengono quindi nuove contraddizioni che inficiano del pari la validita' della decisione impugnata.

37. Da tutto quanto precede si desume che la decisione e' basata su fatti e valutazioni che non sono stati adeguatamente provati. Essa va quindi annullata».

17 novembre 1987, British American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. c. Commissione, cause riunite 142/84 e 156/84, Racc. I-4487.

Nel 1981, la societa' inglese British American Tobacco Company Ltd (in prosiegua la «BAT»), le societa' statunitensi Reynolds Industries Incorporated (in prosiegua: la «Reynolds») e Philip Morris Incorporated (in prosiegua: la «Philip Morris») e la societa' sudafricana Rembrandt Group Ltd (in prosiegua: la «Rembrandt») operavano in situazione di oligopolio nel mercato delle sigarette. Nell'aprile di tale anno, dopo

avere respinto le offerte della BAT e della Reynolds, la Rembrandt vendeva alla Philip Morris la meta` del capitale azionario di una sua societa`, la Rothmans Holding Tabacco Ltd (in prosieguo: la « Tabacco Holding »), che possedeva a sua volta il pacchetto di maggioranza della Rothmans International plc (in prosieguo: la « Rothmans »), grande produttore di sigarette sul mercato comunitario e, in particolare, nel Benelux. Il contratto prevedeva che le attivita` di quest'ultima impresa fossero gestite in comune. Tuttavia, rispettivamente nel maggio 1981 e nel gennaio 1982 la Reynolds e la BAT denunciavano tale accordo alla Commissione, osservando che in forza della partecipazione del 50% nella Tabacco Holding, la Philip Morris era in grado di condizionare notevolmente il comportamento della Rothmans, sua concorrente, e ritenendo, pertanto, violati gli artt. 85, par. 1, e 86 Trattato CEE (ora artt. 101, par. 1, e 102 TFUE). A seguito di una complessa trattativa, la Commissione ottenne, nel 1984, la stipulazione di nuovi accordi in base ai quali la Philip Morris accettava di retrocedere la sua quota della Tabacco Holding per divenire in cambio, con partecipazione corrispondente al 24,9% dei voti, azionista diretta della Rothmans. La Tabacco Holding, tornata ad essere proprietario unico della finanziaria, riacquistava sulla Rothmans un controllo libero dall'influenza della Philip Morris. I precedenti vincoli di cooperazione venivano rimossi, mentre erano rafforzate alcune clausole, gia` previste dall'accordo del 1981, relative all'ingresso di terzi nel capitale di Rothmans. La Commissione, ritenendo tale assetto compatibile con le norme comunitarie, respingeva, con decisione del 22 marzo 1984, le denunce della BAT e della Reynolds. Le due imprese, pero`, ritenendo che l'intesa ancora sussistesse, impugnavano tale decisione dinanzi alla Corte di giustizia, chiedendone l'annullamento. Sulla valutazione di compatibilita` degli accordi del 1984 con gli artt. 85 e 86 Trattato CEE (ora artt. 101 e 102 TFUE), effettuata dalla Commissione, la Corte ha osservato:

« 36. E' opportuno ricordare che, per ricadere sotto il divieto dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE], un accordo deve avere l'oggetto o l'effetto di impedire, restringere o alterare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Il fatto che un'impresa acquisti una partecipazione al capitale di un'impresa concorrente, benché non costituisca di per se` un comportamento che restringe la concorrenza, puo` tuttavia costituire un mezzo idoneo per influire sul comportamento commerciale delle imprese in questione, in modo da restringere o da alterare il gioco della concorrenza sul mercato sul quale dette due imprese svolgono le loro attivita` commerciali.

Cio` avverrebbe in particolare se, mediante l'acquisto della partecipazione o mediante clausole accessorie dell'accordo, l'impresa che investe ottiene il controllo di diritto o di fatto del comportamento commerciale dell'altra impresa o se l'accordo contempla la collaborazione commerciale fra le imprese o crea strutture atte ad agevolare tale collaborazione.

Cio` puo` del pari avvenire qualora l'accordo riservi all'impresa che investe la possibilita` di rafforzare, in un secondo tempo, la propria posizione prendendo il controllo effettivo dell'altra impresa. E' opportuno tener conto

non solo degli effetti attuali dell'accordo, ma anche dei suoi effetti potenziali e della possibilita` che esso rientri in un progetto a piu` lunga scadenza.

Infine, qualsiasi accordo dev'essere valutato nel suo contesto economico, ed in particolare alla luce della situazione del mercato di cui trattasi. Qualora le imprese coinvolte siano societa` multinazionali che svolgono le loro attivita` su scala mondiale, non e` nemmeno possibile prescindere dai loro rapporti extracomunitari. Si deve tener conto in particolare della possibilita` che l'accordo in questione faccia parte di una politica di collaborazione complessiva tra le imprese che aderiscono all'accordo.

Alla luce di tutte queste considerazioni si deve stabilire se la Commissione, nel valutare gli accordi del 1984, abbia ritenuto erroneamente che lo scopo o l'effetto anticoncorrenziale non sia stato dimostrato.

Per quanto riguarda la situazione sul mercato delle sigarette, la Commissione ha constatato, nella

sua comunicazione degli addebiti relativa agli accordi del 1981, che questo mercato è stato quantitativamente stagnante dal 1976 al 1980, periodo da essa preso in esame. Essa ha pure rilevato che, ad eccezione dei mercati francese ed italiano, ove vi è un monopolio di Stato, il mercato comunitario è dominato da sei gruppi di imprese, tra i quali quelli costituiti dalle ricorrenti e dalle intervenienti nella presente causa.

La Commissione ritiene che, sul mercato delle sigarette, stagnante ed oligopolistico, e in mancanza di vera concorrenza sul piano dei prezzi o della ricerca, la pubblicità e l'acquisto di imprese costituiscono i principali strumenti per aumentare la quota di mercato di un operatore economico. Inoltre dato che il mercato è dominato da grandi imprese che dispongono di mezzi e di conoscenze tecniche notevoli, e dato che la pubblicità ha grande importanza, sarebbe molto difficile, per una nuova impresa, affermarvisi.

Si deve ammettere che, nella situazione di mercato così descritta dalla Commissione ed essenzialmente non contestata dalle altre parti in causa, l'impresa che intenda aumentare la sua quota di mercato è fortemente tentata, se l'occasione si presenta, di prendere il controllo di un'impresa concorrente. Si deve pure ammettere che, in dette circostanze, i tentativi di prendere il controllo e gli accordi atti a favorire la collaborazione commerciale fra due o più di queste imprese dominanti implicano il rischio di provocare una restrizione della concorrenza.

Tenuto conto di questa situazione di mercato, la Commissione deve essere particolarmente cauta. Essa deve specialmente accertare se un accordo, che apparentemente non va oltre l'investimento passivo in un'impresa concorrente, non miri, in realtà, al controllo di detta impresa, eventualmente in un secondo tempo, o ad instaurare la collaborazione tra le imprese al fine della ripartizione del mercato. Ciò non toglie che la Commissione, per poter accertare una trasgressione dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE], dev'essere in grado di dimostrare che l'accordo ha lo scopo o l'effetto di incidere sul comportamento concorrenziale delle imprese sul mercato di cui trattasi.

In proposito, va rilevato che gli accordi del 1984 e gli impegni assunti dalla Philip Morris e dalla Rembrandt nei confronti della Commissione escludono la rappresentanza della Philip Morris nel consiglio d'amministrazione e in qualsiasi altro organo direttivo della Rothmans International, e limitano la partecipazione della Philip Morris a meno del 25% dei diritti di voto. Invece la quota detenuta dalla Rembrandt rappresenta il 43,6% dei diritti di voto il che, data la dispersione del resto di questi diritti e tenuto conto della rappresentanza della Rembrandt negli organi direttivi della Rothmans International, consente alla Rembrandt di continuare a determinare la politica commerciale della Rothmans International sul mercato delle sigarette.

Si deve qui osservare che, a differenza degli accordi del 1981, quelli del 1984 non contengono alcuna clausola relativa alla collaborazione commerciale, che i secondi accordi non costituiscono alcuna struttura che favorisca siffatta collaborazione tra la Philip Morris e la Rothmans International e che le imprese si sono impegnate a non scambiare informazioni che possano incidere sulla loro condotta concorrenziale. Salvo le clausole relative alla eventuale cessione, ad opera dell'una o dell'altra parte, della quota di capitale della Rothmans International, che saranno esaminate in seguito, le clausole degli accordi del 1984, completate dagli impegni assunti nei confronti della Commissione, non bastano quindi a dimostrare che gli accordi stessi abbiano lo scopo o l'effetto di consentire ad una delle imprese di influenzare il comportamento commerciale dell'altra.

Si deve inoltre stabilire se la partecipazione della Philip Morris al capitale della Rothmans International, nelle circostanze concrete, obblighi necessariamente le imprese coinvolte a prendere in considerazione l'interesse della controparte nell'elaborazione della loro politica commerciale, come sostengono le ricorrenti.

Per quanto riguarda la Rembrandt, la Commissione sostiene che questa impresa ha tuttavia interesse a trarre il massimo profitto possibile dall'investimento nella Rothmans International e che, grazie ai diritti di voto ed ai rapporti tradizionali di direzione con questa società, e, in pratica, in grado di controllarne la politica commerciale senza tener conto degli interessi della Philip

Morris. Benché il numero dei voti di cui dispone la Philip Morris basti per bloccare determinate decisioni di natura eccezionale, questa possibilità sarebbe troppo remota per costituire una minaccia reale, che possa influire sulla Rembrandt nell'amministrazione della Rothmans International. Non vi sarebbe alcun motivo di supporre che i dirigenti e il personale della Rothmans International non abbiano interesse a fare di questa società un'impresa quanto più possibile redditizia.

Benché la Philip Morris, dal canto suo, data la sua partecipazione agli utili della Rothmans International, abbia interesse alla riuscita della stessa, tuttavia il suo intento principale resta comunque, secondo la Commissione, quello di aumentare la quota di mercato e le entrate delle proprie imprese. La Philip Morris avrebbe quindi tuttavia un interesse considerevole a limitare l'aumento della quota di mercato della Rothmans International mediante la propria opera in campo industriale e commerciale. La Commissione ritiene quindi che l'acquisto di una partecipazione di minoranza, da parte della Philip Morris, al capitale della Rothmans International non implichi di per sé una modifica della situazione concorrenziale sul mercato comunitario delle sigarette.

Si deve rilevare che il contenuto del fascicolo non consente di disattendere questa valutazione della Commissione. In particolare nulla permette di concludere che l'acquisto di partecipazione rischi di risolversi in una ripartizione del mercato nel senso che la Philip Morris, senza rinunciare alle proprie quote di mercato, possa concentrarsi su una parte specifica di questo offrendo perciò alla Rothmans International la possibilità di aumentare le sue attività in un'altra parte del mercato.

Non esistono nemmeno dati sufficienti per concludere che la Philip Morris e la Rothmans International collaborino fuori dal mercato comunitario in modo da incidere sui loro rapporti reciproci su tale mercato. Le ricorrenti si limitano ad assumere che una collaborazione del genere esiste su determinati mercati geografici limitati, e le intervenienti deducono che questa collaborazione verte solo su accordi per l'uso di determinati marchi commerciali appartenenti alla controparte, il che costituirebbe per il settore considerato un procedimento del tutto normale e, del resto, seguito del pari dalle ricorrenti. Stando così le cose, non si può nemmeno concludere che gli accordi criticati rientrino in una politica di collaborazione complessiva tra due imprese multinazionali sul mercato mondiale delle sigarette.

Il fatto che gli accordi criticati contengano clausole riguardanti l'eventuale vendita delle azioni della Rothmans International ad opera dell'una o dell'altra parte e che dette clausole contemplino una possibilità che, in un contesto immutato, potrebbe essere in contrasto con l'art. 85 [ora art. 101 TFUE] non è di per sé sufficiente per dimostrare che gli accordi abbiano lo scopo di restringere la concorrenza. È vero che gli accordi del 1984 sostituiscono accordi che contemplavano la suddivisione del controllo sulla Rothmans Holdings, la quale a sua volta esercitava un controllo effettivo sulla politica commerciale della Rothmans International e che questa sostituzione non ha implicato alcuna diminuzione del prezzo pagato dalla Philip Morris, ma è opportuno ricordare che la Philip Morris ha tratto altri vantaggi, in particolare quello di poter impedire che la Rothmans International cada sotto il controllo di un'altra impresa concorrente e che essa ha ottenuto un aumento notevole della sua percentuale di utili nella Rothmans International. Pur se la cronistoria degli accordi criticati dimostra che la Philip Morris progettava un negozio che andava oltre l'investimento passivo, le clausole di questi accordi che contemplano una situazione puramente ipotetica non consentono di dimostrare che l'acquisto di partecipazione di minoranza costituisce la prima fase di un disegno per giungere al controllo della Rothmans International.

È tuttavia opportuno stabilire se queste clausole producano effetti anticoncorrenziali attuali e se la Commissione abbia del pari tenuto nel debito conto i loro effetti potenziali.

La Commissione non ritiene che dette clausole incidano attualmente sul comportamento concorrenziale delle parti. In vista della cessione della propria quota di capitale della Rothmans International, la Rembrandt avrebbe interesse ad aumentare il valore del proprio investimento

mediante una concorrenza effettiva da parte di detta impresa. La Philip Morris, dal canto suo, avrebbe interesse a limitare il prezzo eventuale delle azioni della Rothmans International appartenenti alla Rembrandt e non avrebbe, quindi, alcun motivo per limitare la propria opera intesa ad acquistare ulteriori quote di mercato. Inoltre, la possibilità per il personale della Rothmans International di esser assunto in seguito dalla Philip Morris dovrebbe piuttosto incitarlo a dimostrare la propria competenza professionale. La Commissione non ritiene nemmeno che la possibilità che la Philip Morris ostacoli la vendita eventuale, da parte della Rembrandt, delle azioni della Rothmans International possa costituire una minaccia atta ad influire sulla gestione commerciale normale della Rembrandt e della Rothmans International.

Il contenuto del fascicolo non consente alla Corte di escludere questa valutazione della Commissione. È opportuno aggiungere che gli ostacoli posti all'acquisto di una quota della Rothmans International da parte di un'impresa terza, che derivano dalle clausole in esame, non possono considerarsi una restrizione attuale della concorrenza sul mercato delle sigarette incompatibile con l'art. 85 [ora art. 101 TFUE]. In primo luogo, come hanno sostenuto le intervenienti, clausole di questo tipo possono giustificarsi con l'interesse legittimo delle parti contraenti a salvaguardare il loro rilevante investimento. Inoltre, nelle circostanze concrete, il fatto che la Philip Morris, senza avere ottenuto direttamente il controllo della Rothmans International, abbia acquistato il potere d'impedire che questo controllo passi ad una terza impresa concorrente non può, di per sé, costituire una restrizione della concorrenza.

Per quanto riguarda gli effetti potenziali delle clausole in esame, si deve ammettere che la Commissione ha adottato provvedimenti destinati ad evitare che tali effetti si producano in modo incompatibile con l'art. 85 del trattato [ora art. 101 TFUE]. In particolare, la Philip Morris si è impegnata ad informare la Commissione di qualsiasi emendamento, modifica o aggiunta agli accordi ed a notificarle, entro quarantott'ore, qualsiasi aumento del suo portafoglio di quote della Rothmans International e qualsiasi evento grazie al quale la Philip Morris potesse ottenere il 25% o più del totale dei diritti di voto nella Rothmans International. Inoltre la Philip Morris si è impegnata a porre in vigore, a richiesta della Commissione in seguito ad una notifica del genere, un accordo di separazione degli interessi rispettivi della Philip Morris e della Rothmans International sul mercato comunitario del tabacco, conservando così lo status quo per un periodo di tre mesi durante il quale la Commissione potrà esaminare la nuova situazione alla luce degli artt. 85 ed 86 del trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE].

È vero, come hanno posto in rilievo le ricorrenti, che questi impegni non si applicano se la Philip Morris ottiene il controllo di fatto sulla Rothmans International senza aumentare i propri diritti di voto, in particolare nell'ipotesi di cessione di quote della Rembrandt ad almeno dieci acquirenti indipendenti. Orbene, in un siffatto caso che, tra le ipotesi di cessione, pare il più improbabile e che presuppone che la Philip Morris rinunci a valersi dei diritti che le clausole le attribuiscono, il potere di controllo della Philip Morris sarebbe inoltre estremamente fragile, in quanto essa non avrebbe alcuna possibilità di impedire una ulteriore concentrazione dei diritti di voto nelle mani di una terza società. Si deve quindi ammettere che la Commissione, mediante gli impegni assunti dalla Philip Morris e dalla Rembrandt, ha rafforzato le sue possibilità generali di sorveglianza e di controllo, in modo da poter evitare che le clausole degli accordi relativi alla futura cessione di quote del capitale della Rothmans International detenute dalle parti contraenti producano effetti incompatibili con l'art. 85 [ora art. 101 TFUE].

Emerge quindi dalle considerazioni che precedono che l'esame delle censure che le ricorrenti muovono alla valutazione delle varie clausole degli accordi criticati non ha dimostrato che la Commissione abbia avuto torto nell'accertare che lo scopo o l'effetto anticoncorrenziale non è stato provato.

Tuttavia, le ricorrenti sostengono del pari che, anche nell'ipotesi in cui i vari elementi degli accordi criticati, presi separatamente, non fossero considerati incompatibili con l'art. 85, n. 1 [ora art. 101, n.1 TFUE], è inoltre necessario stabilire se la combinazione di questi vari elementi non si risolve

nel produrre effetti anticoncorrenziali.

In proposito si deve osservare che l'esame degli effetti di questi accordi deve basarsi effettivamente sulla valutazione complessiva degli accordi stessi. Le ricorrenti non sostengono che la Commissione avrebbe omesso di procedere a detta valutazione, ma contestano la conclusione cui la Commissione è giunta su questo punto.

Trattandosi di una valutazione economica complessa, bisogna ricordare che, nella sentenza 11 luglio 1985 (Remia 42/84, Racc. pag. 2566), la Corte ha deciso che, mentre essa esercita un sindacato generale e completo sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101, n.1 TFUE], il sindacato che essa esercita sulle valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione si limita necessariamente alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere.

La Corte ritiene che il fascicolo non abbia messo in luce alcun errore manifesto relativo agli elementi di valutazione esistenti al momento dell'adozione delle decisioni impugnate. Quanto alla valutazione degli effetti potenziali degli accordi criticati è opportuno rilevare anzitutto che la Commissione ha reso note le sue intenzioni di sorvegliare attentamente l'andamento della concorrenza tra le parti interessate ed inoltre che le ricorrenti possono richiedere, in qualsiasi momento, il riesame degli accordi qualora siano in grado di fornire nuovi elementi.

Ne discende che l'argomento relativo alla valutazione erronea del complesso degli accordi criticati non può essere accolto. Di conseguenza il mezzo relativo all'applicazione dell'art. 85 [ora art. 101 TFUE] va respinto. [...]

Per quel che riguarda l'art. 86 del trattato [ora art. 102, n.1 TFUE], dopo le considerazioni sopra esposte non è più necessario accertare fino a qual punto la Rothmans International occupi una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune. Si potrebbe infatti configurare un abuso di questa posizione solo se la partecipazione di cui trattasi si traducesse in un controllo effettivo dell'altra impresa o quanto meno in un'influenza sulla politica commerciale della stessa. Emerge dall'esame relativo all'art. 85 [ora art. 101 TFUE] che un siffatto effetto degli accordi del 1984 non è provato. È quindi opportuno respingere anche il mezzo basato sull'art. 86 [ora art. 102 TFUE] ».

31 marzo 1998, *Francia e altri c. Commissione*, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Racc. I-1375.

Nel 1993 la Commissione delle Comunità europee riceveva una notifica ai sensi dell'art. 4 n. 1 del regolamento CE n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, di un progetto di concentrazione tra la società Kali und Salz (K+S) e la Mitteldeutsche Kali AG (MdK), il cui unico azionista era la Treuhand, ente di diritto pubblico preposto alla ristrutturazione delle aziende dell'ex Repubblica democratica tedesca.

Le due società tedesche operavano nei settori del potassio, del salgemma e dello smaltimento dei rifiuti. Il progetto prevedeva la trasformazione della MdK, prossima al fallimento, in società a responsabilità limitata in cui la K+S e la Treuhand avrebbero conferito del denaro in modo da avere rispettivamente il 51% e il 49% del capitale e dei diritti di voto.

La Commissione analizzava la posizione delle imprese nel settore in esame e in risposta alla notifica constatava, con una decisione, che nel mercato si sarebbe creata una situazione di duopolio capace di dominare il mercato. Infatti vi era in Francia una società, la SCPA, appartenente al gruppo EMC, che aveva altrettanta forza all'interno della Comunità e non era in concorrenza con la K+S per diverse ragioni tra cui l'appartenenza in comune di una società canadese, la Potacan e la partecipazione con la società tedesca (K+S) e con una società spagnola, la Coposa, del capitale di una società austriaca, la Kali-Export, per l'esportazione dei prodotti di potassio e salgemma fuori dalla Comunità.

Nonostante questi motivi, la Commissione avrebbe autorizzato la concentrazione se la SCPA e la K+S avessero rispettato determinate condizioni stabilite dalla stessa nella decisione, per non creare il

duopolio. La società francese ricorre alla Corte contestando i motivi oligopolistici opposti dalla Commissione.

La Corte di giustizia analizzava la posizione delle due imprese in relazione all'art. 86 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE) specificando i parametri da tenere conto nel caso di sfruttamento di posizione dominante.

La Corte ha osservato:

« 90. Il governo francese addebita alla Commissione di avere erroneamente applicato il regolamento autorizzando, in base alla teoria della difesa dell'impresa insolvente (« failing company defence ») e senza imporre condizione alcuna, un'operazione di concentrazione diretta alla creazione di un monopolio nel mercato tedesco dei sali di potassio.

91. Riguardo all'erronea applicazione di questa teoria, il governo francese ricorda che si tratta di una teoria ripresa dalla normativa antitrust americana, in virtù della quale una concentrazione non può essere considerata come causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante allorché vengano soddisfatte le seguenti condizioni:

a) una delle imprese partecipanti alla concentrazione si trovi in una situazione tale da non poter adempiere le proprie obbligazioni nel futuro prossimo;

b) essa sia incapace di ristrutturarsi con probabilità di successo, ai sensi del capitolo 11 del Bankruptcy Act;

c) non vi siano soluzioni alternative e di minor pregiudizio per le condizioni della concorrenza rispetto all'ipotesi della concentrazione;

d) l'impresa insolvente uscirebbe dal mercato se la concentrazione non fosse realizzata.

92. Orbene, la Commissione si sarebbe rifatta alla teoria della « failing company defence » senza tener conto di tutti i criteri previsti dalla normativa antitrust americana, e in particolare quelli sub a) e sub b), quando invece solo l'integrale applicazione dei criteri americani potrebbe garantire l'attuazione di un impianto derogatorio la cui applicazione non avrebbe come risultato un aggravamento della già precaria situazione concorrenziale.

93. Il governo francese sostiene che la Commissione, la quale ha ritenuto che comunque la quota di mercato della MdK in Germania sarebbe passata alla K+S, ha arbitrariamente introdotto il criterio dell'assorbimento delle quote di mercato.

94. Esso sostiene che l'assorbimento da parte della K+S della quota di mercato della MdK una volta che quest'ultima sia scomparsa dalla scena economica, dimostra che il mercato tedesco è impermeabile alla concorrenza, ma non consente di escludere le conseguenze nefaste dell'operazione per la concorrenza.

95. D'altra parte, la Commissione non avrebbe dimostrato che i criteri da essa adottati riguardanti l'uscita dal mercato dell'impresa e la mancanza di soluzioni alternative di acquisto meno pregiudizievoli per la concorrenza, siano nella fattispecie concretamente soddisfatti.

96. Riguardo all'asserita scomparsa dal mercato della MdK nel caso in cui l'operazione di concentrazione non andasse in porto, il governo francese sostiene che la Commissione ha completamente trascurato l'eventualità che la MdK possa, attraverso un processo di ristrutturazione autonomo condotto con aiuti finanziari della Treuhand compatibili con gli artt. 92 e 93 del Trattato, ritrovare la sua redditività.

97. Infine esso ritiene che la Commissione non abbia provato la mancanza di soluzioni alternative di acquisto meno pregiudizievoli per la concorrenza. A tal riguardo il governo francese rileva che i sindacati della MdK avevano messo in rilievo la mancanza di trasparenza nel procedimento d'aggiudicazione.

98. Tale governo, riguardo alla mancanza di condizioni per autorizzare l'operazione sul mercato tedesco, ritiene che, in ogni caso, la decisione controversa, nella parte in cui autorizza senza alcuna condizione l'operazione sul mercato tedesco di cui l'impresa comune andrà a detenere una quota del 98%, è viziata da un manifesto errore di valutazione ed è in contrasto con l'art. 2, n. 3, del regolamento. Sarebbe infatti assodato che l'operazione in oggetto rafforzerebbe la posizione

dominante della K+S in Germania, con la conseguenza che la concorrenza verrebbe ad essere pregiudicata in maniera significativa in una parte sostanziale del mercato comune.

99. A questo proposito tale governo fa notare che l'obiettivo della coesione economica e sociale enunciato agli artt. 2 e 3, lett. j), del Trattato CE, ripreso anche al tredicesimo `considerando' del regolamento e a cui la Commissione ha fatto riferimento nella sua decisione, deve certamente essere preso in considerazione, nel valutare le operazioni di concentrazione, ma non può comunque giustificare un'autorizzazione che comporti il mancato raggiungimento dell'obiettivo essenziale del controllo comunitario delle concentrazioni, e cioè la tutela della concorrenza. In definitiva, la Commissione avrebbe potuto autorizzare l'operazione rifacendosi all'obiettivo della coesione economica e sociale soltanto se le imprese parti di tale operazione si fossero assunte, come fatto dalla società Nestlé nella decisione della Commissione 22 luglio 1992, 92/553/CEE, relativa ad una procedura a norma del regolamento n. 4064/89 (Caso n. IV/M. 190 - Nestlé/Perrier) (GU L 356, pag. 1; in prosieguo: la « decisione Nestlé/Perrier »), impegni precisi e sufficienti diretti ad aprire alla concorrenza il mercato rilevante.

100. La Commissione ammette di non aver seguito interamente la teoria americana della « failing company defence » nella decisione controversa; tuttavia non vede per quale motivo tale fatto dovrebbe pregiudicare la legittimità della decisione.

101. Essa ritiene inoltre di aver sufficientemente dimostrato che i criteri da essa utilizzati per l'applicazione della teoria della « failing company defence » sono effettivamente soddisfatti nel caso di specie.

102. Per quanto riguarda il rischio di una rapida uscita dal mercato della MdK in caso di mancato rilevamento da parte di altro operatore, la Commissione ricorda che ai punti 76 e 77 della decisione controversa essa ha constatato come sia improponibile pensare ad una copertura a lungo termine delle sue perdite ad opera della Treuhand attraverso aiuti pubblici ad un'impresa che non è più competitiva e che, anche se ciò non avverrà nell'immediato per ragioni sociali, regionali, e, più in generale, politiche, la chiusura della MdK è un evento molto probabile a medio termine.

103. Inoltre è un fatto non contestato che la quota di mercato della MdK in Germania passerebbe, con ogni probabilità, alla K+S.

104. Riguardo alla condizione che esige che non vi siano soluzioni alternative di acquisto della Mdk meno lesive della concorrenza, la Commissione si rifà ai punti 81-90 della decisione controversa. Essa ritiene inoltre che il governo francese non abbia dimostrato in che modo le critiche provenienti dalle rappresentanze sindacali della MdK possano inficiare la sua valutazione. Del resto la Commissione non si sarebbe limitata ad accertare che la gara d'aggiudicazione non aveva permesso di trovare alcun altro acquirente, ma avrebbe svolto essa stessa un'indagine integrativa.

105. Per quanto concerne la mancanza delle condizioni cui subordinare l'autorizzazione dell'operazione di concentrazione sul mercato tedesco, la Commissione rileva che il governo francese non precisa quali impegni la K+S e la MdK avrebbero potuto assumere al fine di aprire alla concorrenza il mercato tedesco. L'argomento che il governo francese crede di poter trarre dalla citata decisione Nestlé/Perrier sarebbe inconferente. Secondo la Commissione l'operazione di concentrazione, in tale decisione, aveva potuto essere autorizzata alla luce di taluni impegni riguardanti la struttura della concorrenza nel mercato relativo al prodotto di cui trattasi. Orbene, nel caso di specie, per aprire alla concorrenza il mercato tedesco, bisognerebbe agire non sulla struttura della concorrenza bensì sul comportamento degli acquirenti. La Commissione rileva che, quand'anche il mezzo per aprire il mercato tedesco avesse potuto essere di ordine strutturale, è giocoforza constatare che non si è presentata nessuna soluzione di acquisto della MdK meno lesiva della concorrenza.

106. Il governo tedesco sostiene che, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento, una concentrazione deve essere vietata solo quando comporti un deterioramento delle condizioni di concorrenza. Orbene, il nesso di causalità tra la concentrazione ed i suoi effetti sulla concorrenza mancherebbe dal momento che, anche senza la concentrazione, le condizioni della concorrenza si deteriorerebbero in

maniera identica. Ciò si produrrebbe allorché le tre condizioni stabilite dalla Commissione fossero soddisfatte.

107. Il Governo tedesco, contrariamente a quello francese, ritiene che la Commissione abbia sufficientemente dimostrato che le condizioni da essa stabilite sono state soddisfatte. In primo luogo, la MdK non sarebbe autonomamente redditizia, cioè non sarebbe possibile risanare l'azienda mantenendone l'autonomia sul mercato. La Commissione, nel punto 76 della decisione controversa, avrebbe motivato in modo sostanziale l'impossibilità, a lungo termine, di arrivare ad un risanamento della MdK se la Treuhand avesse continuato a detenerne il 100%. In secondo luogo, non ci sarebbero dubbi che la quota di mercato della MdK sarebbe automaticamente assorbita dalla K+S, poiché questa resterebbe sola nel mercato rilevante una volta che MdK ne fosse uscita, e che, in questo contesto, si tratterebbe di una condizione essenziale. In terzo e ultimo luogo il governo tedesco afferma che la Commissione ha esaurientemente motivato il fatto che non esistessero altre possibilità di acquisto di MdK.

108. Riguardo poi al fatto che la concentrazione sia stata approvata senza condizioni né oneri a carico, il governo tedesco rileva come, in mancanza di un nesso di causalità tra la concentrazione e il rafforzamento di una posizione dominante, venga meno una delle condizioni per l'adozione di una decisione di incompatibilità ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento. Ragion per cui la concentrazione doveva essere autorizzata senza oneri né condizioni.

109. Si deve ricordare anzitutto che l'art. 2, n. 2, del regolamento dispone quanto segue: « Le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune ».

110. Pertanto, allorché un'operazione di concentrazione non provochi la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante che ostacoli in modo significativo la situazione concorrenziale sul mercato rilevante, essa va dichiarata compatibile con il mercato comune.

111. Dal punto 71 della decisione controversa emerge che, secondo la Commissione, una fusione che normalmente porti all'instaurazione o al rafforzamento di una posizione dominante in capo all'impresa che procede all'acquisizione, può non essere considerata causa della posizione dominante se, anche in caso di divieto della concentrazione, tale impresa acquisterà o rafforzerà inevitabilmente una posizione dominante sul mercato. Al medesimo punto viene poi rilevato che, di norma, non sussiste un rapporto di causalità tra una concentrazione e le restrizioni della concorrenza che ne conseguono qualora ricorrano le tre condizioni seguenti:

- l'impresa che viene acquistata sarebbe costretta ad uscire dal mercato dopo poco tempo se non venisse rilevata da un'altra impresa;
- l'impresa che procede all'acquisizione entrerebbe comunque in possesso della quota di mercato dell'impresa acquistata ove quest'ultima dovesse uscire dal mercato;
- non esiste altra alternativa all'acquisizione che abbia effetti meno restrittivi sulla concorrenza.

112. In primo luogo si deve rilevare che, sebbene le condizioni così poste dalla Commissione per decidere dell'inesistenza di un nesso di causalità tra la concentrazione e il deterioramento della struttura concorrenziale non coincidano integralmente con le condizioni proprie della teoria americana della « failing company defence », ciò non configura di per sé un motivo di invalidità della decisione controversa. Infatti, solo nel caso in cui le condizioni fissate dalla Commissione non siano tali da escludere che una concentrazione è la causa del deterioramento della struttura concorrenziale del mercato la decisione controversa potrebbe considerarsi invalida.

113. Nel caso di specie, il governo francese mette in dubbio la pertinenza del criterio secondo cui occorrerebbe verificare se l'impresa che procede all'acquisizione otterrebbe comunque la quota di mercato dell'impresa acquistata ove quest'ultima dovesse uscire dal mercato.

114. Orbene, occorre constatare che, in mancanza di tale criterio, una concentrazione potrebbe, una volta soddisfatti gli altri criteri, non essere considerata come causa di alterazione dell'assetto concorrenziale nel mercato anche se risultasse che, in mancanza di tale concentrazione, l'impresa che

procede all'acquisizione non otterrebbe la totalità della quota di mercato dell'impresa che viene acquistata. In questo modo l'esistenza di un nesso di causalità tra la concentrazione e la restrizione della concorrenza nel mercato potrebbe essere esclusa anche se, senza la concentrazione, tale restrizione sarebbe minore.

115. In effetti, l'introduzione di questo criterio è diretta a garantire che l'esistenza di un nesso di causalità tra la concentrazione e il deterioramento dell'assetto concorrenziale del mercato possa essere esclusa solamente nel caso in cui la restrizione della concorrenza, conseguenza dell'operazione di concentrazione, si produrrebbe ugualmente anche in mancanza di tale operazione.

116. Pertanto, il criterio dell'assorbimento delle quote di mercato, nonostante la Commissione stessa non lo consideri sufficiente di per sé ad escludere che dall'operazione di concentrazione possa derivare un pregiudizio al libero gioco della concorrenza, esso concorre a garantire la neutralità di tale operazione rispetto all'alterazione della concorrenza sul mercato, così come previsto dalla nozione di causalità delineata dall'art. 2, n. 2, del regolamento.

117. Riguardo poi alla censura secondo cui la Commissione non avrebbe dimostrato che, in mancanza dell'operazione di concentrazione, la MdK sarebbe ineluttabilmente uscita dal mercato, occorre ricordare che la Commissione, nel punto 73 della decisione in lite, ha constatato che anche dopo il 1 gennaio 1993, a ristrutturazione conclusa, questa impresa aveva continuato a registrare perdite considerevoli nel corso del primo trimestre. Secondo la Commissione, la grave situazione economica della MdK era conseguenza essenzialmente della sua struttura aziendale obsoleta e della crisi delle vendite imputabile soprattutto al crollo dei mercati dell'Europa orientale. Del resto, la MdK non disponeva neppure di un sistema di distribuzione efficiente (v. punti 74 e 75 della decisione controversa).

118. Al punto 76 della decisione controversa, la Commissione osserva che la MdK non avrebbe potuto continuare la propria attività se la Treuhand non avesse costantemente coperto le sue perdite. La Commissione ha tuttavia aggiunto che le perdite della MdK non potevano, a lungo termine, essere coperte dalla Treuhand attraverso aiuti pubblici, soluzione questa che sarebbe in ogni caso incompatibile con le disposizioni del Trattato sugli aiuti statali.

119. Tenuto conto di quanto sopra, appare corretto quanto constatato dalla Commissione riguardo all'insussistenza di redditività della MdK e riguardo alla probabilità che questa, lasciata a sé stessa, possa continuare ad accumulare perdite anche se la Treuhand, per il suo risanamento, le avesse erogato un volume di aiuti finanziari pari a quello previsto dalla concentrazione progettata.

120. Alla luce di quanto sopra deve considerarsi giustificata la previsione della Commissione secondo cui, in caso di mancato acquisto da parte di un'impresa privata, si configurerebbe come molto probabile l'ipotesi di una chiusura della MdK nell'immediato.

121. Infine, per quanto riguarda la condizione relativa alla mancanza di una alternativa di acquisizione della MdK che abbia effetti meno restrittivi sulla concorrenza, occorre ricordare che la censura mossa dal governo francese riguarda il fatto che la Commissione, a causa della mancanza di trasparenza nel procedimento riguardante la gara d'aggiudicazione, non avrebbe dimostrato che questa condizione sia stata effettivamente soddisfatta.

122. A questo proposito è sufficiente osservare che il governo francese si è limitato a richiamare il fatto che le rappresentanze sindacati della MdK avevano messo in rilievo la mancanza di trasparenza nel procedimento riguardante la gara d'aggiudicazione, senza tuttavia fornire alcun elemento tale da precisare in che cosa consistesse tale mancanza di trasparenza.

123. Orbene, mancando ogni precisazione al riguardo, questa censura non può essere accolta.

124. Da quanto sopra detto emerge che la mancanza del nesso di causalità tra l'operazione di concentrazione e il deterioramento dell'assetto concorrenziale del mercato tedesco non è stata validamente confutata. Occorre pertanto constatare che, rispetto a tale mercato, risulta che la suddetta operazione soddisfa il criterio previsto all'art. 2, n. 2, del regolamento, e quindi poteva essere dichiarata compatibile con il mercato comune senza la necessità di modifiche. Pertanto, contrariamente alle allegazioni del governo francese, non è ipotizzabile, senza con ciò contraddire

queste premesse che, riguardo al mercato tedesco, la Commissione subordini a una condizione qualsiasi la sua dichiarazione di compatibilità relativa all'operazione di concentrazione.

125. Questo secondo motivo deve conseguentemente essere respinto in quanto infondato».

Successivamente veniva analizzata l'applicabilità del regolamento n. 4064/89, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, alle posizioni dominanti collettive.

« 152. Il governo francese così come le società ricorrenti assumono che il regolamento non autorizza la Commissione ad applicarlo ad ipotesi di posizione dominante collettiva. A questo proposito fanno osservare che il testo del regolamento e in particolare l'art. 2, a differenza dell'art. 86 del Trattato CE [ora art. 102 TFUE], non prevede espressamente l'ipotesi della posizione dominante collettiva. In effetti, mentre l'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] dichiara che « è incompatibile (...) lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante (...) », l'art. 2 del regolamento ritiene rispettivamente compatibile ed incompatibile con il mercato comune le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante e quelle che creano o rafforzano una tale posizione.

153. D'altro canto, lo stesso fondamento giuridico del regolamento non fornirebbero alcuna giustificazione all'interpretazione adottata dalla Commissione. Non si tratterebbe infatti di una disposizione di attuazione dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE]. Secondo il governo francese, questo regolamento è fondato in primo luogo sull'art. 235 del Trattato CE, e, se è fondato altresì sull'art. 87 dello stesso Trattato, il quale autorizza il Consiglio ad emanare tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE], ciò dipende proprio dal fatto che, mentre la Corte aveva ammesso la possibilità di utilizzare l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] per il controllo di talune concentrazioni (sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215), esso ne riduce il campo di applicazione stabilendo in particolare all'art. 22, n. 1, che « il presente regolamento è il solo applicabile alle operazioni di concentrazione quali definite all'art. 3 ».

154. Dai lavori preparatori del regolamento inoltre non sembra emergere che il legislatore abbia inteso ricomprendervi anche le posizioni dominanti collettive. Orbene, ammettere che a questo tipo di situazione si applichi il regolamento equivarrebbe ad avallare un potere di divieto o di autorizzazione condizionata di ambito estremamente ampio e soprattutto molto discrezionale. Il governo francese ritiene pertanto che, se il legislatore comunitario, che si era prefisso tra l'altro lo scopo fondamentale di garantire la sicurezza giuridica delle imprese, avesse voluto introdurre tale nozione nell'ambito del regolamento, lo avrebbe fatto espressamente come nel caso dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE].

155. La EMC e la SCPA sostengono che l'interpretazione del regolamento così come prospettata dalla Commissione ha l'effetto di falsarne la ratio. A sostegno di tale tesi, esse fanno valere che la detta interpretazione porterebbe ad applicare il regolamento anche nel caso in cui, nonostante quanto previsto dal quindicesimo 'considerando', la quota di mercato delle imprese interessate non sia superiore al 25% né all'interno del mercato comune né in una sua parte sostanziale. Stando a tale 'considerando', le operazioni di concentrazione non sono tali da ostacolare la concorrenza effettiva e possono quindi presumersi compatibili con il mercato comune quando la quota di mercato delle imprese interessate non superi il 25% né nel mercato comune né in una sua parte sostanziale.

156. Infine la mancanza di adeguate garanzie procedurali per i terzi conferma, secondo le ricorrenti, che il regolamento non è inteso a disciplinare l'uso della nozione di posizione dominante collettiva. Infatti alle imprese che sono terze rispetto all'operazione di concentrazione esaminata ai sensi del regolamento, ma che, insieme alle imprese partecipanti a questa operazione, costituiscono, agli occhi della Commissione, un oligopolio non viene comunicata all'inizio nessuna informazione specifica che possa loro indicare a quali conseguenze vadano incontro nell'ambito della procedura in corso. Il governo francese osserva che, nonostante la possibilità da parte della Commissione o delle competenti autorità degli Stati membri di sentire, ai sensi dell'art. 18, n. 4, prima frase, del regolamento, i terzi rispetto all'operazione di concentrazione e quindi, nel caso, i rappresentanti delle

società estranee alla detta operazione, tale iniziativa non è tuttavia obbligatoria e, quand'anche abbia luogo, riveste un carattere informale e non offre le garanzie previste per l'audizione delle parti all'operazione. Inoltre, dal momento che i terzi ritenuti partecipanti a una posizione dominante collettiva non vengono informati della decisione che la Commissione ha intenzione di prendere, costoro non sarebbero neppure in grado di utilizzare in modo efficace la facoltà prevista dall'art. 18, n. 4, seconda frase, del regolamento, secondo cui possono chiedere di essere sentiti.

157. La Commissione ribatte sostenendo che il testo del regolamento non consente di escludere l'utilizzazione di questo strumento anche per prevenire la costituzione o il rafforzamento di posizioni dominanti collettive. In particolare, l'art. 2, n. 3, collegherebbe la posizione dominante all'operazione di concentrazione e non alle imprese interessate e avrebbe come oggetto le conseguenze della progettata concentrazione sulla struttura della concorrenza, cioè una situazione oggettiva.

158. D'altra parte, l'utilizzazione congiunta degli artt. 87 e 235 del Trattato quale fondamento giuridico del regolamento dimostrerebbe che il suo obiettivo è quello di colmare, per quanto riguarda il controllo delle posizioni dominanti oligopolistiche, una lacuna in materia di concorrenza lasciata aperta dagli artt. 85 e 86 del Trattato.

159. Secondo la Commissione non c'è nulla nei lavori preparatori che induca a ritenere che il Consiglio abbia inteso escludere dall'ambito di applicazione del regolamento le situazioni di posizione dominante collettiva del mercato, cioè situazioni di predominio legate alla presenza di molteplici entità economiche fortemente interdipendenti. La Commissione ricorda che, quando è emersa la divisione tra le delegazioni degli Stati membri sulla questione del controllo degli oligopoli, l'accordo è stato trovato su una formula neutra che lasciava aperta la questione. E questa sarebbe la formula alla fine adottata nell'art. 2 del regolamento.

160. Del resto, l'interpretazione accolta dal governo francese avrebbe come conseguenza che, dopo l'emanazione del regolamento, le concentrazioni che erano precedentemente sottoposte al controllo degli oligopoli in taluni Stati membri verrebbero assoggettate ormai solo a un controllo comunitario relativo all'esistenza di una posizione dominante individuale.

161. Secondo la Commissione, le modalità procedurali di applicazione del regolamento tutelano ampiamente gli interessi dei terzi, consentendo loro di far valere il loro punto di vista. La Commissione rileva che comunque una decisione di autorizzazione di una concentrazione, anche con condizioni ed oneri, così come previsto dall'art. 8, n. 2, del regolamento, vincola solo i partecipanti alla concentrazione. Infatti, tali condizioni ed oneri sarebbero destinati a garantire che le parti della concentrazione rispettino gli impegni assunti nei confronti della Commissione. In subordine essa sostiene che il diritto di essere sentiti costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che si applica indipendentemente da una qualsiasi previsione espressa, pertanto non potrebbe, dalla mancanza di un riferimento al diritto di difesa dei terzi, dedursi che il regolamento abbia inteso escludere provvedimenti che possano pregiudicare gli interessi di questi ultimi.

162. La Commissione sostiene infine che la possibilità di vietare una concentrazione che rafforzi il carattere oligopolistico del mercato deriva, da un lato, dalla teoria economica secondo cui la concorrenza, una volta verificatesi certe condizioni, non funziona in maniera adeguata in un mercato oligopolistico e, dall'altro, dalla necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune, conformemente all'art. 2, n. 1, lett. a), del regolamento.

163. Secondo il governo tedesco, il regolamento va applicato ai casi di posizione dominante collettiva soprattutto per il fatto che esso costituisce uno strumento che integra gli artt. 85 e 86 del Trattato e perché è stato adottato per il raggiungimento dell'obiettivo generale previsto all'art. 3, lett. f), del Trattato CEE [diventato l'art. 3, lett. g), del Trattato CE]. Infatti il regolamento dovrebbe consentire un controllo efficace delle concentrazioni che possano rivelarsi incompatibili con un regime di concorrenza non falsato. Orbene, perché tale controllo possa essere efficace occorre avere la possibilità di impedire ogni concentrazione che comporti la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, proveniente da una o più imprese.

164. Questo governo rileva che, se si interpretasse il regolamento nel senso che il suo ambito

d'applicazione è limitato al caso di posizione dominante sfruttata da un'unica impresa, le concentrazioni avvenute dopo l'adozione del regolamento, e che prima erano sottoposte al controllo dello Stato membro, non sarebbero più oggetto di controllo.

165. Occorre in primo luogo osservare che l'argomento delle ricorrenti secondo cui la scelta del fondamento giuridico di per sé stessa suggerirebbe che il regolamento non si applica alle posizioni dominanti collettive non può essere accolto. Infatti, così come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 83 delle sue conclusioni, gli artt. 87 e 235 del Trattato possono, in linea di principio, essere utilizzati come fondamento giuridico di una disciplina che consenta di intervenire in via preventiva nei confronti di operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante collettiva atta a pregiudicare in modo significativo il gioco della concorrenza.

166. Riguardo poi alla formulazione dell'art. 2 del regolamento, non è sostenibile la tesi secondo cui solo le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante individuale, cioè una posizione dominante detenuta dai partecipanti alla concentrazione, rientrano nell'ambito del detto regolamento. Infatti l'art. 2 del regolamento, nella parte in cui riguarda « le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante », non esclude di per sé la possibilità di applicare il regolamento a casi in cui le operazioni di concentrazione conducano alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, cioè detenuta dai partecipanti alla concentrazione insieme con un'entità terza.

167. Per quanto riguarda, in terzo luogo, i lavori preparatori, emerge dal fascicolo che non si può ritenere che essi riflettano chiaramente la volontà degli autori del regolamento riguardo alla portata dell'espressione « posizione dominante ». Pertanto, i lavori preparatori non sono in grado di fornire le indicazioni utili per l'interpretazione della nozione controversa (v., in questo senso, sentenza 1 giugno 1961, causa 15/60, *Simon/Corte di giustizia*, Racc. pag. 213).

168. Dal momento che la genesi del regolamento e la sua interpretazione letterale, in particolare dell'art. 2, non consentono di coglierne la portata esatta riguardo al tipo di posizione dominante prevista, la disciplina di cui è causa va interpretata sulla scorta della sua finalità e della sua economia generale (v., in questo senso, sentenza 7 febbraio 1979, causa 11/76, *Paesi Bassi/Commissione*, Racc. pag. 245, punto 6).

169. A questo proposito si deve rilevare che il regolamento, come risulta dai due primi « considerando », è fondato sulla premessa secondo cui risulta essenziale, nella prospettiva del completamento del mercato interno previsto per il 1992 e del suo ulteriore approfondimento, l'obiettivo volto ad instaurare un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune.

170. D'altronde dal sesto, settimo, decimo e undicesimo « considerando » emerge che tale regolamento, a differenza degli artt. 85 e 86 del Trattato, è destinato ad essere applicato a tutte le operazioni di concentrazione aventi dimensioni comunitarie qualora rischino, a causa dei loro effetti sulla struttura concorrenziale nella Comunità, di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplato dal Trattato.

171. Orbene, un'operazione di concentrazione che crei o rafforzi una posizione dominante delle parti interessate con una entità terza all'operazione è atta a risultare incompatibile con il regime di concorrenza non falsato voluto dal Trattato. Pertanto, se si accogliesse la tesi secondo cui il regolamento contempla solo le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante delle parti ad esse partecipanti, il suo scopo, così come risulta dai « considerando » sopra citati, verrebbe parzialmente disatteso. Tale regolamento si troverebbe così privato di una parte non trascurabile del suo effetto utile, senza che ciò sia necessario all'economia generale del regime comunitario di controllo delle operazioni di concentrazione.

172. A questo proposito va rilevato che né l'argomento relativo alla mancanza di garanzie procedurali né quello riguardante il quindicesimo « considerando » del regolamento sono tali da rimettere in discussione l'applicabilità del regolamento ai casi di posizione dominante collettiva derivanti da una operazione di concentrazione.

173. Riguardo al primo di tali argomenti si deve osservare che il regolamento non prevede espressamente l'obbligo di dare, alle imprese terze all'operazione di concentrazione considerate come il polo esterno dell'oligopolio dominante, la possibilità di esprimere utilmente il loro punto di vista allorché la Commissione intenda subordinare l'« autorizzazione » della suddetta operazione a condizioni od oneri che le colpiscano in modo specifico. Orbene, ciò vale anche nel caso in cui la Commissione preveda di autorizzare un'operazione di concentrazione comportante solo la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante individuale imponendo condizioni od oneri che colpiscano imprese terze.

174. In ogni modo, pur assumendo che quanto accertato dalla Commissione, e cioè che la progettata operazione di concentrazione instaura o rafforza una posizione dominante collettiva tra le imprese interessate e un'impresa terza, possa di per sé essere lesivo per quest'ultima, si deve ricordare che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che deve essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma di procedura a questo riguardo (v., in questo senso, sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, e 24 ottobre 1996, causa C-32/95, Commissione/Lisrestal e a., Racc. pag. I-5373, punto 21).

175. Alla luce di tale principio e tenuto conto dello scopo del regolamento così come sopra illustrato, il fatto che, nel suo ambito, non sia stata espressamente prevista, da parte del legislatore comunitario, una procedura in grado di garantire il diritto di difesa delle imprese terze ritenute detentrici di una posizione dominante collettiva con le imprese partecipanti alla concentrazione non può essere considerato come una prova decisiva dell'inapplicabilità di detto regolamento alle posizioni dominanti collettive.

176. Quanto al secondo argomento, va rilevato che la presunzione di compatibilità con il mercato comune delle operazioni di concentrazione in cui le imprese interessate concentrino una quota di mercato inferiore al 25%, prevista al quindicesimo « considerando » del regolamento, non è stata affatto prefigurata nel regolamento medesimo.

177. Infatti, il quindicesimo « considerando » del regolamento, tenuto conto della realtà del mercato che vi è sottesa, deve essere interpretato nel senso che un'operazione di concentrazione che non consente alle imprese partecipanti di cumulare una quota di almeno il 25% del mercato rilevante è considerata un'operazione che non crea né rafforza una posizione dominante anticoncorrenziale di dette imprese.

178. Alla luce di quanto sopra ne consegue che le posizioni dominanti collettive non sono escluse dall'ambito di applicazione del regolamento ».

25 marzo 1999, *Gencor Ltd c. Commissione*, causa T-102/96, Racc. II-753.

La Gencor, società di diritto sudafricano, era la madre di un gruppo le cui attività principali si collocavano nel settore minerario e metallurgico e controllava, a norma del regolamento CE 4064/89 sulle operazioni di concentrazioni, per il 46,5% del capitale, un'altra società sudafricana, la Implats operante nel settore dei metalli e del platino.

Nello stesso settore vi era una società di diritto inglese, la Lonrho, anch'essa madre di un gruppo di imprese operanti nella metallurgia, e soprattutto proprietaria al 73% di due società di diritto sudafricano operanti nello stesso settore, la Eastplats e la Westplats. Il capitale rimanente di queste ultime era detenuto dalla stessa Gencor, tramite la sua controllata Implats.

Le due società madri progettavano di prendere in comune il controllo della Implats e tramite tale impresa della Eastplats e della Westplats al termine di una operazione da svolgersi in due tempi.

Alla fine delle operazioni la Implats doveva detenere il controllo esclusivo di quest'ultime ed essa stessa doveva essere detenuta per il 32% dalla Gencor e per la stessa entità dalla Lonrho.

Le due società indirizzavano alle autorità sudafricane la conclusione dell'accordo e inviavano una copia anche alla Commissione.

Mentre l'autorità africana faceva sapere alle parti che l'operazione non presentava nessun problema di violazione delle norme locali sulla concorrenza, la Commissione ordinava di sospendere le operazioni di concentrazione. Dopo vari scambi di informazioni la Commissione emetteva una decisione in cui comunicava l'incompatibilità dell'operazione di concentrazione con le norme comunitarie.

Il Tribunale analizzava l'eccezione presentata dalla Gencor sulla valutazione dell'ambito territoriale di applicazione del regolamento 4064/89 e sulla compatibilità della decisione controversa con il diritto internazionale pubblico.

Il Tribunale ha osservato:

« 76. In limine, l'argomento della Commissione secondo cui la ricorrente, notificandole l'accordo di concentrazione ai fini del suo esame e facendo della sua approvazione una condizione preliminare alla sua attuazione, si sarebbe volontariamente assoggettata alla sua competenza deve essere respinto. Infatti, la violazione degli obblighi di notifica e di sospensione previsti dagli artt. 4 e 7 del regolamento n. 4064/89 per qualsiasi operazione di concentrazione di dimensioni comunitarie è accompagnata, in forza del suo art. 14, da pesanti sanzioni pecuniarie. Non è possibile pertanto dedurre dalla notifica o dalla sospensione dell'attuazione dell'accordo di concentrazione un qualsiasi volontario assoggettamento della ricorrente alla competenza della Comunità. Del resto, per valutare tale competenza nei confronti di un'operazione di concentrazione, la Commissione deve, previamente, poter esaminare la detta operazione, cosa che giustifica l'imposizione di un obbligo di notifica a carico dei partecipanti alla concentrazione. Questo obbligo non pregiudica la competenza della Commissione di statuire sulla concentrazione di cui trattasi.

77. Nella specie, due sono le questioni da esaminare. Si deve in primo luogo verificare se concentrazioni come quella di cui trattasi rientrino nel campo di applicazione del regolamento n. 4064/89, e quindi, in caso affermativo, se l'applicazione di tale regolamento a tale tipo di concentrazione sia in contrasto con il diritto nazionale pubblico sulla competenza degli Stati.

1. Sulla valutazione dell'ambito territoriale di applicazione del regolamento n. 4064/89

78. Per quanto riguarda la prima questione, si deve ricordare che, conformemente all'art. 1, il regolamento n. 4064/89 si applica a tutte le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, cioè a tutte le concentrazioni tra imprese che non realizzano individualmente più di due terzi del loro fatturato totale nella Comunità all'interno di uno Stato membro, il cui fatturato totale combinato realizzato a livello mondiale rappresenta un importo superiore ai cinque miliardi di ECU e il cui giro d'affari realizzato individualmente nella Comunità da almeno due tra le dette imprese sia di un importo superiore ai 250 milioni di ECU.

79. L'art. 1 del regolamento non richiede, perché un'operazione di concentrazione sia considerata di dimensione comunitaria, che le imprese di cui trattasi siano stabilite nella Comunità, né che le attività di produzione che costituiscono oggetto della concentrazione vengano svolte nel territorio della Comunità.

80. Per quanto riguarda il criterio del fatturato, si deve constatare che, come precisato al punto 13 dei `considerando'della decisione controversa, la concentrazione di cui trattasi è di dimensione comunitaria ai sensi dell'art. 1, n. 2, del regolamento n. 4064/89. Infatti, le imprese di cui trattasi realizzano sul piano mondiale un fatturato totale di oltre 10 miliardi di ECU, superiore alla soglia dei 5 miliardi prevista dal regolamento n. 4064/89. I risultati dell'ultimo esercizio della Gencor e della Lonrho dimostrano che esse realizzano entrambe un fatturato superiore ai 250 milioni di ECU nella Comunità. Infine, la Gencor e la Lonrho non realizzano ciascuna più dei due terzi del loro fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

81. Gli argomenti della ricorrente che escludono l'applicazione del regolamento alla concentrazione di cui trattasi e che deducono le basi giuridiche nonché la formulazione dei `considerando'e delle disposizioni del regolamento n. 4064/89 non possono essere accolti.

82. Infatti, sia le basi giuridiche del regolamento n. 4064/89, cioè gli artt. 87 e 235 del Trattato e, più specificamente, le disposizioni alla cui attuazione sono destinati, cioè gli artt. 3, lett. g), 85 e 86 del

Trattato, sia i punti da 1 a 5, 9 e 11 dei suoi `considerando'si limitano a rilevare la necessità di assicurarsi che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, in particolare, da operazioni di concentrazione che danno luogo alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante. Essi non escludono assolutamente dal campo di applicazione del regolamento operazioni di concentrazione che, per quanto contemplino attività di estrazione e/o di produzione all'esterno della Comunità, hanno l'effetto di creare o di rafforzare una posizione dominante che produce la conseguenza di frapporre in maniera significativa ostacoli alla effettiva concorrenza nel mercato comune.

83. Più precisamente, non può stare a fondamento della tesi della ricorrente l'undicesimo `considerando'in fine del regolamento n. 4064/89.

84. Secondo tale `considerando', « ci si trova di fronte ad un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria (...) quando le concentrazioni sono attuate da imprese che non hanno nella Comunità il loro campo principale di attività ma vi svolgono attività sostanziali ».

85. Facendo così riferimento in termini generali alla nozione di attività sostanziale, il regolamento non privilegia, ai fini della delimitazione del suo ambito territoriale di applicazione, le attività di produzione rispetto alle attività di vendita. Anzi, prevedendo all'art. 1 soglie quantitative basate sul fatturato mondiale e comunitario delle imprese interessate, esso privilegia piuttosto l'attività di vendita all'interno del mercato comune, come criterio di collegamento della concentrazione alla Comunità. Orbene, non è controverso che la Gencor e la Lonrho realizzino vendite non trascurabili nella Comunità (per un valore superiore ai 250 milioni di ECU).

86 La pertinenza del criterio fondato sulla ubicazione delle attività di produzione non è, neanche, confermato né dal trentesimo `considerando'né dall'art. 24 del regolamento n. 4064/89. Lungi dal sancire un criterio di delimitazione dell'ambito territoriale di applicazione del regolamento, l'art. 24 del regolamento si limita a disciplinare le procedure da seguire al fine di porre rimedio a situazioni in cui paesi terzi non concedono alle imprese della Comunità un trattamento comparabile a quello che la Comunità offre alle imprese di tali paesi terzi nel settore del controllo delle concentrazioni.

87. La ricorrente non può, facendo riferimento alla sentenza «Pasta di legno », avvalersi del criterio dell'attuazione di un'intesa a sostegno della sua interpretazione dell'ambito territoriale di applicazione del regolamento n. 4064/89. Il criterio dell'attuazione di un'intesa come criterio di collegamento di questa col territorio della Comunità, lungi dall'andare nel senso proposto dalla ricorrente, se ne discosta. Infatti, secondo la sentenza «Pasta di legno », il criterio dell'attuazione dell'intesa viene soddisfatto con la semplice vendita nella Comunità, indipendentemente dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento e degli impianti di produzione. Orbene, non è controverso che la Gencor e la Lonrho realizzavano vendite nella Comunità prima della concentrazione e che avrebbero continuato a farlo dopo.

88. Ciò considerato, applicando nella specie il regolamento n. 4064/89 a un progetto di concentrazione notificato da imprese che hanno la loro sede sociale e che svolgono le loro attività estrattive e di produzione al di fuori della Comunità, la Commissione non ha operato un'erronea valutazione dell'ambito territoriale di applicazione del regolamento n. 4064/89.

2. Sulla compatibilità della decisione controversa con il diritto internazionale pubblico.

89. A seguito dell'accordo di concentrazione, i rapporti di concorrenza che prima esistevano tra la Implants e la DPL, per quanto riguarda, in particolare, le loro vendite nella Comunità, sarebbero stati eliminati. Questo avrebbe modificato la struttura della concorrenza all'interno del mercato comune, dal momento che, in luogo di tre fornitori sudafricani di metalli del gruppo del platino, ne sarebbero rimasti solo due. La messa in opera della progettata concentrazione avrebbe implicato non soltanto la fusione delle attività estrattive e di produzione dei metalli del gruppo del platino dei partecipanti svolte nel Sudafrica, ma anche quella delle loro attività di commercializzazione dappertutto nel mondo e più particolarmente nella Comunità, dove la Implants e la DPL realizzavano vendite non trascurabili.

90. Si deve rilevare che, qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto

immediato e sostanziale nella Comunità, l'applicazione del regolamento è giustificata con riferimento al diritto internazionale pubblico.

91. A questo proposito, dalla decisione controversa emerge che il risultato dell'operazione sarebbe stata la creazione di una posizione dominante duopolistica della Amplats e della Implats/DPL sui mercati del platino e del rodio con la conseguenza che risulterebbe ostacolata in maniera significativa la concorrenza effettiva nel mercato comune ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89.

92. Si deve pertanto verificare se i tre criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile sono nella specie riuniti.

93. Per quanto riguarda, più particolarmente, il criterio dell'effetto immediato, l'espressione « a medio termine » utilizzata nei punti 206 e 210 dei `considerando'della decisione controversa a proposito della creazione di una posizione dominante duopolistica è, al contrario dell'affermazione della ricorrente, priva di ogni ambiguità. Essa fa chiaramente riferimento al termine previsto per lo smaltimento delle scorte russe, che consentirebbe la creazione di una posizione dominante duopolistica detenuta dalla Amplats e dalla Implats/DPL sui mercati mondiali del platino e del rodio e, di conseguenza, la creazione di una posizione dominante duopolistica nella Comunità, considerata come parte sostanziale di tali mercati mondiali.

94. Tale posizione dominante non dipenderebbe, come sostenuto dalla ricorrente, dal comportamento futuro dell'impresa risultante dalla concentrazione o da quello della società Amplats, ma sarebbe il risultato, in particolare, delle caratteristiche stesse del mercato e della modifica della sua struttura. Facendo riferimento al futuro comportamento dei membri del duopolio, la ricorrente non distingue gli eventuali abusi di posizione dominante, che i membri del duopolio potrebbero commettere in un futuro più o meno prossimo, fenomeno che potrebbe o no essere controllato tramite gli artt. 85 e 86 del Trattato, dalla modifica della struttura delle imprese e del mercato conseguente alla concentrazione. Certamente, l'esistenza di un comportamento abusivo non è necessariamente la conseguenza immediata della concentrazione, dato che essa dipende dalle decisioni che i membri del duopolio possono adottare o no per l'avvenire. Tuttavia, la creazione delle condizioni che rendono non soltanto possibile ma anche economicamente razionale questo genere di comportamenti sarebbe stata la conseguenza diretta e immediata della concentrazione, dato che questa avrebbe ostacolato in maniera significativa la effettiva concorrenza esistente sul mercato, modificando la struttura dei mercati interessati in modo duraturo.

95. Pertanto, la concentrazione avrebbe prodotto un effetto immediato nella Comunità».

Successivamente il Tribunale si pronunciava su una seconda eccezione sollevata dalla Gencor relativa al regolamento 4064/89 che non consentiva di vietare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante collettiva.

« 123. L'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 dispone:

« Le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulta che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune ».

124. La questione che si pone è pertanto quella di sapere se l'espressione « che creano o rafforzano una posizione dominante » riguarda soltanto la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante individuale o se essa si riferisce pure alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, cioè detenuta da due imprese o più.

125. Non è dato da desumere dalla formulazione dell'art. 2 del regolamento che soltanto le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante individuale, cioè una posizione dominante detenuta dai partecipanti alla concentrazione, rientrano nel detto regolamento. Infatti, l'art. 2 del regolamento, nella misura in cui riguarda « le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante », non esclude di per sé la possibilità di applicare il regolamento a casi in cui le operazioni di concentrazione conducano alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, e cioè detenuta dai partecipanti alla concentrazione insieme con un'entità terza (sentenza Francia e Austria/Commissione, già citata,

punto 166).

126. La ricorrente non ha pertanto base giuridica per sostenere che, nella misura in cui altri regimi nazionali prevedevano all'epoca dell'adozione del regolamento n. 4064/89 disposizioni specificamente intese al controllo delle concentrazioni che danno luogo alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, la scelta deliberata del Consiglio di non prevedere nel detto regolamento siffatte disposizioni voglia per forza significare che sotto tale regolamento non rientrano le situazioni di posizione dominante collettiva. Infatti, la scelta di una formulazione neutra quale quella figurante all'art. 2, n. 3, del regolamento non esclude a priori dal suo campo di applicazione la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante collettiva.

127. Infine, è determinante rilevare che, a prescindere dal loro livello di precisione, le normative nazionali che, precedentemente all'entrata in vigore del regolamento n. 4064/89, erano applicabili alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante collettiva non sono più applicabili a questo tipo di concentrazioni, conformemente all'art. 21, n. 2, del detto regolamento. Se si seguisse la tesi della ricorrente, si dovrebbe pertanto ammettere che tutti gli Stati membri che applicavano i loro sistemi di controllo delle concentrazioni alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante collettiva, cioè, in particolare, la Repubblica francese, la Repubblica federale di Germania e il Regno Unito, avrebbero rinunciato a questo tipo di controllo per quanto riguarda le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria. Orbene, in mancanza d'indicazioni chiare in tal senso, non è dato presumere che tale fosse stata la volontà degli Stati membri.

128. Per quanto riguarda gli argomenti della ricorrente relativi ai lavori preparatori, il Tribunale ritiene che, nell'interpretazione di un atto legislativo, debba attribuirsi alle posizioni sostenute nel corso della sua elaborazione dall'uno o dall'altro Stato membro importanza minore che alla formulazione e agli obiettivi dell'atto di cui trattasi.

129. I lavori preparatori non possono ritenersi riflettere essi stessi chiaramente la volontà degli autori del regolamento n. 4064/89, riguardo alla portata dell'espressione « posizione dominante ». Pertanto, i lavori preparatori non sono in grado di fornire indicazioni utili per l'interpretazione della nozione controversa (sentenza Francia e a./Commissione, già citata, punto 167, e citata sentenza).

130. Ad ogni modo, il fatto che, successivamente all'adozione del regolamento, taluni Stati membri, e più particolarmente la Repubblica francese, abbiano contestato l'applicabilità del regolamento alle posizioni dominanti collettive non potrebbe implicare che sotto tale regolamento non rientri questo genere d'ipotesi. Infatti, poiché gli Stati membri non erano vincolati dalle posizioni che essi hanno potuto accettare nel corso delle delibere in seno al Consiglio, non si può escludere che uno di essi cambi parere dopo l'adozione di un atto normativo o decida semplicemente di sottoporre la questione della sua legittimità al giudice comunitario.

131. Occorre quindi interpretare il regolamento n. 4064/89, e in particolare il suo art. 2, sulla base della sua sistematica generale.

132. Si deve esaminare l'argomento della ricorrente secondo cui la sistematica del regolamento escluderebbe la sua applicazione a situazioni di posizione dominante collettiva. A questo proposito, la ricorrente sostiene che il riferimento alla soglia del 25% operato nel quindicesimo `considerando' del regolamento n. 4064/89 sembra escludere l'applicazione del regolamento alle posizioni dominanti collettive.

133. Questo quindicesimo considerando' è così formulato:

« (...) le operazioni di concentrazione possono essere presunte compatibili con il mercato comune qualora, data la modesta quota di mercato delle imprese interessate, non siano tali da ostacolare la concorrenza effettiva; (...) fatti salvi gli articoli 85 e 86 del trattato, una tale indicazione sussiste qualora la quota di mercato delle imprese interessate non sia superiore al 25% né nel mercato comune né in una sua parte sostanziale ».

134. Come giustamente sottolineato dalla Commissione, il riferimento così operato alla soglia del 25% della quota di mercato non potrebbe stare a fondamento di una interpretazione restrittiva del regolamento. Nella misura in cui i mercati oligopolistici dove una delle imprese in posizione

dominante congiunta detenga meno del 25% sono relativamente rari, tale indicazione non è idonea a eliminare dall'ambito di applicazione del regolamento i casi di posizione dominante congiunta. Infatti, è più frequente trovare mercati oligopolistici dove le imprese in posizione dominante detengono più del 25% della quota del mercato. Così, le strutture di mercato più favorevoli al sopravvenire di comportamenti oligopolistici sono quelle caratterizzate, in particolare, dalla presenza di due, tre o quattro fornitori ciascuno dei quali detiene più o meno la medesima quota di mercato, per esempio due fornitori che detengono ciascuno il 40% del mercato, tre fornitori ciascuno dei quali detiene tra il 25% e il 30% del mercato o quattro fornitori ciascuno dei quali detiene circa il 25% del mercato. Orbene, tutte queste configurazioni sono compatibili con la soglia del 25% prevista dal quindicesimo considerando' del regolamento.

135. Inoltre, tale limite è enunciato a titolo semplicemente indicativo, come del resto precisato dal quindicesimo considerando' stesso e non è assolutamente ripreso nel dispositivo del regolamento (sentenza Francia e a./Commissione, già citata, punto 176).

136. Pertanto, l'interpretazione dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 alla luce del suo quindicesimo `considerando' non può giustificare la tesi della ricorrente secondo la quale il regolamento non sarebbe applicabile alle posizioni dominanti collettive.

137. Si deve quindi esaminare l'argomento avanzato dalla ricorrente che deduce il principio della certezza del diritto e i diritti della difesa.

138. Secondo la ricorrente, tenuto conto, in particolare, delle sanzioni cui le imprese vanno incontro nel contesto del regolamento n. 4064/89, sarebbe incompatibile con il principio della certezza del diritto forzare la normale interpretazione dell'art. 2, n. 3, del detto regolamento in modo da estenderne la portata a situazioni di posizione dominante collettiva.

139. Orbene, la questione che si pone nel contesto del motivo esaminato è esattamente quella di sapere se la corretta interpretazione del regolamento è quella auspicata dalla Commissione. Se così è, la decisione è da questo punto di vista legittima e non si ha violazione del principio della certezza del diritto. Se, al contrario, l'esatta interpretazione del regolamento è quella sostenuta dalla ricorrente, la decisione è affetta da un vizio d'incompetenza, nel qual caso non è necessario pronunciarsi su un'eventuale violazione del principio della certezza del diritto.

140. Pertanto, l'argomento della ricorrente è inefficace».

6 giugno 2002, Airtours plc c. Commissione, causa T-342/99, Racc. II-2585.

Nel 1999 la società britannica Airtours plc, che esercita principalmente attività di tour operator e di fornitore di pacchetti vacanza, rendeva pubblica l'intenzione di acquisire l'intero capitale di una società sua concorrente, il tour operator britannico First Choice plc, e notificava alla Commissione tale progetto di concentrazione, ai sensi dell'art. 4 del regolamento n. 4064/1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese. L'esame svolto dalla Commissione si concludeva con una decisione che dichiarava l'operazione incompatibile con il mercato comune ed il funzionamento dello spazio economico europeo («SEE»), per la ragione che essa avrebbe creato una posizione dominante collettiva nel mercato britannico dei pacchetti vacanza all'estero con destinazioni a corto raggio, con l'effetto di ostacolare la concorrenza in modo significativo nel mercato comune. La società presentava così ricorso per annullamento avverso tale decisione, adducendo a sostegno del medesimo, tra l'altro, l'esistenza di errori manifesti di valutazione nella definizione del mercato dei prodotti rilevante e la violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89 e del principio di certezza del diritto, ritenendo che la Commissione avrebbe esaminato il caso in esame applicando una nozione nuova e errata di posizione dominante collettiva (che, per tale motivo, sarebbe stata riscontrata nel caso di specie). Con riguardo, innanzitutto, alla definizione del mercato dei prodotti interessati, il Tribunale di primo grado ha osservato:

«17. Per quanto riguarda la definizione del mercato dei prodotti di cui trattasi nell'attività relativa all'organizzazione di pacchetti vacanza all'estero per consumatori britannici, la sola contestata dalla ricorrente, la Decisione distingue due distinti mercati: quello dei pacchetti vacanza con destinazioni a lungo raggio (in prosieguo: le « vacanze a lungo raggio ») e quello dei pacchetti vacanza con destinazioni a corto raggio (in prosieguo: le « vacanze a corto raggio »). A tale proposito si precisa nella Decisione che nel settore dei trasporti aerei si considerano destinazioni a lungo raggio quelle raggiungibili con un tempo di volo che supera in misura considerevole le tre ore, con partenza dal Regno Unito, esclusi i voli per le isole del Mediterraneo orientale o per le Canarie, che possono durare fino a circa quattro ore. Perciò tutte le destinazioni di vacanza europee (continentali ed insulari) e nordafricane rientrerebbero nella categoria « corto raggio », a differenza delle destinazioni, ad esempio, nei Caraibi, nelle Americhe o nel Sud-est asiatico, per le quali i tempi di volo sono considerevolmente più lunghi (generalmente il doppio o ancora più; punti 10-13 della motivazione della Decisione).

18. La motivazione della Decisione spiega ai punti 16-28 i motivi che hanno condotto la Commissione a ritenere che le differenze tra le vacanze a lungo raggio e quelle a corto raggio risultino maggiormente significative, in termini di concorrenza, delle loro somiglianze, così da giustificare l'esistenza di mercati distinti ai fini della valutazione della concentrazione notificata. Tali motivi sarebbero i seguenti:

a) da un lato, la sostituibilità limitata tra voli a lungo raggio e voli a corto raggio per le compagnie aeree (e quindi per i tour operator integrati verticalmente), considerati la scarsa possibilità di usare gli stessi aerei per le destinazioni a corto raggio e per quelle a lungo raggio, il costo di gestione degli aerei di grande capacità rispetto a quello degli aerei più piccoli, e le difficoltà che le compagnie aeree di charter (incluse quelle delle parti) devono sostenere se cercano di « riconfigurare in misura sostanziale la propria flotta e modificare la sua capacità di effettuare voli a lungo e a corto raggio », ossia: la necessità di investire capitali, la necessità di tempo per farlo e la difficoltà di prendere a nolo aerei per periodi brevi nei limiti in cui le compagnie di voli charter (incluse quelle delle parti) sono proprietarie della maggior parte dei loro aerei o li prendono a nolo per periodi relativamente lunghi (un contratto di noleggio di cinque anni sarebbe la norma) così da ridurre i costi, mantenere la qualità e assicurare la continuità della fornitura (punti 16-18 della motivazione della Decisione);

b) d'altra parte, il fatto che, dal punto di vista del consumatore finale, esistono differenze significative tra i pacchetti vacanza all'estero a corto raggio e quelli a lungo raggio:

4. in primo luogo in termini di immagine o di idea di vacanza: le vacanze a lungo raggio appaiono più esotiche e sono perciò maggiormente apprezzate dai « single » e dalle coppie senza bambini; le vacanze a corto raggio, come le mete mediterranee, interessano soprattutto le famiglie (punto 20 della motivazione della Decisione);

5. in secondo luogo, per quanto riguarda il periodo dell'anno per andare in ferie: le vacanze a lungo raggio si adattano meno alle esigenze dei consumatori britannici che viaggiano con la famiglia, i quali acquistano la maggior parte dei pacchetti vacanza all'estero durante la stagione estiva (all'incirca da metà luglio a fine agosto), in coincidenza con le vacanze scolastiche (e, in alcune zone, con la chiusura delle fabbriche; punto 20 della motivazione della Decisione);

6. in terzo luogo, per quanto riguarda la durata del viaggio: anche tempi di volo molto più lunghi possono dissuadere taluni consumatori dallo scegliere una vacanza a lungo raggio, anche se sono paragonabili, per altri aspetti, alle vacanze a corto raggio, per esempio sotto l'aspetto climatico, della posizione, del prezzo, dei visti, delle disposizioni sanitarie ecc. (punto 21 della motivazione della Decisione);

7. in quarto luogo, per quanto riguarda la mancanza di sostituibilità sotto il profilo dei prezzi tra destinazioni a corto raggio e destinazioni a lungo raggio, i prezzi sono notevolmente più alti per le vacanze a lungo raggio e la convergenza tra i prezzi di queste vacanze e quelli di vacanze paragonabili a corto raggio è solo limitata. Se i prezzi dei due tipi di vacanze, in particolare in

taluni periodi dell'anno (per esempio quando c'è brutto tempo), possono a volte essere uguali o contigui, tale sovrapposizione molto limitata non basta a vincolare i prezzi in tutto il mercato delle destinazioni a corto raggio, poiché solo una parte molto ristretta di consumatori considera tali vacanze a lungo raggio effettivi sostituti (punti 22-26 della motivazione della Decisione). [...]

19. Occorre osservare anzitutto che, per quanto riguarda l'applicazione del regolamento n. 4064/89, prospettata nel caso in esame, l'adeguata definizione del mercato rilevante è una condizione necessaria e previa alla valutazione degli effetti sulla concorrenza della concentrazione di imprese notificata (v., in tal senso, la sentenza della Corte 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, detta « Kali & Salz » (Racc. pag. I-1375, punto 143).

20. Il mercato dei prodotti interessati dall'operazione dev'essere definito tenendo conto del complessivo contesto economico, così da poter valutare la reale potenza economica dell'impresa, o delle imprese, in questione, ed è importante a tal fine definire anzitutto i prodotti che, pur non essendo succedanei di altri prodotti, sono sufficientemente intercambiabili con i prodotti che esse propongono, in funzione non soltanto delle loro caratteristiche proprie, ma anche delle condizioni di concorrenza e della struttura della domanda e dell'offerta sul mercato (v., in tal senso, sentenze della Corte 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. I-5951, punti 10 e 13, e sentenza del Tribunale 6 ottobre 1994, causa T-83/91, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. II-755, punto 63).

21. La ricorrente contesta la definizione del mercato dei prodotti di cui trattasi contenuta nella Decisione. Invece di limitare il mercato pertinente a quello dei pacchetti vacanza all'estero a corto raggio, la Commissione avrebbe dovuto definirlo come quello costituito da tutti i pacchetti vacanza all'estero, ivi compresi i pacchetti vacanza a lungo raggio. La ricorrente censura la Commissione per essersi discostata dalla prassi anteriore riguardante la definizione del mercato dei pacchetti vacanza all'estero e sostiene che essa non ha correttamente valutato la sostituibilità della domanda e la sostituibilità dell'offerta. Tale vizio dell'iter logico comporterebbe che la Decisione sia inficiata da errori manifesti di valutazione da cui deriverebbe un errore di diritto.

22. Per quanto riguarda la tesi della Commissione secondo la quale non vi è sostituibilità della domanda tra le vacanze a lungo raggio e quelle a corto raggio, la ricorrente sostiene che gli argomenti della Commissione riguardanti, da un lato, le diverse caratteristiche del prodotto e, dall'altro, le differenze dei prezzi medi delle vacanze a lungo raggio e con destinazioni a corto raggio sono errati.

23. Essa si riferisce, anzitutto, alle caratteristiche del prodotto e contesta le asserzioni della Commissione secondo cui le vacanze a lungo raggio sono più esotiche, sono meno adatte alle famiglie e richiedono tempi di volo più lunghi. Così, le destinazioni a corto raggio quali la Turchia o il Nord Africa sarebbero più « esotiche » delle destinazioni a lungo raggio quali la Florida e la Repubblica dominicana, che sarebbero piuttosto « familiari ». Per quanto riguarda la durata del viaggio fino al luogo di soggiorno, essa potrebbe essere altrettanto lunga per le vacanze a corto raggio che per quelle a lungo raggio, in quanto ciò che conta è l'intera durata del viaggio, che comprende il check-in e i trasferimenti, e non i tempi di volo in senso stretto. La ricorrente sostiene infine che la varietà dei tipi di soggiorno proposti dai tour operator al fine di prendere in considerazione i diversi stili di vita (ad esempio, in famiglia o meno) e la diversità delle preferenze (in particolare per quanto riguarda il tipo di sistemazione, di vivande, di attività e di interessi ecc.) esiste sia all'interno del segmento di vacanze a lungo raggio sia in quello delle vacanze a corto raggio.

24. In secondo luogo, per quanto riguarda le differenze nei prezzi delle vacanze, la ricorrente fa valere che non è pertinente rilevare che i prezzi medi delle vacanze a lungo raggio superano quelli delle vacanze a corto raggio allorché, come nel caso in esame, i prodotti sono molto differenziati. La ricorrente fa anche valere l'esistenza di una convergenza dei prezzi tra i due tipi di vacanze in quanto determinati voli a corto raggio si collocano nella stessa forchetta di prezzo di taluni voli a lungo raggio.

25. Il Tribunale rileva che dal fascicolo risulta che è tenendo conto delle preferenze dei

consumatori, della durata media dei voli, dei livelli dei prezzi medi e della limitata intercambiabilità delle flotte aeree usate per ciascun tipo di destinazione che la Commissione ha concluso che le vacanze a corto raggio appartengono ad un mercato distinto da quello al quale appartengono le vacanze a lungo raggio. La Commissione ha così concluso, senza peraltro contestare che i pacchetti vacanza all'estero a lungo raggio sono sempre più apprezzati dai consumatori, e anche senza contestare che gli studi di mercato fatti valere dalla ricorrente nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti (v. British National Travel Survey, 1998, volume 4, The 1998 Holiday Market, e Mintel, « *Holidays: The booking procedure, 1997* ») mettono in rilievo una tendenza dei britannici ad ampliare l'orizzonte geografico delle loro vacanze, in particolare verso l'altra sponda atlantica. Essa non ha neanche contestato il fatto che, da un lato, una parte considerevole (36%) di vacanzieri che hanno effettuato vacanze a corto raggio nel corso degli ultimi cinque anni ha anche effettuato vacanze a lungo raggio nel corso di tale periodo, e, dall'altro, che un numero ben più considerevole di vacanzieri (62%) e « molto » o « abbastanza » probabile che lo faccia nel corso dei prossimi cinque anni, come la ricorrente ha accennato nella tabella 2.4 della sua risposta alla comunicazione degli addebiti.

26. Si deve perciò esaminare se la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione ritenendo che tali elementi giustificassero una definizione ristretta del mercato del prodotto di cui trattasi, escludendo le vacanze a lungo raggio, che ha ritenuto non essere sufficientemente intercambiabili con le vacanze a corto raggio.

27. Per quanto riguarda, in primo luogo, la durata media dei voli, la Commissione ha evidenziato, senza essere contestata su tale punto dalla ricorrente, lo scarto sostanziale che esiste tra la durata media dei voli a lungo raggio, che supera le otto ore, e quella dei voli a corto raggio, che è, di solito, inferiore a tre ore (dal Regno Unito i voli per le isole del Mediterraneo orientale o per le Canarie possono durare fino a quattro ore circa). La ricorrente fa valere che quel che in pratica conta, dal punto di vista dei consumatori, non è la durata del volo, ma la durata complessiva del tragitto dalla città di partenza fino all'hotel di arrivo. Tuttavia essa non può usare questo argomento per relativizzare lo scarto incontestabile esistente tra la durata media dei voli, in media tre ore per i voli a corto raggio ed otto ore in media per i voli a lungo raggio, dato che anche la durata del tragitto dall'aeroporto all'hotel può in realtà variare, quale che sia la destinazione.

28. In secondo luogo, per quanto riguarda l'importanza da attribuire ai prezzi ai quali sono venduti i due tipi di vacanze e il loro impatto sui consumatori, la Commissione ha ritenuto che le differenze tra il prezzo medio delle vacanze a lungo raggio e quello delle vacanze a corto raggio siano tali da giustificare la definizione di mercati distinti. Si deve rilevare, a tale proposito, che la Commissione ammette che c'è un certo grado di convergenza tra i prezzi dei due tipi di vacanze. Essa sostiene tuttavia che tale convergenza è insufficiente a far sì che i due prodotti possano venir considerati come sostituibili o che i prezzi degli uni possano avere un'incidenza sui prezzi degli altri.

29. La Commissione spiega al punto 23 della motivazione della Decisione i motivi per i quali essa ha ritenuto che non esista sostituibilità sotto il profilo dei prezzi tra i due tipi di vacanze. Essa ritiene che i prezzi proposti al consumatore siano notevolmente più alti per le vacanze a lungo raggio in base alle informazioni fornite dalla ricorrente all'allegato 1 a) della risposta del 29 giugno 1999 alla richiesta di informazioni della Commissione.

30. Così, in primo luogo, la Commissione ha accertato che tra il « prezzo di catalogo » medio delle vacanze a lungo raggio per l'estate 1998 e quello delle vacanze a corto raggio vi era una differenza superiore al 100%. Essa ha anche valutato la questione confrontando pacchetti vacanza simili (quattordici notti, tre stelle, pasti esclusi) in Florida ed in Spagna, per accertare che le seconde, in media, costavano circa la metà delle prime. Un confronto analogo tra la Florida e la Grecia o le Canarie avrebbe dato risultati più o meno simili (ossia una differenza dal 30 al 40% circa per la pensione completa). La Decisione fornisce esempi particolareggiati di confronti tra prezzi relativi a

talune destinazioni turistiche a corto o lungo raggio proposte nei depliant della Airtours, che mostrano differenze di prezzo notevoli tra i due tipi di destinazioni.

31. La ricorrente contesta la pertinenza dei prezzi medi quali elementi di confronto della rilevanza del prezzo sulle decisioni dei consumatori relative a prodotti chiaramente differenziati. Essa sostiene che quel che è importante per determinare il mercato del prodotto di cui trattasi è il comportamento dei « clienti marginali » ed il fatto di stabilire se questi ultimi sarebbero disposti a sostituire vacanze a lungo raggio alle vacanze a corto raggio se il prezzo di queste ultime dovesse aumentare. La Commissione ammette che i prezzi medi non necessariamente riflettono i prezzi agli estremi, ma ritiene che quando, come nel caso in esame, le differenze sono talmente considerevoli, è improbabile che esista una gamma tale di vacanze a lungo raggio effettivamente paragonabili, a prezzi sufficientemente simili, che i loro prezzi possano vincolare quelli delle vacanze a corto raggio, in quanto le vacanze a lungo raggio di cui trattasi sarebbero considerate effettivi sostituti solo da una piccola frazione di clienti.

32. Si deve perciò esaminare se la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione sulla consistenza del margine, ossia sul numero di clienti pronti ad attivarsi, in caso di aumento dei prezzi delle vacanze a corto raggio, acquistando vacanze a lungo raggio, rispetto all'insieme dei clienti dei tour operator che abitualmente acquistano vacanze a corto raggio.

33. A tale proposito si deve, in via preliminare, rilevare che è pacifico per le parti che i consumatori britannici di pacchetti vacanza all'estero sono in genere molto sensibili ai prezzi di tali prodotti.

34. La tesi della Commissione è esposta al punto 24 della motivazione della Decisione, laddove essa ammette che « [i] prezzi di alcune vacanze in talune destinazioni a lungo raggio, in particolare in certi periodi dell'anno (ad esempio nei periodi in cui si prevedono condizioni meteorologiche sfavorevoli), corrispondono o si avvicinano ai più elevati della graduatoria prezzo/qualità dei viaggi a corto raggio (alta stagione estiva, migliore sistemazione alberghiera) ». Essa ha poi tuttavia valutato che « [n]on si deve (...) ritenere che questa sovrapposizione estremamente limitata sia sufficiente a vincolare i prezzi in tutto il mercato a corto raggio poiché, a causa del prezzo o per altre ragioni, solo una parte molto ristretta di consumatori considererebbe tali voli a lungo raggio effettivi sostituti ».

35. A sostegno di tale valutazione la Commissione ha evidenziato al punto 25 della motivazione della Decisione che nessuna delle vacanze a lungo raggio menzionate dalla ricorrente nella risposta alla comunicazione degli addebiti (tabella 2.6) a sostegno della sua posizione relativa alla dei prezzi apparteneva alla stessa fascia di prezzo indicata precedentemente dall'impresa. [...]

38. Anche i documenti prodotti dalla ricorrente confortano la tesi della Commissione. [...]

40. La ricorrente ha per giunta ammesso, in occasione dell'udienza, di pubblicare un catalogo per vacanze a corto raggio distinto da quello che essa pubblica per le vacanze a lungo raggio.

41. Di conseguenza la tesi della Commissione secondo la quale solo una piccola frazione dei clienti dei principali tour operator britannici ritiene che le vacanze a lungo raggio siano sostituibili in termini di qualità/prezzo (« value for money ») alle vacanze a corto raggio non si può considerare manifestamente errata.

42. Tale conclusione non può essere inficiata dagli altri argomenti fatti valere dalla ricorrente. [...]

44. Tuttavia, nelle circostanze del caso in esame, per quanto riguarda la definizione del mercato, il fatto che la Commissione non abbia attribuito un'importanza decisiva né all'evoluzione dei gusti dei consumatori né all'importanza crescente della sostituzione di vacanze a lungo raggio, come la Florida e la Repubblica Dominicana, a vacanze a corto raggio né, infine, alla crescita del mercato delle vacanze a lungo raggio nel corso degli ultimi anni, non basta per concludere che la Commissione ha oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale nel ritenere che i pacchetti vacanza con destinazioni a corto raggio non rientrino nello stesso mercato del prodotto dei pacchetti vacanza con destinazioni a lungo raggio.

45. In terzo luogo, per quanto riguarda l'argomento della ricorrente relativo alla sostituibilità sul versante dell'offerta ed all'interscambiabilità degli aerei usati per i voli a corto e a lungo raggio, non si può censurare la Commissione per aver ritenuto che la constatazione secondo cui taluni aerei polivalenti, come il Boeing 757, possono essere usati entro certi limiti contemporaneamente per destinazioni a lungo raggio e per destinazioni a corto raggio non sia abbastanza determinante, alla luce degli altri elementi accertati riguardanti la sostituibilità del prodotto dal punto di vista della domanda, per condurla ad accogliere una definizione più ampia del mercato. A tale riguardo ci si deve riferire, come la ricorrente stessa ha fatto, al punto 13 della comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU 1997, C 372, pag. 5), ai sensi del quale:

« Dal punto di vista economico, e nella prospettiva della definizione del mercato rilevante, la sostituibilità sul versante della domanda costituisce il vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo ». [...]

48 Ne consegue che il primo motivo dev'essere respinto perché infondato».

Con riferimento poi alle circostanze in base alle quali occorre esaminare le censure della ricorrente relative alla violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89 e, tra l'altro, del principio della certezza del diritto e fondate sul fatto che la Commissione avrebbe esaminato il caso di specie alla luce di una errata nozione di posizione dominante collettiva, così giungendo a constatare che l'operazione di concentrazione notificata avrebbe creato una posizione di tal fatta, il Tribunale ha osservato:

« 55. [...] la ricorrente intende dimostrare che la Commissione ha commesso un errore di valutazione decidendo che l'operazione prospettata dovesse essere vietata. Essa sostiene che la Decisione non dimostra adeguatamente che il risultato dell'operazione sarebbe la creazione di una posizione dominante collettiva suscettibile di ostacolare la concorrenza in modo significativo nel mercato di cui trattasi. Vietando l'operazione la Commissione avrebbe così violato l'art. 2 del regolamento n. 4064/89.

56 A termini dell'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89, le operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune.

49. Ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento, le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune.

50. Quando, nell'ambito dell'applicazione del regolamento n. 4064/89, la Commissione esamina un'eventuale posizione dominante collettiva, essa deve determinare se la creazione o il rafforzamento di una tale posizione, atta ad ostacolare in modo significativo e duraturo la concorrenza effettiva esistente nel mercato, sarebbe la conseguenza diretta ed immediata della concentrazione (v., in tal senso, sentenza Gencor/Commissione, [25 marzo 1999, causa T-102/96, Racc. pag. II-753], punto 94). In mancanza di una modifica sostanziale della concorrenza presente, l'operazione dovrebbe essere autorizzata (v., in tal senso, sentenze del Tribunale 19 maggio 1994, causa T-2/93, Air France/Commissione, Racc. pag. II-323, punti 78 e 79, e Gencor/Commissione, cit., punti 170, 180 e 193).

51. Dalla giurisprudenza risulta che « [n]ei confronti di una prospettata posizione dominante collettiva, la Commissione è (...) tenuta a valutare se, in prospettiva, l'operazione di concentrazione sottoposta al suo vaglio dia origine a una situazione nella quale una concorrenza effettiva nel mercato rilevante venga ostacolata in modo significativo da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno, in particolare a causa dei fattori di

correlazione tra esse esistenti, il potere di adottare sul mercato una medesima linea d'azione e di agire in gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e, infine, dai consumatori » (sentenze Kali & Salz, cit., punto 221 e Gencor/Commissione, cit., punto 163).

52. Il Tribunale ha giudicato che « sul piano giuridico o economico, non esiste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale questi ultimi, su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione del mercato, di trasparenza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimalizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi. Infatti, in un siffatto contesto, ciascun operatore sa che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato (per esempio, una riduzione di prezzo) provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa. Tutti gli operatori si troverebbero quindi a subire l'abbassamento del livello dei prezzi» (sentenza Gencor/Commissione, cit., punto 276).

56. Una situazione di posizione dominante collettiva che ostacola in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale dello stesso può quindi verificarsi a seguito di una concentrazione qualora, tenuto conto delle caratteristiche stesse del mercato di cui trattasi e della modifica che apporterebbe alla sua struttura la realizzazione dell'operazione, il risultato di quest'ultima fosse che, prendendo coscienza degli interessi comuni, ciascun membro dell'oligopolio dominante ritenesse possibile, economicamente razionale e quindi preferibile adottare in modo duraturo una stessa linea d'azione nel mercato allo scopo di vendere al di sopra dei prezzi concorrenziali, senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere ad una pratica concertata ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] (v., in tal senso, sentenza Gencor/Commissione, cit., punto 277), e cioè senza che i concorrenti effettivi o potenziali, o anche i clienti ed i consumatori, possano effettivamente reagire.

57. Come ha sostenuto la ricorrente, e come la Commissione ha ammesso nelle sue memorie, perché possa crearsi una situazione di posizione dominante collettiva così definita sono necessarie tre condizioni:

8. in primo luogo, ciascun membro dell'oligopolio dominante deve poter conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottino o meno la stessa linea di azione. Come la Commissione espressamente riconosce, non basta che ciascun membro dell'oligopolio dominante sia cosciente del fatto che tutti possono trarre profitto da un comportamento interdipendente nel mercato, ma deve anche disporre di un mezzo per sapere se gli altri operatori adottano la stessa strategia e se la mantengono. La trasparenza nel mercato dovrebbe perciò essere sufficiente per consentire a ciascun membro dell'oligopolio dominante di conoscere, in modo sufficientemente preciso ed immediato, l'evoluzione del comportamento nel mercato di ciascuno degli altri membri;

9. in secondo luogo, è necessario che la situazione di coordinamento tacito possa conservarsi nel tempo, ossia deve esistere un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune nel mercato. Come fa osservare la Commissione, solo se tutti i membri dell'oligopolio dominante tengono un comportamento parallelo essi possono approfittarne. Tale condizione integra quindi la nozione di ritorsioni in caso di comportamento che devia dalla linea di azione comune. Le parti condividono qui l'idea che perché una situazione di posizione dominante collettiva sia sostenibile, bisogna che ci siano fattori di dissuasione sufficienti ad assicurare con continuità un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune, il che vale a dire che bisogna che ciascun membro dell'oligopolio dominante sappia che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa (v., in tal senso, sentenza Gencor/Commissione, cit., punto 276);

10. in terzo luogo, per dimostrare adeguatamente l'esistenza di una posizione dominante collettiva, la Commissione deve parimenti provare che la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali nonché dei consumatori non rimetterebbe in discussione i risultati attesi dalla comune linea d'azione.

58. L'analisi prospettica che la Commissione è chiamata a svolgere nell'ambito del controllo delle concentrazioni, per quanto riguarda una posizione dominante collettiva, richiede un attento esame in particolare delle circostanze che, a seconda di ciascun caso, si rivelano pertinenti per valutare gli effetti dell'operazione di concentrazione sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante (sentenza Kali & Salz, cit., punto 222). Infatti, come la Commissione stessa ha evidenziato al punto 104 della sua decisione 20 maggio 1998 che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers & Lybrand) (GU 1999, L 50, pag. 27), dalla sentenza Kali & Salz risulta anche che, qualora la Commissione ritenga che un'operazione debba essere vietata perché essa determina la creazione di una situazione di posizione dominante collettiva, essa deve fornire elementi di prova particolarmente solidi. Tali prove devono riguardare in particolare gli elementi chiamati a svolgere un ruolo importante nella valutazione di un'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva, come la mancanza di un'effettiva concorrenza tra gli operatori asseritamente membri dell'oligopolio dominante e la debolezza della pressione concorrenziale che possa eventualmente essere esercitata dagli altri operatori.

59. Si deve inoltre rilevare che le norme sostanziali del regolamento n. 4064/89, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico e che, di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle norme in materia di concentrazioni, deve essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle norme di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni (sentenze Kali & Salz, cit., punti 223 e 224, e Gencor/Commissione, cit., punti 164 e 165). [...]

294. Alla luce [dell'esame di tutte le circostanze rilevanti] si deve concludere che la Decisione, lungi dall'aver basato la sua analisi prospettica su elementi di prova solidi, è viziata da un insieme di errori di valutazione che riguardano elementi importanti per la valutazione dell'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva. Ne consegue che la Commissione ha vietato l'operazione senza dimostrare che l'operazione di concentrazione genererebbe una posizione dominante collettiva dei tre grandi tour operator atta a costituire un ostacolo significativo ad un'effettiva concorrenza nel mercato di cui trattasi.

295. Stando così le cose, il [...] motivo dev'essere dichiarato fondato e, perciò, la Decisione dev'essere annullata [...] ».

15 febbraio 2005, Commissione c. Tetra Laval BV, causa C-12/03 P, Racc. I-1113.

In applicazione del regolamento del Consiglio n. 4064/1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, la Commissione avviava un procedimento relativo all'acquisizione da parte della Tetra Laval BV (in prosieguo: la « Tetra »), società finanziaria del gruppo Tetra, che include anche la società Tetra Pak, impresa preminente a livello mondiale nell'ambito dell'imballaggio in cartone e ritenuta occupare una posizione dominante su tale mercato per quanto riguarda l'imballaggio asettico, della società Sidel SA (in prosieguo: la « Sidel »), impresa preminente nella produzione e nella fornitura di macchine chiamate « Stretch Blow Moulding » (SBM), necessarie per l'imballaggio dei liquidi nel polietilene tereftalato (materiale di base, « PET ») ed attiva nel settore della tecnica dei trattamenti c.d. « barriera » (ovvero quelli che consentono di garantire la protezione dei liquidi contro l'ossigeno e la luce). A conclusione di tale procedimento, la Commissione adottava una decisione che dichiarava l'operazione in parola incompatibile con il mercato comune e che veniva impugnata dalla Tetra, per ottenerne l'annullamento, dinanzi al

Tribunale di primo grado. Quest'ultimo, ritenendo che la Commissione avesse commesso errori di valutazione nelle sue conclusioni relative al c.d. effetto leva e al rafforzamento della posizione dominante della Tetra nel settore del cartone, annullava la decisione controversa (cfr. la sentenza 25 ottobre 2002, causa T-5/02, Tetra Laval BV c. Commissione I, Racc. pag. II-4381). La Commissione impugnava allora la sentenza del Tribunale, per ottenerne l'annullamento, invocando a sostegno del ricorso cinque motivi. La Corte di giustizia ha, tra l'altro, osservato:

« 37. Con il suo primo motivo la Commissione contesta la sentenza impugnata in quanto il Tribunale le avrebbe richiesto, all'atto dell'adozione di una decisione che dichiara incompatibile con il mercato comune un'operazione di concentrazione, un livello probatorio e una qualità degli elementi di prova presentati a sostegno della sua argomentazione incompatibili con l'ampio potere di cui essa dispone quando effettua valutazioni di ordine economico. La stessa imputa quindi al Tribunale di aver violato l'art. 230 CE [ora art. 263 TFUE] eccedendo il livello di controllo che gli viene riconosciuto dalla giurisprudenza e, di conseguenza, di aver indebitamente applicato nella fattispecie l'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento creando una presunzione di legalità di alcune operazioni di concentrazione.

a. A tale proposito, si deve constatare che, al punto 119 della sentenza impugnata, il Tribunale ha giustamente rammentato i criteri del sindacato giurisdizionale di una decisione della Commissione in materia di concentrazione formulati nella [...] sentenza [detta] Kali & Salz [31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, Racc. pag. I-1375]. Ai punti 223 e 224 di quest'ultima sentenza, la Corte ha osservato che le norme sostanziali del regolamento, in particolare l'art. 2, attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico, e che, di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle regole in materia di concentrazioni, dev'essere effettuato tenendo conto del potere discrezionale che è implicito nelle regole di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni.

b. Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono. Tale controllo è ancor più necessario in quanto si tratta di un'analisi prospettica imposta dall'esame di un progetto di concentrazione atto a produrre un effetto di conglomerato.

c. Pertanto, il Tribunale, richiamandosi in particolare alla citata sentenza Kali & Salz, ha correttamente osservato, al punto 155 della sentenza impugnata, che l'analisi della Commissione in merito a una concentrazione dagli effetti di conglomerato è condizionata da esigenze analoghe a quelle definite dalla giurisprudenza in materia di creazione di una situazione di posizione dominante collettiva e che essa richiede un attento esame delle circostanze che si rivelano pertinenti per valutare tale effetto sul gioco della concorrenza nel mercato rilevante.

d. Se è vero che il Tribunale ha precisato, allo stesso punto 155, che la dimostrazione di effetti di conglomerato anticoncorrenziali di una concentrazione del genere necessita un esame puntuale, corroborato da prove solide (« convincing evidence »), delle circostanze che si asserisce producano i detti effetti, non ha in alcun modo aggiunto un requisito relativo al grado di prova richiesto, ma si è semplicemente limitato a rammentare la funzione essenziale della prova, che è di persuadere in merito alla fondatezza di una tesi o, come nella fattispecie, di una decisione in tema di concentrazione.

e. Un'analisi prospettica, come quelle indispensabili in materia di controllo delle concentrazioni, deve essere effettuata con notevole attenzione dal momento che non si tratta di

analizzare eventi del passato, relativamente ai quali spesso si dispone di numerosi elementi che consentono di comprenderne le cause, e neppure eventi del presente, ma piuttosto di prevedere quelli che si verificheranno in futuro, in base a una più o meno forte probabilità, qualora non sia adottata alcuna decisione volta a vietare o a precisare i presupposti della concentrazione prevista.

f. Quindi, l'analisi prospettica consiste nel verificare in che termini un'operazione di concentrazione potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza in un determinato mercato onde accertare se ne conseguirebbe un significativo ostacolo a un'effettiva concorrenza. Tale analisi impone di ipotizzare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili.

g. L'analisi di un'operazione di concentrazione di tipo « conglomerato » costituisce un'analisi prospettica in cui la considerazione di un lungo lasso di tempo nel futuro, da un lato, e l'effetto leva necessario perché si possa ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, dall'altro, implicano che le concatenazioni causa-effetto siano a malapena distinguibili, incerte e di difficile prova. Premesso quanto sopra, è particolarmente rilevante la qualità degli elementi di prova presentati dalla Commissione al fine di dimostrare la necessità di una decisione che dichiara l'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune, dal momento che tali elementi devono suffragare le valutazioni della Commissione in base alle quali, in caso di omessa adozione di una siffatta decisione, sarebbe plausibile il contesto di evoluzione economica sul quale si fonda tale istituzione.

h. Da questi vari elementi risulta che il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto rammentando i criteri del sindacato giurisdizionale che esercita, o precisando la qualità degli elementi di prova che devono essere presentati dalla Commissione quando quest'ultima deve provare che ricorrono i presupposti di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento [...].

30. Da tali esempi emerge che il Tribunale ha effettuato il controllo che gli incombeva, indicato al punto 39 della presente sentenza. Ha esplicitato e motivato le ragioni per le quali le conclusioni della Commissione gli sono parse viziate da inesattezza in quanto fondate su elementi insufficienti, incompleti, poco significativi e discordanti.

31. In tal modo, il Tribunale ha rispettato i criteri del sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice comunitario e ha quindi rispettato l'art. 230 CE [ora art. 263 TFUE].

32. Di conseguenza, dalle analisi di cui sopra non emerge che il Tribunale abbia contravvenuto all'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento.

33. Da tutte le suddette considerazioni risulta che il primo motivo è infondato. [...]

34. Con il suo secondo motivo, la Commissione addebita al Tribunale di aver violato gli artt. 2 e 8 del regolamento in quanto le ha imposto di tener conto dell'incidenza del carattere illegale di determinati comportamenti sugli incentivi esercitati sulla nuova entità a far uso di un effetto leva, e altresì di valutare, quale eventuale misura correttiva, l'impegno a non adottare comportamenti abusivi.

35. Gli elementi contestati della sentenza impugnata risultano nella parte di quest'ultima consacrata all'esame del motivo relativo alla mancanza di effetto di conglomerato prevedibile, nella quale il Tribunale analizza più specificamente la probabilità di un effetto leva. [...]

71. Si deve innanzi tutto sottolineare che i punti 148-162 della sentenza impugnata, contestati dalla Commissione sia nel primo sia nel secondo motivo del ricorso di impugnazione, costituiscono un tutt'uno nell'ambito del quale il Tribunale descrive alcuni aspetti specifici degli effetti di conglomerato, segnatamente aspetti temporali, e ne deduce alcune regole generali per quanto riguarda la prova che la Commissione è tenuta a presentare quando ritiene che il progetto di concentrazione debba essere dichiarato incompatibile con il mercato comune.

72. È in tale contesto di richiamo della necessità di una « solida prova » (« convincing evidence ») che il Tribunale ha evidenziato l'obbligo di procedere a un esame della globalità dei dati pertinenti.

73. Una siffatta verifica deve essere effettuata alla luce dell'obiettivo del regolamento, che è quello di prevenire la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti atte ad ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di quest'ultimo.

74. Dal momento che l'adozione dei comportamenti previsti al punto 364 della motivazione della decisione controversa rappresenta, a giudizio di quest'ultima, una tappa essenziale dell'esercizio di un effetto leva, il Tribunale ha giustamente considerato che la probabilità di tale adozione doveva essere esaminata in modo completo, ossia prendendo in considerazione, come afferma al punto 159 della sentenza impugnata, sia le sollecitazioni ad adottare siffatti comportamenti sia i fattori idonei a ridurre o addirittura a eliminare tali sollecitazioni, compreso il carattere eventualmente illegale dei comportamenti di cui trattasi.

75. Tuttavia, sarebbe contrario all'obiettivo di prevenzione del regolamento esigere dalla Commissione, come si è statuito al punto 159, ultima frase, della sentenza impugnata, che, per ogni progetto di concentrazione, essa esamini in che misura le sollecitazioni ad adottare comportamenti anticoncorrenziali sarebbero ridotte, o addirittura eliminate, a motivo del carattere illegale dei comportamenti in questione, dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, a livello sia comunitario sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni pecuniarie che potrebbero derivarne.

76. Infatti, un'analisi come quella richiesta dal Tribunale imporrebbe un esame esaustivo e dettagliato delle normative dei vari ordinamenti giuridici in grado di applicarsi e della politica repressiva praticata in questi ultimi. Peraltro, per essere utile, una siffatta analisi presuppone un elevato grado di probabilità per quanto riguarda i fatti considerati come contestabili in quanto atti a rientrare in un comportamento anticoncorrenziale.

77. Ne consegue che, in fase di valutazione del progetto di concentrazione, un'analisi diretta ad accertare la probabile esistenza di un'infrazione dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] e ad assicurarsi che quest'ultima sarà soggetta a sanzione in vari ordinamenti giuridici risulterebbe troppo speculativa e non consentirebbe alla Commissione di fondare la sua valutazione sull'insieme degli elementi di fatto pertinenti al fine di verificare se avvalorano la descrizione di uno scenario di evoluzione economica che possa includere sviluppi quale l'effetto leva.

78. Di conseguenza, il Tribunale ha commesso un errore di diritto respingendo le conclusioni della Commissione relative all'adozione, da parte della nuova entità, di comportamenti anticoncorrenziali atti a produrre un effetto leva per la sola ragione che tale istituzione, al momento di valutare la probabilità che fossero adottati tali comportamenti, non ha tenuto conto del loro carattere illegale e, pertanto, dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, a livello sia comunitario sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni pecuniarie che potrebbero derivarne. Tuttavia, poiché la sentenza impugnata è parimenti fondata sulla mancata presa in considerazione degli impegni proposti dalla Tetra, è necessario proseguire l'esame del secondo motivo.

79. Per quanto riguarda l'argomento relativo a una modifica dell'approccio del Tribunale rispetto a quello adottato nella [...] sentenza Gencor/Commissione [25 marzo 1999, causa T-102/96, Racc. pag. II-753,], si deve constatare che, contrariamente a quanto afferma la Commissione, il Tribunale non si è discostato dalla posizione esplicitata al punto 94 di detta sentenza, ai sensi della quale la concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in maniera significativa qualora la struttura dei mercati interessati fosse modificata in modo duraturo a causa di una concentrazione avente la conseguenza diretta e immediata di creare condizioni volte a rendere possibili ed economicamente razionali comportamenti abusivi.

80. A tale proposito, si deve osservare che la situazione nella causa all'origine della menzionata sentenza Gencor/Commissione differiva completamente da quella prevista nella decisione controversa. Come emerge dal punto 91 di tale sentenza, l'esito dell'operazione di concentrazione sarebbe stato la creazione di una posizione dominante di duopolio nei mercati del

platino e del rodio, con la conseguenza che la concorrenza effettiva sarebbe stata ostacolata in maniera significativa nel mercato comune.

81. L'operazione di concentrazione avrebbe quindi modificato in modo duraturo la struttura dei mercati interessati nella suddetta causa, rendendo in tal modo possibili ed economicamente razionali alcuni comportamenti abusivi.

82. Nella fattispecie, la concentrazione sarebbe stata certo in grado di modificare leggermente la struttura del mercato del cartone se la nuova entità avesse potuto rinforzare la posizione dominante che la Tetra occupava da lungo tempo su tale mercato, posizione che del resto era stata oggetto di una decisione della Commissione ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]. Tuttavia, vietando la suddetta concentrazione la Commissione intendeva tutelare non tanto la concorrenza effettiva sul mercato del cartone quanto, piuttosto, la concorrenza nel mercato delle attrezzature PET, in particolare quello delle macchine SBM a bassa e alta capacità impiegate per i prodotti sensibili.

83. A tale riguardo, si deve osservare che la struttura di quest'ultimo mercato non sarebbe stata immediatamente e direttamente interessata dalla concentrazione notificata, ma questo si sarebbe potuto verificare solo quale conseguenza dell'effetto leva e, segnatamente, dei comportamenti abusivi della nuova entità sul mercato del cartone.

84. Da quanto sopra considerato emerge che la situazione esaminata nella causa all'origine della menzionata sentenza Gencor/Commissione non si può paragonare a quella su cui il Tribunale ha statuito mediante la sentenza impugnata in modo sufficiente a consentire che quest'ultimo ne traesse utili indicazioni. La struttura del mercato in cui la Commissione, con la decisione controversa, intendeva mantenere una concorrenza effettiva nella causa di cui alla suddetta sentenza Gencor/Commissione risultava direttamente modificata dall'operazione di concentrazione mentre, nel caso di specie, lo poteva essere solo grazie all'esercizio dell'effetto leva.

85. Per quanto riguarda la presa in considerazione degli impegni di natura comportamentale della Tetra, il Tribunale, al punto 161 della sentenza impugnata, ha correttamente rilevato che la circostanza che quest'ultima abbia proposto, nel caso di specie, impegni relativi alla propria condotta futura è un elemento di cui la Commissione avrebbe dovuto necessariamente tener conto per valutare se fosse probabile che la nuova entità si sarebbe comportata in maniera tale da rendere possibile la creazione di una posizione dominante su uno o più mercati delle attrezzature per l'imballaggio in PET di cui trattasi.

86. In proposito, la Corte rammenta le considerazioni espresse dal Tribunale ai punti 318 e 319 della menzionata sentenza Gencor/Commissione. Contrariamente a quanto sostiene la Commissione, da tale sentenza non emerge che il Tribunale avrebbe escluso di prendere in considerazione impegni di natura comportamentale. Al contrario, il Tribunale, al punto 318, ha formulato il principio in base al quale gli impegni proposti dalle imprese interessate devono consentire alla Commissione di concludere che l'operazione di concentrazione di cui trattasi non creerebbe o non rafforzerebbe una posizione dominante ai sensi dell'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento. Inoltre, al punto 319, ha dedotto dal suddetto principio che è indifferente che l'impegno proposto possa essere qualificato come impegno comportamentale o impegno strutturale e che non può escludersi a priori che gli impegni a prima vista di tipo comportamentale, come quello di non utilizzare un marchio durante un certo periodo o di mettere a disposizione dei terzi concorrenti una parte della capacità di produzione dell'impresa sorta dalla concentrazione, o, più in generale, quello di consentire l'accesso ad un'infrastruttura essenziale, a condizioni non discriminatorie, siano essi stessi idonei a impedire l'emergere o il rafforzarsi di una posizione dominante.

87. Per quanto riguarda l'esame della presa in considerazione, da parte della Commissione, degli impegni di natura comportamentale, il Tribunale si è limitato a constatare, al punto 161 della sentenza impugnata, che dalla decisione impugnata non risulta che la Commissione abbia preso in considerazione le implicazioni dei detti impegni nella sua analisi relativa alla futura creazione

di una posizione dominante mediante il previsto effetto leva.

88. Tuttavia, non sembra che il Tribunale abbia snaturato la decisione controversa o insufficientemente motivato la sentenza impugnata in merito a tale punto. Infatti, ai punti 429-432 di cui alla motivazione della decisione controversa, costituenti gli unici punti di quest'ultima relativi agli impegni di natura comportamentale sottoscritti dalla Tetra, risulta che la Commissione, mediante affermazioni di principio, ha rifiutato di accettare siffatti impegni, osservando, al punto 429, che, « [c]ome tali, essi non sono idonei a ripristinare condizioni di effettiva concorrenza (...) poichè non trattano la variazione permanente della struttura del mercato creata dall'operazione notificata » e, al punto 431, che « [t]ali promesse di ordine comportamentale sono in contrasto con la politica sulle misure correttive indicata dalla Commissione e con le finalità dello stesso regolamento sulle concentrazioni (...) e sono estremamente difficili se non impossibili da monitorare ».

89. Dall'analisi del secondo motivo, considerato nella sua interezza, risulta che, anche se il Tribunale ha commesso un errore di diritto respingendo le conclusioni della Commissione relative all'adozione, da parte della nuova entità, di comportamenti idonei a produrre un effetto leva, esso ha tuttavia correttamente statuito, al punto 161 della sentenza impugnata, che la Commissione avrebbe dovuto tener conto degli impegni sottoscritti dalla Tetra in merito al futuro comportamento della suddetta entità. Pertanto, quand'anche tale motivo sia parzialmente fondato, non può peraltro comportare che venga messa in discussione la sentenza impugnata in quanto ha annullato la decisione controversa, poichè tale annullamento si fonda segnatamente sul rifiuto della Commissione di prendere in considerazione i suddetti impegni. [...]

90. Con il suo terzo motivo, la Commissione sostiene che il Tribunale ha commesso un errore di diritto ricorrendo a un errato criterio di sindacato giurisdizionale e una violazione dell'art. 2 del regolamento nei limiti in cui ha stabilito, al punto 269 della sentenza impugnata, che « la decisione [controversa] non fornisce sufficienti elementi per giustificare la definizione di sottomercati distinti delle macchine SBM, secondo la loro utilizzazione finale » e che « [p]ertanto, gli unici sottomercati da prendere in considerazione sono quelli delle macchine a bassa e ad alta capacità ». [...]

102. Si deve innanzi tutto respingere come influente l'argomento che la Commissione ha ricavato dalla circostanza in base alla quale il Tribunale, al punto 265 della sentenza impugnata, ha constatato la mancanza di ogni riferimento, nella decisione controversa, a determinate spiegazioni tecniche riguardanti le asserite caratteristiche molto particolari delle macchine SBM utilizzate nelle linee di riempimento PET, spiegazioni formulate dalla Commissione solo nel proprio controricorso e in sede di udienza. Risulta infatti dalla lettura dei punti 266 e 267 della stessa sentenza che il Tribunale non ha fondato la sua valutazione sulla mera insufficienza, nella suddetta decisione, di solidi elementi di prova in merito alle asserite caratteristiche particolari di tali macchine, ma che ha preso in considerazione gli argomenti addotti dalla Commissione sia nel suo controricorso sia in sede di udienza e ha replicato a questi ultimi.

103. Si deve altresì respingere come inconferente l'argomento relativo a un asserito rigetto, da parte del Tribunale, di una discriminazione dei prezzi quale prova in merito all'esistenza di sottomercati distinti. Infatti, dalla lettura dei punti 259, ultima frase, e 268 della sentenza impugnata emerge che, nell'ambito dell'individuazione di mercati distinti, il Tribunale non si è pronunciato relativamente alla prova diretta di una discriminazione dei prezzi, ma ha concentrato la sua analisi sulle condizioni alle quali può essere fornita la prova della possibilità di una tale discriminazione, condizioni definite nel contesto del punto 178 della motivazione della decisione controversa, ossia la possibilità di determinare con precisione a quale gruppo appartenga un dato cliente e l'impossibilità di avvalersi degli scambi fra clienti o dell'arbitraggio tramite terzi.

104. Per quanto attiene agli altri argomenti invocati dalla Commissione a sostegno del suo terzo motivo, mediante i quali quest'ultima contesta la valutazione del Tribunale relativa al carattere generico delle macchine SBM, alla possibilità di determinare a quale gruppo appartenga un dato cliente e all'impossibilità di avvalersi degli scambi fra clienti o dell'arbitraggio tramite terzi in

ordine a tali macchine, devono essere dichiarati irricevibili, in quanto pongono in discussione la valutazione di elementi di prova da parte del Tribunale, valutazione che non può essere assoggettata al controllo della Corte nell'ambito di un ricorso contro una pronuncia del Tribunale.

105. Da tali considerazioni risulta che il terzo motivo è, in parte, irricevibile e, in parte, infondato. [...]

106. Con il suo quarto motivo, la Commissione sostiene che il Tribunale ha violato l'art. 2 del regolamento, ha snaturato determinati fatti e omesso di prendere in considerazione alcuni argomenti della Commissione non riconoscendo la fondatezza della conclusione di quest'ultima secondo cui la Tetra rafforzerebbe la sua posizione dominante nel settore del cartone. [...]

125. Come risulta dall'art. 2, n. 1, del regolamento, per valutare la compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato comune, la Commissione tiene conto di un complesso di elementi quali la struttura dei mercati di cui trattasi, la concorrenza reale o potenziale di imprese, la posizione e il potere economico e finanziario delle imprese interessate, le possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, l'esistenza di ostacoli all'entrata, l'andamento dell'offerta e della domanda.

126. Al punto 312 della sentenza impugnata il Tribunale ha pertanto ricordato, a giusto titolo e senza violare l'art. 2 del regolamento, che la semplice circostanza che l'impresa acquirente occupi già una posizione dominante ben chiara sul mercato interessato, benché costituisca un elemento rilevante, come constatato dalla decisione controversa, non è di per sé sufficiente a comprovare la tesi che una diminuzione della concorrenza potenziale che tale impresa si trova a fronteggiare rafforzi la sua posizione.

127. Infatti, la concorrenza potenziale rappresentata da un fabbricante di prodotti sostitutivi su una parte del mercato in questione, ovvero nella fattispecie la concorrenza della Sidel, nella sua qualità di fornitore di imballaggi PET, sulla parte del mercato dei prodotti sensibili con riguardo all'imballaggio in cartone asettico, costituisce solo uno degli elementi tra tutti quelli che devono essere presi in considerazione al fine di valutare se un'operazione di concentrazione rischia di causare un rafforzamento di una posizione dominante. A tale riguardo, non si può escludere che una riduzione di tale concorrenza potenziale sia compensata da altri elementi, e il risultato di una siffatta compensazione sarebbe rappresentato dal fatto che la posizione concorrenziale dell'impresa che già occupava una posizione dominante permane immutata.

128. Dalla sintesi degli argomenti delle parti, effettuata dal Tribunale ai punti 313-320 della sentenza impugnata, emerge che la Tetra ha contestato la tesi relativa al rafforzamento della posizione dominante della nuova entità sul mercato del cartone asettico, adducendo segnatamente che una mancanza di innovazione nel settore del cartone avvantaggerebbe sostanzialmente gli attuali concorrenti della Tetra sui mercati di tale prodotto. Il Tribunale ha quindi giustamente rammentato, al punto 323 della suddetta sentenza, nell'ambito della discussione e della valutazione degli argomenti delle parti relativamente a tale aspetto, che spetta alla Commissione dimostrare che una riduzione della concorrenza potenziale, qualora si verificasse, potrebbe rafforzare la posizione dominante della Tetra nei confronti dei suoi concorrenti sui mercati del cartone asettico.

129. Quindi, il Tribunale si è fondato sulle potenziali reazioni dei concorrenti della Tetra sui mercati del cartone, che sono altresì attivi sul mercato del PET, per confutare, al punto 327 della sentenza impugnata, l'affermazione della Commissione secondo cui tale società potrebbe essere incentivata, una volta realizzata la concentrazione, ad aumentare i suoi prezzi sul mercato del cartone asettico e, al punto 330, l'argomento secondo cui la nuova entità potrebbe decidere di innovare meno.

130. Non si può pertanto ritenere fondata la parte del quarto motivo in cui la Commissione sostiene che la concorrenza potenziale sarebbe del tutto slegata dalla relazione di concorrenza esistente tra l'impresa considerata dominante e altre imprese presenti sul mercato di cui trattasi.

131. Per quanto riguarda la valutazione della probabile crescita dell'impiego del PET per il confezionamento dei prodotti sensibili, si deve rammentare che l'argomentazione della

Commissione a tale riguardo è stata esaminata nel contesto del primo motivo d'impugnazione, al punto 46 della presente sentenza, per verificare se il Tribunale abbia violato l'art. 230 CE [ora art. 263 TFUE]. in ragione della mancata applicazione del criterio del manifesto errore di valutazione e del mancato rispetto del margine discrezionale di cui dispone la Commissione per quanto riguarda le complesse questioni di fatto e di ordine economico. Nei limiti in cui, mediante questa parte del motivo, essa contesta le conclusioni del Tribunale a tale riguardo, si deve constatare che si tratta di una critica della valutazione di elementi di prova effettuata dal Tribunale, valutazione che non può essere soggetta al controllo della Corte nell'ambito di un ricorso contro una pronuncia del Tribunale.

132. Lo stesso vale per la parte del motivo mediante la quale la Commissione contesta i punti 316-328 e 329-332 della sentenza impugnata, in cui il Tribunale ha valutato gli elementi di prova presentati dalla Commissione, relativi rispettivamente agli effetti in materia di prezzi determinati dall'eliminazione della Sidel e al minore incentivo a innovare nel settore del cartone della nuova entità.

133. Dalle considerazioni che precedono risulta che il quarto motivo è, in parte, irricevibile e, in parte, infondato ».

14 dicembre 2005, General Electric Company c. Commissione, causa T-210/01, Racc. II-5575.

La General Electric Company (in prosieguo: la « GE »), impresa diversificata che opera, tra l'altro, nei settori dei motori per aerei, degli apparecchi domestici, dei servizi di informazione, dei sistemi energetici, dell'illuminazione, dei sistemi industriali, dei sistemi medici, della plastica, della telediffusione, dei servizi finanziari e dei servizi di trasporto, nell'ottobre 2000 stipulava con la Honeywell International Inc., impresa che opera, tra l'altro, sui mercati dei prodotti e dei servizi aeronautici, dei prodotti automobilistici, del materiale elettronico, delle specialità chimiche, dei polimeri ad alta prestazione, dei sistemi di trasporto e di energia e della vigilanza su immobili domestici o industriali, un accordo teso all'acquisizione dell'intero capitale della medesima, che diveniva dunque una controllata al 100% della GE. Nel febbraio 2001, tale accordo veniva notificato, conformemente all'art. 4 del regolamento n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, alla Commissione che, nel luglio dello stesso anno, con decisione n. 2004/134, dichiarava la concentrazione incompatibile con il mercato comune e con l'accordo sullo Spazio Economico Europeo (« SEE »). Tale decisione è stata oggetto di ricorso per annullamento da parte della GE. Il Tribunale di primo grado ha preliminarmente osservato che:

« 42. [...] quando alcuni punti della motivazione sono, di per sé, idonei a giustificare adeguatamente una decisione, i vizi da cui potrebbero essere inficiati altri punti della motivazione dell'atto sono comunque ininfluenti sul suo dispositivo (v., per analogia, sentenza della Corte 12 luglio 2001, cause riunite C-302/99 P e C-308/99 P, Commissione e Francia/TF1, Racc. pag. I-5603, punti 26-29).

43. Inoltre, quando il dispositivo di una decisione della Commissione si basa su diversi punti della motivazione ognuno dei quali sarebbe sufficiente di per sé a costituire il fondamento del dispositivo, tale atto può essere annullato in linea di principio soltanto se ognuno dei suddetti punti è affetto da illegittimità. In questo caso, un errore o un altro motivo di illegittimità riguardante uno solo dei punti della motivazione non è sufficiente a giustificare l'annullamento della decisione controversa, se non ha potuto avere un'influenza determinante sul dispositivo adottato dall'istituzione che ha emanato la decisione (v., per analogia, sentenza del Tribunale 14 maggio 2002, causa T-126/99, Graphischer Maschinenbau/Commissione, Racc. pag. II-2427, punti 49-51 nonché giurisprudenza ivi citata).

44. Tale regola dev'essere applicata nell'ambito delle decisioni in materia di controllo delle

concentrazioni (in questo senso, v. sentenza *Schneider Electric/Commissione*, [22 ottobre 2002, causa T-310/01, Racc. pag. II-4071]), punti 404-420).

45. A tal proposito va ricordato che la Commissione è tenuta a vietare una concentrazione se quest'ultima risponde ai criteri di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89. Dall'art. 2, n. 1, lett. a), del suddetto regolamento emerge che, nel valutare un'operazione di concentrazione, la Commissione deve tener conto, in particolare, della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce segnatamente della struttura di tutti i mercati interessati. Infatti, la valutazione ad opera della Commissione della possibilità che un'operazione crei o rafforzi una o più posizioni dominanti che ostacolerebbero in modo significativo una concorrenza effettiva dev'essere effettuata con riferimento alle condizioni esistenti su ciascuno dei mercati che possono essere interessati dall'operazione di concentrazione notificata. Pertanto, se essa rileva che tali criteri sono soddisfatti con riguardo ad uno solo dei mercati di cui trattasi, la concentrazione dev'essere dichiarata incompatibile con il mercato comune.

46. Nel caso di specie, al 'considerando' 567 della decisione impugnata la Commissione ha precisato che « [p]er le ragioni sopra esposte, l'operazione di concentrazione proposta porterebbe alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante sui mercati dei motori per aviogetti commerciali di grandi dimensioni, dei motori per aviogetti da trasporto regionale di grandi dimensioni, dei motori per aviogetti d'affari, dei prodotti dell'avionica e non inclusi nel settore dell'avionica, nonché delle turbine a gas per uso navale di piccole dimensioni, che ostacolerebbe in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune ».

47. Va osservato che la decisione impugnata non crea una gerarchia tra i problemi di concorrenza constatati su ciascuno dei mercati esaminati dalla Commissione e che questa ha poi elencato nella conclusione riportata al punto precedente. Al contrario, e tenuto conto in particolare dei termini dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89, questa conclusione può essere intesa soltanto nel senso che, su ciascuno dei mercati indicati, l'operazione notificata avrebbe portato alla creazione o, eventualmente, al rafforzamento di una posizione dominante su di esso che avrebbe ostacolato in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune.

48. Alla luce di quanto precede, si deve ritenere che la decisione impugnata può essere annullata soltanto nel caso in cui si rilevi non soltanto che una parte della sua motivazione è affetta da illegittimità, ma anche che gli eventuali motivi non viziati non sono sufficienti per giustificare l'incompatibilità dell'operazione notificata con il mercato comune. Tuttavia, tale osservazione non dispensa dalla necessità di valutare se alcuni aspetti concorrenziali indicati nella decisione impugnata si rafforzino reciprocamente, come sostenuto dalla Commissione nel suo controricorso, il che renderebbe artificioso valutare ognuno di essi isolatamente ».

Quindi, con riguardo al fatto che la GE, prima della stipulazione dell'accordo con la Honeywell International Inc., occupasse una posizione dominante sul mercato rilevante e che l'operazione realizzata costituisca effettivamente una concentrazione e con riferimento ai parametri in base ai quali tali situazioni devono essere verificate (provate dalla Commissione), il Tribunale ha osservato:

« 60. Occorre ricordare innanzi tutto il potere di valutazione che la Commissione ha in materia economica ai fini dell'applicazione delle norme sostanziali del regolamento n. 4064/89, in particolare dell'art. 2 dello stesso. Di conseguenza, il controllo del giudice comunitario si limita alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti e all'assenza di errori manifesti di valutazione (sentenze della Corte 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, detta « Kali & Salz », Racc. pag. I-1375, punti 223 e 224, e 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. pag. I-987, punto 38).

61. Inoltre, il regolamento n. 4064/89 non stabilisce presunzioni riguardo alla compatibilità o all'incompatibilità di un'operazione notificata con il mercato comune. Non vi è ragione di ritenere che la Commissione debba propendere per l'approvazione di un'operazione di

concentrazione rientrante nella sua competenza, qualora essa nutra dubbi al riguardo, ma piuttosto che essa deve sempre determinarsi positivamente in un senso o nell'altro (in tal senso, v. sentenza Tetra Laval/Commissione, [25 ottobre 2002, causa T-5/02, Racc. pag. II-4381], punto 120).

62. Per quanto riguarda la natura del controllo effettuato dal giudice comunitario, va messa in evidenza la distinzione fondamentale che sussiste tra i dati e le constatazioni di fatto, da un lato, la cui eventuale inesattezza può essere rilevata dal giudice alla luce degli argomenti e degli elementi di prova a lui sottoposti, e le valutazioni di tipo economico, dall'altro lato.

63. Sebbene vada riconosciuto alla Commissione un potere discrezionale ai fini dell'applicazione delle regole sostanziali del regolamento n. 4064/89, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare la qualificazione giuridica, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare non solo a verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se sono di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono (sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. [...], punto 39).

64. Se questi principi si applicano a tutte le valutazioni di tipo economico, un controllo giurisdizionale effettivo è tanto più necessario allorché la Commissione effettua un'analisi prospettica delle possibili evoluzioni su un mercato derivanti dalla concentrazione di cui trattasi. Come ha osservato la Corte nella sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. [...] (punti 42 e 43), un'analisi prospettica, come quelle indispensabili in materia di controllo delle concentrazioni, deve essere effettuata con notevole attenzione dal momento che non si tratta di analizzare eventi del passato, relativamente ai quali spesso si dispone di numerosi elementi che consentono di comprenderne le cause, e neppure eventi del presente, ma piuttosto di prevedere quelli che si verificheranno in futuro, in base a una più o meno forte probabilità, qualora non sia adottata alcuna decisione volta a vietare o a precisare i presupposti della concentrazione prevista (in tal senso, v. sentenza Tetra Laval/ Commissione, cit. [...], punto 155). L'analisi prospettica consiste nel verificare in che termini un'operazione di concentrazione potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza su un determinato mercato onde accertare se ne conseguirebbe un significativo ostacolo ad una concorrenza effettiva. Tale analisi impone di postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili. [...]

65. Le concentrazioni di tipo conglomerato sono quelle che non comportano sovrapposizioni orizzontali fra le attività dei soggetti partecipanti alla concentrazione, né relazioni verticali in senso stretto fra tali partecipanti. Anche se, in via generale, tali concentrazioni non producono effetti anticoncorrenziali, tuttavia, in determinati casi, esse possono avere effetti del genere (sentenza Tetra Laval/Commissione, cit. [...], punto 142). Nell'ambito di un'analisi di previsione degli effetti di un'operazione di concentrazione di tipo conglomerato, qualora la Commissione sia in grado di concludere, in ragione degli effetti di conglomerato, che una posizione dominante sarebbe, con tutta probabilità, creata o rafforzata in un futuro relativamente vicino, ostacolando in modo significativo la concorrenza effettiva sul mercato interessato, essa ha il dovere di vietarla (sentenza Tetra Laval/Commissione, cit. [...], punto 153 e giurisprudenza ivi citata).

66. A tal proposito, come la Corte ha rilevato anche nella sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. [...], le operazioni di concentrazione di tipo « conglomerato » pongono dei problemi particolari, specie perché, da un lato, l'analisi di questo tipo di operazione può implicare un'analisi prospettica che considera un lungo lasso di tempo nel futuro e, dall'altro lato, un dato comportamento da parte dell'entità derivante dalla fusione può determinare in gran parte gli effetti della concentrazione stessa. Infatti, può accadere che le concatenazioni causa-effetto conseguenti a tale concentrazione siano a malapena distinguibili, incerte e di difficile prova. Pertanto, è particolarmente rilevante la qualità degli elementi di prova presentati dalla Commissione al fine di dimostrare la necessità di una decisione che dichiara l'operazione di

concentrazione incompatibile con il mercato comune, dal momento che tali elementi devono suffragare le valutazioni della Commissione in base alle quali, in caso di omessa adozione di una siffatta decisione, sarebbe plausibile il contesto di evoluzione economica sul quale si fonda tale istituzione (sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. [...], punto 44; v. inoltre, nello stesso senso, sentenza Tetra Laval/Commissione, cit. [...], punto 155).

67. Nel caso di specie, nella decisione impugnata la Commissione ha considerato che la concentrazione avrebbe comportato, in primo luogo, un'integrazione verticale diretta tra la produzione di dispositivi di avviamento e motori, in secondo luogo degli effetti di conglomerato e, in terzo luogo, sovrapposizioni orizzontali su taluni mercati.

68. Dalla descrizione degli effetti di conglomerato contenuta nella decisione impugnata emerge sostanzialmente che, secondo la Commissione, la concentrazione avrebbe modificato immediatamente, o per lo meno entro breve tempo, le condizioni di concorrenza su alcuni mercati a causa dei suddetti effetti, determinando in tal modo la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante su tali mercati in virtù della potenza e delle capacità commerciali derivanti dalla posizione dominante già detenuta sul primo mercato [...]. Tuttavia, occorre considerare che queste sarebbero state le conseguenze della concentrazione solo se l'entità derivante dalla fusione avesse seguito certi comportamenti dopo l'operazione, evenienza considerata probabile dalla Commissione. Si tratta a suo avviso della prevedibile estensione a nuovi mercati, a seguito dell'operazione, di certe prassi commerciali nocive per la concorrenza, individuate dalla Commissione in capo all'uno o all'altro dei soggetti partecipanti all'operazione prima di questa.

69. La Commissione era tenuta quindi a fornire prove solide per suffragare la sua conclusione circa la probabile adozione dei comportamenti previsti in capo all'entità derivante dalla fusione. In assenza di tali comportamenti, la combinazione delle posizioni delle due parti della concentrazione su mercati vicini ma distinti non avrebbe potuto determinare la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti, poiché tali posizioni non avrebbero avuto alcun impatto commerciale reciproco. [...]

70. Nella sentenza Tetra Laval/Commissione, cit. [...], il Tribunale ha dichiarato che, se è giusto tener conto delle sollecitazioni oggettive ad adottare comportamenti anticoncorrenziali derivanti da una fusione, la Commissione è parimenti tenuta ad esaminare in che misura le dette sollecitazioni sarebbero ridotte, o addirittura eliminate, a motivo dell'illegittimità dei comportamenti in questione, in particolare con riferimento al divieto di abuso di posizione dominante sancito dall'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, a livello sia comunitario sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni pecuniarie che potrebbero derivarne (punto 159 della sentenza). Nelle osservazioni presentate riguardo alle memorie di intervento, la ricorrente ha invocato tale giurisprudenza a sostegno dell'argomento secondo il quale alcune delle pratiche che la Commissione ha ritenuto idonee a creare o a rafforzare delle posizioni dominanti in realtà non si verificherebbero.

71. A questo riguardo la Corte ha affermato, in sede di impugnazione nella sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. [...] (punti 74-78), che il Tribunale aveva giustamente considerato che la probabile adozione di certi futuri comportamenti doveva essere esaminata in modo completo, ossia prendendo in considerazione sia le sollecitazioni ad adottare siffatti comportamenti sia i fattori idonei a ridurre o addirittura a eliminare tali sollecitazioni, compreso il carattere eventualmente illegale dei comportamenti stessi.

72. Essa ha però dichiarato anche che sarebbe contrario all'obiettivo di prevenzione del regolamento n. 4064/89 esigere che la Commissione, per ogni progetto di concentrazione, esamini in quale misura le sollecitazioni ad adottare comportamenti anticoncorrenziali sarebbero ridotte, o addirittura eliminate, a motivo del carattere illegale dei comportamenti in questione, dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, a livello sia comunitario sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni che potrebbero derivarne. Di conseguenza essa ha concluso che il Tribunale aveva commesso un errore di diritto respingendo le

conclusioni della Commissione relative all'adozione, da parte della nuova entita', di comportamenti anticoncorrenziali di cui si discuteva in tale causa (sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. [...], punti 76 e 77).

73. Da quanto precede risulta che la Commissione, in linea di principio, e' tenuta a prendere in considerazione il carattere eventualmente illegale, e quindi passibile di sanzione, di un comportamento idoneo a ridurre o addirittura ad eliminare le sollecitazioni per un'impresa ad adottare un dato comportamento. Tale valutazione peraltro non richiede un esame esaustivo e dettagliato delle normative dei diversi ordinamenti giuridici che possano essere applicate nonche' della politica repressiva da essi praticata: un'analisi diretta a dimostrare la probabile esistenza di un'infrazione e ad assicurare che essa verra' sanzionata in piu' ordinamenti giuridici sarebbe infatti troppo teorica.

74. Poiche' la Commissione, senza condurre un'indagine specifica e dettagliata al riguardo, puo' individuare il carattere illegale del comportamento di cui trattasi, con riguardo all'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] o ad altre disposizioni del diritto comunitario che essa ha il potere di applicare, e' suo compito accertare tale comportamento e tenerne conto al fine di valutare la probabilita' di tale comportamento da parte dell'entita' derivante dalla fusione (v. in tal senso sentenza Commissione/Tetra Laval, cit. [...], punto 74).

75. In proposito, e' vero che la Commissione ha diritto di basarsi su un'analisi sommaria della legalita' dei comportamenti in questione e del grado di probabilita' che vengano repressi, fondata sugli elementi di cui dispone al momento di adottare la propria decisione in materia di controllo delle concentrazioni. Tuttavia, e' anche vero che, nell'ambito della sua valutazione, essa deve identificare i comportamenti previsti e, all'occorrenza, valutarli e tener conto dell'effetto dissuasivo che potrebbe avere il loro eventuale carattere chiaramente o molto probabilmente illecito secondo il diritto comunitario.

76. Occorre pertanto valutare, nel prosieguo della presente sentenza, se la Commissione abbia basato la sua analisi prospettica riguardo alla probabilita' di effetti di conglomerato su prove sufficientemente solide, tenendo conto a tal proposito delle regole sopra menzionate. [...]

84. Da una giurisprudenza del Tribunale ormai ben consolidata emerge che l'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89 detta due criteri cumulativi che attengono, il primo, alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante e, il secondo, al fatto che da cio' la concorrenza sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune (v., in tal senso, sentenze del Tribunale Air France/Commissione, [19 maggio 1994, causa T-2/93, Racc. pag. II-323], punto 79; 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/ Commissione, Racc. pag. II-2137, punto 156, e Tetra Laval/Commissione, cit. [...], punto 146). Pertanto, una concentrazione puo' essere vietata solo se ricorrono entrambi i presupposti indicati dall'art. 2, n. 3.

85. Al riguardo, occorre ricordare che la posizione dominante contemplata dall'art. 2, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89 riguarda una situazione di forza economica detenuta da una o piu' imprese che conferirebbe loro il potere di ostacolare il mantenimento di un'effettiva concorrenza sul mercato di cui trattasi, fornendo loro la possibilita' di comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, infine, dei consumatori (sentenza del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punto 200).

86. Va inoltre rilevato che, nel quadro degli abusi di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE], la Corte ha dichiarato che puo' costituire abuso di posizione dominante il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio cosi' raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante (sentenza della Corte 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215, punto 26). Da questa giurisprudenza consegue che il rafforzamento di una posizione dominante puo' di per se' ostacolare la concorrenza in maniera sostanziale, al punto di costituire di per se stesso un abuso di posizione dominante.

87. A maggior ragione, il rafforzamento o la creazione di una posizione dominante, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, può corrispondere in certi casi alla prova di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Tale rilievo non significa affatto che il secondo dei presupposti sanciti dall'art. 2 del regolamento n. 4064/89 si confonde giuridicamente con il primo, ma soltanto che dalla stessa analisi fattuale di un dato mercato può risultare che entrambi i requisiti sono soddisfatti.

88. Le circostanze che la Commissione può invocare per dimostrare il grado di mancanza di libertà di azione per i concorrenti di un'impresa necessario per concludere che una posizione dominante è stata creata o rafforzata in capo a quest'ultima sono le stesse che rilevano per valutare se la creazione o il rafforzamento di tale posizione determinano un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva nel mercato comune. Infatti, una circostanza che incida significativamente sulla libertà dei concorrenti di determinare la loro politica commerciale in maniera autonoma è idonea anche ad ostacolare una concorrenza effettiva.

89. Di conseguenza, qualora dal preambolo di una decisione che dichiara l'incompatibilità di un'operazione di concentrazione notificata con il mercato comune, anche nella parte dedicata formalmente ad un'analisi della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, derivi che detta operazione può produrre effetti anticoncorrenziali significativi, la decisione non può essere considerata viziata da illegittimità soltanto perché la Commissione non ha esplicitamente e specificamente collegato la sua descrizione dei suddetti elementi al secondo presupposto di cui all'art. 2 del regolamento n. 4064/89, sia con riguardo all'obbligo di motivazione, sancito dall'art. 253 CE [ora art. 296 TFUE], sia con riguardo al merito. Infatti, l'approccio contrario consisterebbe nell'imporre alla Commissione un obbligo puramente formale che la costringerebbe ad invocare due volte alcune delle stesse considerazioni, prima nell'analisi della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante su un dato mercato e poi con riferimento all'ostacolo significativo della concorrenza nel mercato comune.

90. Nel caso di specie, la Commissione ha espressamente affermato, al 'considerando' 567 della decisione impugnata, che, « [p]er le ragioni sopra esposte », la concentrazione proposta porterebbe alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante su più mercati diversi, che ostacolerebbe in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune (v. citazione per esteso al punto 46 supra). Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente al riguardo e conformemente alla posizione espressa dalla Commissione dinanzi al Tribunale, in particolare in udienza, da questa conclusione generale deriva che i due presupposti di cui all'art. 2 del regolamento n. 4064/89 sono soddisfatti con riferimento a ciascuno dei mercati esplicitamente menzionati e non in forza dell'effetto cumulativo delle constatazioni relative a tutti i suddetti mercati (v. punto 47 supra).

91. In ogni caso, la Commissione ha espressamente dichiarato in alcuni punti della decisione impugnata che la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante in capo all'entità risultante dalla fusione su taluni mercati ostacolerebbe considerevolmente la concorrenza. In particolare, i rilievi specifici inclusi nella decisione impugnata relativi agli effetti immediati della concentrazione sul mercato dei motori per aviogetti da trasporto regionale di grandi dimensioni bastano per dimostrare che il rafforzamento della posizione dominante della ricorrente sul detto mercato ostacolerebbe in maniera significativa una concorrenza effettiva nel mercato comune (v. 'considerando' 428 e ss. della decisione impugnata). [...]

92. Nella decisione impugnata, la Commissione ha rilevato che la ricorrente occupava, prima della concentrazione, una posizione dominante sul mercato dei motori per aerei commerciali di grandi dimensioni, il che è contestato dalla ricorrente. Per tale conclusione la Commissione si basa sostanzialmente sull'importanza delle quote di mercato della ricorrente, cumulate a tal fine con quelle dell'impresa comune CFMI, cui essa partecipa assieme alla Snecma ('considerando' 45-83 della decisione impugnata), sui vantaggi commerciali derivanti dall'integrazione verticale dell'attività di produzione dei motori per aerei commerciali di grandi dimensioni con il potere finanziario della GE

Capital e con l'attività di acquisto e della gestione in leasing di aerei della GECAS ('considerando' 107-145), su un'analisi della situazione della concorrenza sul mercato ('considerando' 163-170) e, infine, sull'assenza di pressione concorrenziale e commerciale esercitata dai concorrenti e dai clienti della ricorrente ('considerando' 173-228). L'esistenza di questa posizione dominante preesistente in capo alla ricorrente è un elemento fondamentale dell'analisi della Commissione, poiché da essa dipendono molte parti del ragionamento esposto nella decisione impugnata, in particolare quelle indicate nel punto che segue.

93. In primo luogo, la sovrapposizione verticale derivante dall'acquisizione, da parte della ricorrente, dell'attività di produzione di dispositivi di avviamento della Honeywell determinerebbe, secondo la Commissione, il rafforzamento della posizione dominante preesistente della ricorrente sul mercato dei motori per aerei commerciali di grandi dimensioni. In secondo luogo, l'analisi della Commissione relativa alla creazione di una posizione dominante sui diversi mercati di prodotti avionici e non rientranti in tale settore a causa dell'influenza che la ricorrente è in grado di esercitare grazie alla capacità commerciale delle sue controllate dipende dall'esistenza della sua posizione dominante sul mercato dei motori per aerei commerciali di grandi dimensioni. In terzo luogo, la possibilità che sussisterebbe, secondo la Commissione, di vendere in futuro pacchetti di prodotti dipende dall'esistenza di tale posizione dominante e avrebbe come conseguenza, in particolare, il suo rafforzamento.

94. Nel prosieguo della sentenza occorre pertanto controllare separatamente la fondatezza della decisione impugnata per quanto riguarda l'esistenza di una posizione dominante in capo alla ricorrente sul mercato dei motori per aerei commerciali di grandi dimensioni, nella presente sezione, e la fondatezza dei suddetti tre capi della decisione impugnata».

10 luglio 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c. Impala*, causa C-413/06 P, Racc. I-4951.

La Bertelsmann AG (in prosieguo: la «Bertelsmann»), una società internazionale del settore dei media, e la Sony Corporation of America (in prosieguo: la «Sony») hanno chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado, del 13 luglio 2006, causa T-464/04, Impala/Commissione (Racc. pag. II-2289; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con la quale quest'ultimo ha annullato la decisione della Commissione 19 luglio 2004, 2005/188/CE (Caso COMP/M.3333 - Sony/BMG) (in prosieguo: la «decisione controversa»). Con l'operazione di concentrazione in questione, conclusa fra le società Bertelsmann, e Sony, dette società intendevano raggruppare le loro attività mondiali nel settore della musica registrata. L'operazione di concentrazione veniva notificata il 9 gennaio 2004 alla Commissione. Quest'ultima, il 24 maggio 2004, inviava una comunicazione degli addebiti alle parti della concentrazione, in cui concludeva provvisoriamente che l'operazione notificata era incompatibile con il mercato comune e il funzionamento dell'accordo SEE, in quanto avrebbe rafforzato una posizione dominante collettiva nel mercato della musica registrata e nel mercato all'ingrosso delle licenze per la musica on-line, e avrebbe coordinato il comportamento delle società controllanti in modo incompatibile con l'art. 81 CE (oggi art. 101 TFUE). A seguito dell'audizione, svoltasi il 14 e 15 giugno 2004, la Commissione modificava il proprio orientamento e dichiarava l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 8, par. 2, del regolamento 4064/1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (oggi sostituito dal regolamento 139/2004). La decisione della Commissione veniva impugnata dinanzi il Tribunale di primo grado dall'Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), un'associazione internazionale di diritto belga che raggruppa 2.500 società indipendenti di produzione musicale. Il Tribunale adito ex art. 230 TCE (oggi art. 263 TFUE) annullava la decisione controversa per insufficienza di motivazione. Con il loro ricorso d'impugnazione, la Bertelsmann e la Sony chiedevano alla Corte di annullare la sentenza impugnata. In merito, in particolare, alla nozione di posizione dominante collettiva, la Corte ha osservato:

«119. Per quanto concerne la fondatezza di questo motivo, occorre anzitutto ricordare che la Corte ha già dichiarato, in sostanza, che la nozione di posizione dominante collettiva è inclusa in quella di «posizione dominante» ai sensi dell'art. 2 del regolamento (v., in tal senso, sentenza Kali & Salz [31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Racc. pag. I-1375], punti 166 e 178). A tale proposito, l'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici tra le imprese interessate non è indispensabile all'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva. Un tale accertamento potrebbe risultare da altri fattori di correlazione e dipendere da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi (v. sentenza 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione*, Racc. pag. I-1365, punto 45).

120. Nel caso si parli di creazione o rafforzamento di una posizione dominante collettiva, la Commissione è tenuta a valutare se, nella prospettiva del mercato di riferimento, l'operazione di concentrazione sottoposta al suo vaglio dia origine a una situazione nella quale una concorrenza effettiva nel mercato rilevante venga ostacolata in modo significativo da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno il potere, in particolare a causa dei fattori di correlazione tra esse esistenti, di adottare sul mercato una medesima linea d'azione (v. sentenza Kali & Salz, cit., punto 221) al fine di profittare di una situazione di potenza economica collettiva, e ciò senza che i concorrenti esistenti o potenziali, così come i clienti e i consumatori, possano reagire in modo efficace.

121. Simili fattori di correlazione includono, in particolare, la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale, in un mercato con le opportune caratteristiche, in particolare in termini di concentrazione del mercato, trasparenza e omogeneità del prodotto, essi sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente indotti ad allineare il loro comportamento sul mercato, in modo da rendere massimo il loro profitto comune aumentando prezzi, riducendo la produzione, la scelta o la qualità dei beni e dei servizi, riducendo l'innovazione od esercitando, in altro modo, un'influenza sui fattori della concorrenza. Infatti, in un contesto del genere ciascun operatore sa che un'azione decisamente concorrenziale da parte sua provocherebbe una reazione da parte degli altri, per cui esso non ricaverebbe nessun vantaggio dalla sua iniziativa.

122. Una condizione di posizione dominante collettiva che ostacoli in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di quest'ultimo può realizzarsi pertanto in seguito ad un'operazione di concentrazione quando, tenuto conto delle caratteristiche stesse del mercato di cui trattasi e della modifica che apporterebbe a tali caratteristiche la realizzazione dell'operazione, quest'ultima avrebbe come risultato che, acquistando consapevolezza degli interessi comuni, ciascun membro dell'oligopolio di cui trattasi riterrebbe possibile, economicamente razionale e pertanto preferibile adottare costantemente una medesima linea di condotta sul mercato al fine di vendere al di sopra dei prezzi concorrenziali, senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere a una pratica concordata ai sensi dell'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], e ciò senza che i concorrenti esistenti o potenziali, così come i clienti e i consumatori, possano reagire in modo efficace.

123. La probabilità di un siffatto coordinamento tacito è più alta se i concorrenti possono facilmente giungere a una percezione comune del modo in cui debba funzionare il coordinamento, in particolare dei parametri che possono costituire oggetto di esso. Infatti, senza poter arrivare tacitamente a una comprensione condivisa delle modalità del coordinamento, i concorrenti dovrebbero far ricorso eventualmente a pratiche proibite dall'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE] per poter adottare una condotta comune sul mercato. Inoltre, tenuto conto, in particolare, dell'eventuale tentazione che può esistere per ciascun partecipante a un coordinamento tacito di discostarsene al fine di aumentare il suo profitto a breve termine, occorre valutare se un siffatto coordinamento possa essere duraturo. A tal proposito, le imprese che coordinano il loro comportamento devono essere in

grado di sorvegliare sufficientemente se le modalità del coordinamento siano rispettate. Di conseguenza, la trasparenza sul mercato dovrebbe essere sufficiente per consentire a ciascuna impresa interessata, in particolare, di conoscere, in modo sufficientemente preciso ed immediato, l'evoluzione del comportamento sul mercato di ciascun altro partecipante al coordinamento. Inoltre, la disciplina impone che esista un qualche meccanismo di dissuasione credibile che possa essere posto in esecuzione qualora sia individuato un comportamento deviante. Per di più, le reazioni di imprese che non partecipano al coordinamento, quali i concorrenti esistenti o futuri, nonché le reazioni dei clienti non dovrebbero poter rimettere in discussione gli auspicati risultati del coordinamento.

124. Le condizioni enunciate dal Tribunale nel punto 62 della sua citata sentenza *Airtours/Commissione* [6 giugno 2002, causa T-342/99, Racc. pag. II-2585], in merito alle quali il Tribunale ha concluso, nel punto 254 della sentenza impugnata, che dovevano essere applicate nel giudizio pendente dinanzi ad esso, non violano i criteri esposti nel punto precedente della presente motivazione.

125. Ebbene, in caso di applicazione di criteri del genere, occorre evitare di procedere meccanicamente, verificando separatamente ciascuno dei criteri menzionati preso isolatamente e ignorando il meccanismo economico globale di un ipotetico coordinamento tacito.

126. A tal proposito, la valutazione, ad esempio, della trasparenza su un determinato mercato dovrebbe essere effettuata non in modo isolato ed astratto, ma alla luce delle regole di funzionamento di un ipotetico coordinamento tacito. Infatti, è unicamente tenendo conto di una siffatta ipotesi che è possibile verificare se eventuali elementi di trasparenza, presenti in un mercato, siano effettivamente tali da agevolare la determinazione tacita di una condotta comune e/o a consentire ai concorrenti interessati di sorvegliare sufficientemente se le modalità di una siffatta condotta siano rispettate. A quest'ultimo riguardo, ai fini dell'analisi delle possibilità di durata di un ipotizzato coordinamento tacito, è necessario prendere in considerazione i sistemi di sorveglianza eventualmente alla portata dei partecipanti al presunto coordinamento tacito al fine di verificare se, in forza di tali sistemi, sarebbe loro possibile conoscere, in modo sufficientemente preciso ed immediato, l'evoluzione del comportamento sul mercato di ciascun altro partecipante a un coordinamento del genere.

127. Per quanto riguarda il presente giudizio, le ricorrenti asseriscono che, sebbene, nel punto 254 della sentenza impugnata, il Tribunale abbia dichiarato di seguire il criterio adottato nella sua citata sentenza *Airtours/Commissione*, in pratica esso avrebbe commesso un errore di diritto, deducendo l'esistenza di una trasparenza sufficiente da un certo numero di fattori, i quali tuttavia non erano rilevanti ai fini dell'accertamento di una posizione dominante collettiva esistente. In tale contesto, le ricorrenti criticano segnatamente il fatto che il Tribunale abbia ammesso, nel punto 251 della sentenza impugnata, che le condizioni, elaborate nel punto 62 della citata sentenza *Airtours/Commissione*, possono «tuttavia desumersi indirettamente, se del caso, da un insieme di indizi e di elementi di prova, eventualmente anche molto eterogenei, relativi ai segni, alle manifestazioni e ai fenomeni inerenti alla presenza di una posizione dominante collettiva».

128. A questo proposito, occorre rilevare che, come sottolineato dalla Commissione in udienza, il citato punto 251 non è criticabile di per sé, trattandosi di una dichiarazione generale, la quale riflette la libera analisi compiuta dal Tribunale dei vari elementi di prova. Emerge infatti dalla costante giurisprudenza che, in linea di principio, spetta unicamente al Tribunale giudicare il valore da attribuire agli elementi che gli sono stati sottoposti (v., in particolare, sentenze 1 giugno 1994, causa C-136/92 P, *Commissione/Brazzelli Lualdi e a.*, Racc. pag. I-1981, punto 66, nonché 15 giugno 2000, causa C-237/98 P, *Dorsch Consult/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. I-4549, punto 50).

129. Parimenti, la ricerca di una preesistente posizione dominante collettiva, che si basi su una serie di elementi abitualmente ritenuti indicativi della presenza o della probabilità di un coordinamento tacito tra concorrenti, non può essere rimessa in discussione come tale. Tuttavia, come risulta dal punto 125 della presente motivazione, questa ricerca dev'essere condotta imperativamente con cautela e, soprattutto, nella cornice di una procedura basata sull'analisi delle eventuali strategie plausibili di coordinamento.

130. Ebbene, nel caso di specie è giocoforza constatare che il Tribunale, chiamato dall'Impala a valutare taluni argomenti, vertenti in particolare sulle parti della decisione controversa dedicate alla trasparenza del mercato, non ha effettuato la sua analisi delle dette parti alla luce di un presunto sistema di sorveglianza iscritto in una plausibile ipotesi di coordinamento tacito.

131. Nel punto 420 della sentenza impugnata, il Tribunale fa certamente riferimento alla possibilità di una «serie nota di regole» disciplinante la concessione di sconti da parte delle case discografiche. Tuttavia in seguito, come sottolineato giustamente dalle ricorrenti nell'ambito della seconda critica specifica menzionata nel punto 113 della presente motivazione, analizzando la questione dell'eventualità che determinate variazioni negli sconti, accertate dalla Commissione nella decisione controversa, potessero rimettere in discussione la possibilità di una sorveglianza adeguata del reciproco rispetto delle regole dell'eventuale coordinamento tacito, il Tribunale si accontenta, nei punti 427-429 della sentenza impugnata, di affermazioni non dimostrate riguardanti un ipotetico professionista del settore. Orbene, nel punto 428 di detta sentenza, il Tribunale stesso riconosce che l'Impala, ricorrente dinanzi ad esso, «non ha spiegato con precisione quali sarebbero le varie norme che regolano la concessione degli sconti promozionali».

132. A questo riguardo è importante ricordare che l'Impala rappresenta imprese le quali, pur non essendo membri dell'oligopolio formato dalle case discografiche, operano sugli stessi mercati. Alla luce di ciò, è giocoforza concludere che il Tribunale ha ignorato che l'onere della prova gravava sull'Impala per quanto concerne i presunti comportamenti di questi ipotetico «professionista del settore».

133. In considerazione di quanto sin qui esposto, senza che occorra esprimersi sulla fondatezza della terza critica specifica menzionata nel punto 113 della presente motivazione, occorre concludere che, ignorando i principi che devono guidare la sua analisi degli argomenti dedotti dinanzi ad esso riguardanti la trasparenza del mercato nel contesto di una presunta posizione dominante collettiva, il Tribunale ha commesso un errore di diritto ».

6 luglio 2010, *Ryanair Holdings plc c. Commissione*, causa T- 342/07, non ancora pubblicata in Raccolta.

La società Ryanair Holdings plc (in prosieguo «Ryanair»), leader delle compagnie aeree low cost in Europa, aveva acquistato una partecipazione del 19,6 % di Aer Lingus, compagnia aerea irlandese privatizzata dal governo irlandese nel 2006. Il 23 ottobre 2006 Ryanair aveva lanciato un'offerta pubblica d'acquisto (OPA) avente ad oggetto l'intero capitale di Aer Lingus e notificato, quindi, la settimana successiva, l'operazione alla Commissione, conformemente a quanto previsto dal regolamento n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese. A seguito dell'OPA, la partecipazione di Ryanair saliva al 25,17% del capitale di Aer Lingus. Il 27 giugno 2007 la Commissione dichiarava la concentrazione di Ryanair e Aer Lingus incompatibile con il mercato comune, perché suscettibile di ostacolare in maniera significativa la concorrenza e di creare una posizione dominante per Ryanair sulle rotte in partenza da o arrivo a Dublino, Cork e Shannon. Ryanair impugnava, allora, dinanzi al Tribunale di primo grado la decisione della Commissione, deducendo sostanzialmente cinque motivi a sostegno del suo ricorso. In particolare, veniva rilevato un errore manifesto nella valutazione della relazione di concorrenza intercorrente tra Ryanair e Aer Lingus e della sussistenza di barriere all'entrata nel mercato rilevante, nonché nell'analisi effettuata riguardo ai singoli collegamenti e nell'esame del guadagno in termini di efficacia derivante dalla concentrazione. Il Tribunale, dopo aver chiarito quali sono i propri poteri in termini di controllo dell'operato della Commissione, ribadendo che essa detiene un margine di apprezzamento discrezionale nella valutazione delle operazioni di concentrazione, ha esaminato i singoli motivi di ricorso della ricorrente, concludendo, dopo una complessa analisi delle valutazioni effettuate dalla Commissione, che le argomentazioni di Ryanair non sono sufficienti a confutare la dimostrazione della Commissione circa la sussistenza del pericolo della creazione di una posizione dominante nel

mercato rilevante nel caso di specie. Secondo il Tribunale, inoltre, neppure gli impegni sottoscritti da Ryanair sarebbero sufficienti ad assicurare la tutela della concorrenza, ad ulteriore conferma della correttezza della valutazione della Commissione. Così, con particolare riguardo ai poteri della Commissione nel controllo della compatibilità delle operazioni di concentrazione con il mercato comune, il Tribunale ha osservato:

«26. Pour déclarer une concentration incompatible avec le marché commun, la Commission doit prouver, conformément à l'article 2, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations, que la réalisation de la concentration notifiée entraverait de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante.

27. Une telle décision, adoptée sur la base de l'article 8, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations, repose sur le résultat d'une analyse prospective menée par la Commission. Cette analyse prospective consiste à examiner en quoi la concentration notifiée pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective. Une telle analyse requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte [voir, s'agissant du règlement (CEE) n. 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (version rectifiée JO 1990, L 257, p. 13), tel que modifié par le règlement (CE) n. 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1) (ci-après l'«ancien règlement sur les concentrations»), arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 43].

28. Dans l'hypothèse où des engagements ont été valablement proposés par les parties à l'opération lors de la procédure administrative afin d'obtenir une décision de compatibilité avec le marché commun, la Commission a l'obligation d'examiner la concentration telle que modifiée par ces engagements. Il appartient alors à la Commission de démontrer que ces engagements ne rendent pas la concentration, ainsi modifiée, compatible avec le marché commun (voir, en ce sens, s'agissant de l'ancien règlement sur les concentrations, arrêt du Tribunal du 21 septembre 2005, EDP/Commission, T-87/05, Rec. p. II-3745, points 63 à 65).

29. Par ailleurs, la Cour a jugé que les règles de fond du règlement et, en particulier, l'article 2 de celui-ci confèrent à la Commission un certain pouvoir discrétionnaire, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique, et que, en conséquence, le contrôle par le juge de l'exercice d'un tel pouvoir, qui est essentiel dans la définition des règles en matière de concentrations, doit être effectué compte tenu de la marge d'appréciation que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations (voir, s'agissant de l'ancien règlement sur les concentrations, arrêts de la Cour du 31 mars 1998, France e.a./Commission, dit «Kali & Salz», C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, points 223 et 224, et Commission/Tetra Laval, point 27 supra, point 38).

30. Si le juge de l'Union européenne reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas qu'il doive s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge de l'Union doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (voir, s'agissant de l'ancien règlement sur les concentrations, arrêts de la Cour Commission/Tetra Laval, point 27 supra, point 39, et du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, Rec. p. I-4951, point 69).

31. En outre, selon une jurisprudence constante, dans les cas où les institutions disposent d'un pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique de l'Union dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties

figurent, notamment, l'obligation pour la Commission d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce, le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante (arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, point 14, et arrêt du Tribunal du 7 mai 2009, NVV e.a./Commission, T-151/05, Rec. p. II-1219, point 163).

32. C'est au regard de ces principes relatifs au contrôle de légalité en matière de concentrations qu'il convient d'apprécier les arguments des parties.»

Confermando, quindi, come detto, l'analisi della Commissione, quanto alla incompatibilità della concentrazione con il mercato comune, con riguardo alla natura degli impegni sottoscritti da Ryanair, il Tribunale ha in particolare osservato:

«444. Il ressort de l'analyse des quatre premiers moyens qu'aucun argument présenté par la requérante n'est susceptible de remettre en cause les constatations effectuées par la Commission dans la décision attaquée, aux termes desquelles la réalisation de la concentration entraverait considérablement une concurrence effective du fait de la création d'une position dominante sur plusieurs marchés à partir ou à destination de Dublin, de Cork et de Shannon.

445. Ces positions dominantes sont soit monopolistiques, soit quasi monopolistiques ou très importantes et suffisent, en tant que telles, à valider la conclusion de la Commission selon laquelle la réalisation de la concentration doit être déclarée incompatible avec le marché commun.

446. Il convient désormais d'examiner le cinquième et dernier moyen, relatif aux engagements. [...]

447. Il convient de rappeler le cadre d'analyse applicable aux engagements avant d'examiner le contenu des engagements litigieux dans la présente affaire. [...]

448. Le contrôle des concentrations a pour objet de fournir aux entreprises concernées l'autorisation nécessaire et préalable à la réalisation de toute opération de concentration de dimension communautaire. Dans le cadre de ce contrôle, ces entreprises peuvent proposer des engagements à la Commission afin d'obtenir une décision constatant la compatibilité de leur opération avec le marché commun (arrêt du Tribunal du 9 septembre 2008, MyTravel/Commission, T-212/03, Rec. p. II-1967, points 116 à 118).

449. Selon l'état d'avancement de la procédure administrative, les engagements proposés doivent permettre à la Commission ou de considérer que l'opération notifiée ne soulève plus de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun au stade de l'enquête préliminaire (article 6, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations) ou de répondre aux objections retenues dans le cadre de l'enquête approfondie (article 18, paragraphe 3, lu conjointement avec l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations). Ces engagements permettent donc, tout d'abord, d'éviter l'ouverture d'une phase d'enquête approfondie ou, par la suite, d'éviter l'adoption d'une décision déclarant l'incompatibilité de l'opération avec le marché commun (voir arrêt MyTravel/Commission, point 448 supra).

450. L'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations permet, en effet, à la Commission d'assortir une décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun, en application du critère défini à l'article 2, paragraphe 2, dudit règlement, de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun (voir arrêt MyTravel/Commission, point 448 supra).

451. Compte tenu tant de l'importance des intérêts financiers et des enjeux industriels ou commerciaux inhérents à ce type d'opérations que des pouvoirs dont dispose la Commission en la matière, il est de l'intérêt des entreprises concernées de faciliter le travail de l'administration. Ces mêmes raisons obligent également la Commission à faire preuve de la plus grande diligence dans l'exercice de sa mission de contrôle des concentrations (voir, s'agissant de l'ancien règlement sur les concentrations, arrêt MyTravel/Commission, point 448 supra, point 119).

452. Il convient également de relever que, dans le cadre du contrôle des concentrations, la Commission est habilitée à n'accepter que des engagements de nature à rendre l'opération notifiée compatible avec le marché commun (voir, s'agissant de l'ancien règlement sur les concentrations, arrêt *General Electric/Commission*, [14 décembre 2005, T-210/01, Rec. p. II-5575], point 555).

453. Il convient de considérer à cet égard que des engagements proposés par une des parties à la concentration ne remplissent ce critère que dans la mesure où la Commission est en mesure de conclure, avec certitude, qu'il sera possible de les mettre en œuvre et que les remèdes qui en résultent seront suffisamment viables et durables pour que la création ou le renforcement d'une position dominante ou les entraves à une concurrence effective, que les engagements ont pour finalité d'empêcher, ne soient pas susceptibles de se produire dans un avenir relativement proche (voir, s'agissant de l'ancien règlement sur les concentrations et en considération du fait que les remèdes proposés dans la présente affaire n'étaient pas tous de nature structurelle, arrêt *General Electric/Commission*, [cit.], point 555).

454. Par ailleurs, il ressort de l'article 19, paragraphe 2, du règlement (CE) n. 802/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, concernant la mise en œuvre du règlement sur les concentrations (JO L 133, p. 1), que les engagements que les entreprises concernées proposent conformément à l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations doivent être communiqués à la Commission dans un délai de 65 jours ouvrables à compter de la date d'engagement de la procédure. Lorsque le délai d'adoption d'une décision adoptée en vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations est prorogé, la période de 65 jours ouvrables est automatiquement prorogée d'un nombre identique de jours ouvrables. En l'espèce, le délai prévu à l'article 19, paragraphe 2, du règlement n. 802/2004 prenait fin le 3 mai 2007 (considérant 1237 de la décision attaquée). [...]

524. À ce stade de la procédure, pour les raisons exposées à juste titre dans la décision attaquée en ce qui concerne les engagements du 3 mai 2007 et compte tenu des précisions apportées par le projet d'engagements du 1er juin 2007, la requérante n'expose pas d'arguments susceptibles de remettre en cause, à suffisance de droit, l'appréciation de la Commission, exposée dans la décision attaquée, selon laquelle le projet d'engagements du 1er juin 2007 ne lui permettait pas de conclure, avec certitude, qu'il serait possible de le mettre en œuvre et que les remèdes qui en résulteraient seraient suffisamment viables et durables pour que les entraves à la concurrence effective que ces engagements avaient pour finalité d'empêcher ne soient pas susceptibles de se produire dans un avenir relativement proche.

525. Le cinquième moyen doit donc être rejeté tant en ce qui concerne la validité formelle des propositions transmises à la Commission dans le cadre de la procédure administrative qu'en ce qui concerne l'appréciation au fond du contenu de ces propositions.

526. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de rejeter le recours formé par Ryanair».

6 luglio 2010, *Aer Lingus Group c. Commissione*, causa T-411/07, non ancora pubblicata in Raccolta.

Per la parte in fatto, si riprende e si amplia quanto descritto nella sentenza che immediatamente precede. La Aer Lingus Group plc (in prosieguo: la «Aer Lingus») è una società per azioni di diritto irlandese. Dopo la sua privatizzazione nel 2006 da parte del governo irlandese, lo Stato ha conservato il 25,35% del suo capitale e le azioni della Aer Lingus Group sono state quotate in borsa il 2 ottobre 2006. La Aer Lingus Group è la società holding della Aer Lingus Ltd (in prosieguo, considerate congiuntamente: la «Aer Lingus»), una compagnia aerea con sede in Irlanda che opera voli di linea da e verso gli aeroporti di Dublino, di Cork e di Shannon. Il 5 ottobre 2006, ossia tre giorni dopo la prima quotazione in borsa delle azioni della Aer Lingus, la Ryanair Holdings plc (in prosieguo: la «Ryanair»), società di diritto irlandese che opera voli di linea in 40 paesi, annunciava la sua intenzione di lanciare un'offerta pubblica d'acquisto (OPA) sull'intero capitale della Aer Lingus. Tale OPA veniva lanciata il 23 ottobre 2006, con un termine inizialmente fissato al 13 novembre 2006 e

successivamente prorogato dalla Ryanair fino al 4 dicembre 2006 e poi fino al 22 dicembre 2006. Prima di annunciare l'intenzione di lanciare un'OPA, la Ryanair aveva acquisito sul mercato una partecipazione del 16,03% nel capitale della Aer Lingus. Il 5 ottobre la Ryanair portava tale partecipazione al 19,21%. Poco tempo dopo, acquisiva azioni supplementari di modo che, al 28 novembre 2006, deteneva il 25,17% della Aer Lingus. Tale partecipazione rimaneva inalterata fino all'agosto 2007 quando, nonostante l'adozione, il 27 giugno 2007, della decisione della Commissione delle Comunità europee menzionata sotto, al punto 15, la Ryanair acquisiva un ulteriore 4,3% del capitale della Aer Lingus, portando la sua partecipazione al 29,3%. Il 30 ottobre 2006 il progetto di concentrazione con cui la Ryanair, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b), del regolamento 139/2004/CE, sulle concentrazioni, doveva acquisire il controllo della Aer Lingus mediante l'OPA veniva notificato alla Commissione a norma dell'art. 4 di quest'ultimo regolamento. Con email del 19 febbraio 2006 la Ryanair comunicava alla Commissione che le sue acquisizioni di azioni facevano parte del suo progetto di ottenere il controllo della Aer Lingus. Il 27 giugno 2007 la Commissione dichiarava, in applicazione dell'art. 8, par. 3, del regolamento sulle concentrazioni, che la concentrazione notificata era incompatibile con il mercato comune [decisione C (2007) 3104, caso COMP/M.4439 - Ryanair/Aer Lingus; in prosieguo: la «decisione Ryanair»]. Tale decisione è oggetto della causa T-342/07, Ryanair/Commissione, nel cui contesto la Aer Lingus interviene a sostegno della Commissione. Il 17 agosto 2007 la Aer Lingus chiedeva alla Commissione di prendere posizione in merito all'interpretazione dell'art. 21 del regolamento sulle concentrazioni per quanto riguardava la partecipazione del 25,17% della Ryanair nel suo capitale. La Commissione, in risposta, affermava che la partecipazione di minoranza pari al 25,17% non conferisce alla Ryanair il controllo, di fatto o di diritto, della Aer Lingus a tenore dell'art. 3, par. 2, del regolamento sulle concentrazioni. Sebbene, in presenza di talune circostanze, una partecipazione di minoranza possa sfociare nell'esercizio del controllo, la Commissione conclude di non essere in possesso di alcun elemento che dimostrasse che siffatte circostanze si erano verificate nella fattispecie. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 19 novembre 2007 la ricorrente, ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE, ha presentato un ricorso per l'annullamento della decisione impugnata. Il Tribunale, riguardo la nozione di controllo, ha, in particolare, osservato:

« 57. Nel suo invito ad agire e nel presente ricorso la Aer Lingus sostiene, in sostanza, che la partecipazione della Ryanair nel suo capitale, acquisita prima o nel corso dell'OPA, rappresenta una realizzazione parziale della concentrazione dichiarata incompatibile dalla Commissione. Per ripristinare le condizioni di effettiva concorrenza, quest'ultima dovrebbe pertanto ordinare la cessione della totalità delle azioni acquisite dalla Ryanair, in applicazione dell'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni [...].

58. Nella decisione impugnata, la Commissione respinge tale domanda di avviare un procedimento contro la Ryanair a norma dell'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni, ritenendo che la concentrazione notificata da tale impresa non sia stata realizzata e che la partecipazione contestata non conferisca alla Ryanair il controllo della Aer Lingus. La Commissione reputa altresì che, in assenza di concentrazione realizzata nel senso definito dal regolamento sulle concentrazioni, l'interpretazione suggerita dalla ricorrente superi i limiti della sua competenza [...].

59. Per valutare la legittimità della decisione impugnata riguardo al potere conferito alla Commissione di ordinare ad un'impresa la dissoluzione di una concentrazione, segnatamente mediante cessione della totalità delle azioni acquisite in un'altra impresa, il punto di riferimento deve essere il momento rilevante definito dall'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni, il quale contempla una «concentrazione» che «[sia] già stata realizzata» e che «[sia] stata dichiarata incompatibile con il mercato comune» [...].

60. A tale proposito, la decisione impugnata è intervenuta effettivamente in un momento in cui la Commissione ha dichiarato che la concentrazione notificata dalla Ryanair era incompatibile con il mercato comune. Poiché la Commissione non aveva risolto la questione relativa alla partecipazione

di minoranza della Ryanair nel capitale della Aer Lingus nella decisione Ryanair, che dichiarava l'incompatibilità della concentrazione notificata in forza dell'art. 8, n. 3, del regolamento sulle concentrazioni, essa poteva ancora farlo in una decisione distinta, adottata ai sensi dell'art. 8, n. 4, in fine, di detto regolamento.

61. Tuttavia, come giustamente indicato nella decisione impugnata, l'altra condizione stabilita dall'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni non è soddisfatta, in quanto la concentrazione notificata non è stata realizzata. Nella fattispecie, a partire dal momento in cui è stata adottata la decisione d'incompatibilità con il mercato comune, la Ryanair non dispone, né di diritto, né di fatto, della possibilità di controllare la Aer Lingus o di esercitare un'influenza determinante sulla sua attività.

62. Dal punto di vista giuridico, la nozione di concentrazione impiegata dal regolamento sulle concentrazioni è importante, in quanto funge da fondamento della competenza della Commissione in forza di tale regolamento. Infatti, il regolamento sulle concentrazioni si applica a tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria (art. 1, n. 1). La nozione di concentrazione viene definita all'art. 3 di detto regolamento. Secondo tale art. 3, n. 1, si ha una concentrazione in presenza di una modifica duratura del controllo risultante, ad esempio, dalla fusione di due imprese o dall'acquisizione, da parte di un'impresa, del controllo di un'altra impresa. L'art. 3, n. 2, precisa che detto controllo deriva da diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività dell'impresa considerata.

63. Pertanto, ogni operazione, o complesso di operazioni, che realizzi «una modifica duratura del controllo» conferendo «la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa [considerata]» è una concentrazione ritenuta realizzata dal regolamento sulle concentrazioni. La caratteristica comune a tali concentrazioni è la seguente: là dove in precedenza esistevano due distinte imprese prima dell'operazione per una determinata attività economica, ce ne sarà solo una dopo tale operazione. A parte l'ipotesi della fusione, che comporta la sparizione di una delle due imprese in gioco, la Commissione deve quindi accertare se la realizzazione della concentrazione abbia prodotto la conseguenza di attribuire a una delle imprese in questione un potere di controllo sull'altra, potere che essa non deteneva in precedenza. Tale potere di controllo consiste nella possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività dell'impresa, in special modo quando l'impresa che lo detiene può imporre all'altra scelte relative alle sue decisioni strategiche.

64. Da quanto precede discende che l'acquisizione di una partecipazione che non conferisca, di per sé, il controllo nel senso specificato dall'art. 3 del regolamento sulle concentrazioni non costituisce una concentrazione reputata realizzata, nel senso di cui a detto regolamento. Su questo punto il diritto dell'Unione si distingue dal diritto di taluni Stati membri, le cui autorità nazionali sono autorizzate da norme di diritto interno relative al controllo delle concentrazioni ad agire nei confronti delle partecipazioni di minoranza più ampiamente definite [...].

65. Contrariamente a quanto afferma la ricorrente, la nozione di concentrazione non può essere estesa a casi in cui, in mancanza dell'ottenimento del controllo, la partecipazione in causa non conferisce, di per sé, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività dell'impresa, ma rientra, in senso più ampio, nell'ambito di una concentrazione notificata esaminata dalla Commissione e dichiarata incompatibile con il mercato comune al termine di detto esame, senza che siano intervenute modifiche del controllo nel senso sopra specificato.

66. Siffatto potere non è concesso alla Commissione in applicazione del regolamento sulle concentrazioni. Secondo la lettera stessa dell'art. 8, n. 4, di detto regolamento, il potere di ordinare la cessione di tutte le azioni acquisite da un'impresa in un'altra esiste unicamente al fine di «ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione». In mancanza di acquisizione del controllo, la Commissione non dispone del potere di dissolvere detta concentrazione. Se il legislatore avesse inteso conferire alla Commissione una competenza più ampia rispetto a quella sancita dal regolamento sulle concentrazioni, avrebbe introdotto una disposizione in tal senso.

67. Sotto il profilo fattuale non viene contestato che la partecipazione della Ryanair nel capitale della Aer Lingus nella fattispecie non conferisce alla prima la possibilità di «controllare» la Aer Lingus. In aggiunta agli elementi esposti ai punti 10 e 11 della decisione impugnata, la Aer Lingus spiega di «accettare la sua supposizione, fatta al punto 11 della decisione impugnata, secondo cui, al 27 giugno 2007, la Ryanair non esercitava il “controllo” ai sensi dell’art. 3, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni». Parimenti, la Aer Lingus non sostiene che la partecipazione del 29,3% detenuta dalla Ryanair nel suo capitale dall’agosto 2007 conferisca a quest’ultima il controllo della società, ma si limita ad asserire che tale partecipazione le attribuisce una «significativa possibilità di interferire nella sua gestione e nella sua strategia commerciale».

68. Inoltre, in risposta agli argomenti della ricorrente relativi ai presunti effetti negativi sulla concorrenza, occorre rilevare che nella decisione impugnata la Commissione respinge a ragione la tesi che essi siano concretamente assimilabili ad una forma di controllo nella causa in esame (punto 11 della decisione impugnata). In proposito occorre sottolineare, in generale, che il regolamento sulle concentrazioni non persegue la finalità di preservare le società da controversie di natura commerciale con i loro azionisti né di dissipare qualsiasi incertezza in merito all’approvazione di decisioni importanti da parte di questi ultimi. Se la dirigenza della Aer Lingus ritiene che il comportamento della Ryanair in qualità d’azionista sia abusivo o illegittimo, essa dispone della possibilità di portare il caso dinanzi ai giudici o alle competenti autorità nazionali.

69. Ad ogni modo, sebbene dagli elementi di fatto addotti dalla ricorrente si evinca che i rapporti tra la sua dirigenza e la Ryanair sono tesi e che le loro opinioni in merito ad una serie di punti sono divergenti, tali elementi non possono tuttavia dimostrare – come sarebbe richiesto affinché la Commissione possa decidere di applicare l’art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni – l’esistenza di una possibilità di esercitare un’influenza determinante sull’attività di tale impresa.

70. In effetti, per quanto concerne l’affermazione secondo cui la Ryanair si sarebbe avvalsa della sua partecipazione per tentare di accedere al piano strategico riservato e ai segreti commerciali della Aer Lingus, l’unico elemento menzionato per suffragare tale tesi è una lettera in cui la Ryanair richiede, in termini generali, lo svolgimento di una riunione con i dirigenti della Aer Lingus. Il ricorso non contiene alcun elemento che possa dimostrare che effettivamente nel corso di tale riunione si sia verificato uno scambio di informazioni riservate. In ogni caso, uno scambio di informazioni di tal fatta non costituirebbe una diretta conseguenza della partecipazione di minoranza, ma atterrebbe ad un comportamento successivo delle due società, da esaminarsi eventualmente alla luce dell’art. 81 CE.

71. Nello stesso senso, quanto all’affermazione che la Ryanair avrebbe votato contro una decisione speciale volta a consentire al consiglio di amministrazione di emettere azioni senza doverle preliminarmente proporre agli azionisti esistenti, come generalmente previsto dal diritto societario, dai commenti rilasciati dal presidente e direttore generale della ricorrente e riportati dal giornale *The Irish Times* del 7 luglio 2007 in un articolo intitolato «Ryanair si oppone al tentativo della Aer Lingus di diluire la sua partecipazione» e citati dalla Commissione senza essere contestati dalla ricorrente, si evince che il fallimento di tale decisione non ha prodotto significative ripercussioni sulla società.

72. Per quanto attiene all’affermazione secondo cui la Ryanair ha richiesto la convocazione di due assemblee generali straordinarie per ritornare su decisioni strategiche adottate dalla Aer Lingus, la Commissione rileva, e la ricorrente non contesta, che il consiglio di amministrazione della Aer Lingus ha respinto tali richieste e che le decisioni previste sono state attuate nonostante l’opposizione della Ryanair. Questo esempio conferma che, diversamente da quanto voluto dalla ricorrente, la Ryanair non è in grado di imporle la sua volontà.

73. L’affermazione che la Ryanair ha condotto una campagna contro la dirigenza della Aer Lingus deve essere intesa come un nuovo riferimento alle due assemblee generali straordinarie richieste dalla Ryanair nonché alla corrispondenza e alle dichiarazioni pubbliche relative. Come evidenziato dalla Commissione nelle sue memorie, la Aer Lingus ha respinto queste due richieste e ha dato attuazione alla decisione come previsto. Anche se risultasse che la Ryanair ha ostacolato la dirigenza della Aer

Lingus per diverse settimane, ciò non dimostrerebbe tuttavia l'esistenza di una possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di questa impresa ai sensi del regolamento sulle concentrazioni.

74. L'asserzione secondo cui la detenzione di una partecipazione di minoranza in un'impresa concorrente che si trovi in situazione di duopolio falserebbe intrinsecamente la concorrenza, perché la società che dispone di siffatta partecipazione sarebbe meno motivata a far concorrenza ad una società i cui utili le stanno a cuore, è smentita dai fatti. A questo proposito la Commissione afferma, senza che la ricorrente la smentisca, che, dopo aver acquisito la sua partecipazione nella Aer Lingus, la Ryanair ha iniziato ad operare su quattro tratte che in precedenza erano effettuate dalla Aer Lingus e ha aumentato la frequenza dei suoi voli su sei altre tratte sulle quali era in concorrenza con la Aer Lingus (v. comunicati stampa della Ryanair intitolati «Ryanair annuncia sei nuove tratte da Dublino» del 15 agosto 2007 e «Nuova tratta - la 31a - dall'aeroporto di Shannon e tre nuove tratte da Dublino» del 25 ottobre 2007). Tale affermazione teorica, in ogni caso, non è sufficiente per sostanziare una forma di controllo della Ryanair sulla Aer Lingus idonea a giustificare il disinvestimento della partecipazione di minoranza controversa in questa causa.

75. Lo stesso dicasi quanto all'affermazione secondo cui la partecipazione della Ryanair produrrebbe conseguenze materiali sulle azioni della Aer Lingus, rendendole meno interessanti per quest'ultima società. Dal punto di vista dei principi, infatti, l'attrattiva borsistica e finanziaria della Aer Lingus non dipende unicamente dalla partecipazione di minoranza della Ryanair, ma si fonda sull'interesse del capitale di tale impresa, cui possono partecipare anche altri azionisti di rilievo. Inoltre, anche ammettendo che la partecipazione della Ryanair possa incidere su tale attrattiva, ciò non sarebbe sufficiente per dimostrare l'esistenza di un controllo nel senso richiesto dal regolamento sulle concentrazioni.

76. Ammettere che la Commissione possa ordinare il disinvestimento di una partecipazione di minoranza per il solo motivo che essa costituisce un rischio teorico sul piano economico in presenza di un duopolio, oppure un danno per l'attrattiva delle azioni di una delle imprese che compongono tale duopolio, andrebbe oltre le competenze conferite alla Commissione per il controllo delle concentrazioni.

77. Dall'analisi della prassi precedente di quest'ultima si evince, in ogni caso, che tutte le decisioni ad oggi adottate dalla Commissione ai sensi dell'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni riguardano concentrazioni già realizzate, nel cui contesto la società target aveva cessato di essere un concorrente indipendente dell'acquirente. Diversamente da quanto accade nella causa in esame, tali decisioni non riguardavano l'applicabilità dell'art. 8, n. 4, alla concentrazione in causa, bensì unicamente le misure idonee a ripristinare la concorrenza che era venuta meno in seguito alla realizzazione della concentrazione, misure che potevano variare da un caso all'altro a seconda delle specificità della fattispecie. Pertanto, non si può addurre la prassi anteriore della Commissione in merito al trattamento delle partecipazioni di minoranza ai sensi dell'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni, per rimettere in discussione i criteri definiti da tale disposizione.

78. Di conseguenza, non si può addebitare alla Commissione la violazione dell'art. 8, n. 4, del regolamento sulle concentrazioni per aver dichiarato che nella fattispecie non era stata realizzata alcuna concentrazione e per aver ritenuto di non disporre della competenza ad ordinare alla Ryanair la cessione della sua partecipazione nel capitale della Aer Lingus. Solo qualora siffatta partecipazione avesse consentito alla Ryanair di controllare la Aer Lingus esercitando nei suoi confronti un'influenza determinante di diritto o di fatto - circostanza che non si è verificata nella fattispecie - tale potere sarebbe stato riconosciuto alla Commissione in forza del regolamento sulle concentrazioni.

79. Questo giudizio non è infirmato dalla circostanza che la Commissione, nel corso del procedimento d'esame, abbia ritenuto che occorresse considerare rientrante nell'ambito dell'OPA la partecipazione acquisita dalla Ryanair sul mercato poco prima e durante il periodo di tale offerta, il che costituiva, secondo le sue parole, una «concentrazione unica». Infatti in tale fase, ossia quella del procedimento d'esame, la preoccupazione della Commissione non è quella di «ripristinare la

situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione», qualora essa abbia adottato una decisione di incompatibilità, anche nel caso in cui la concentrazione verificata sia stata realizzata. Tali preoccupazioni sorgono solo a partire dal momento in cui è stata adottata una decisione finale e occorre trarne le conseguenze se risulta che la situazione non vi si è conformata.

80. In occasione del procedimento di esame la Commissione cerca piuttosto di evitare di ritrovarsi in situazioni in cui la concentrazione si è realizzata allorché essa può ancora essere dichiarata incompatibile con il mercato comune. È questo l'obiettivo dell'art. 7 del regolamento sulle concentrazioni, che mira a far rispettare uno dei principi che hanno ispirato questo regolamento ai sensi del quale una concentrazione di dimensione comunitaria non può essere realizzata senza essere notificata alla Commissione e preventivamente autorizzata da quest'ultima.

81. Infatti, l'art. 4, n. 1, del detto regolamento, rubricato «Notificazione preventiva (...)», dispone che le concentrazioni di cui al presente regolamento sono notificate alla Commissione prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'OPA o dell'offerta pubblica di scambio (OPS) o l'acquisizione di una partecipazione di controllo. Tale principio viene ribadito anche all'art. 7 del regolamento sulle concentrazioni, rubricato «Sospensione della concentrazione». A norma dell'art. 7, n. 1, una concentrazione di dimensione comunitaria non può essere realizzata prima di essere notificata, né prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune. L'art. 7, n. 2, dispone che il n. 1 non osta alla esecuzione di un'OPA o di un'OPS o di una serie di transazioni su valori mobiliari per effetto delle quali si acquisisce il controllo, ai sensi dell'art. 3, a condizione che la concentrazione sia notificata senza ritardo alla Commissione a norma dell'art. 4 e che l'acquirente non eserciti i diritti di voto inerenti ai valori mobiliari in questione o li eserciti soltanto ai fini di mantenere il pieno valore dei suoi investimenti in base a una deroga accordata dalla Commissione.

82. Occorre rilevare che l'obbligo di sospendere la realizzazione della concentrazione finché essa non sia autorizzata dalla Commissione subisce una deroga automatica in caso di OPA o di acquisizione del controllo mediante una serie di transazioni su valori mobiliari che coinvolgano diversi venditori. Per poter usufruire di tale deroga gli interessati devono notificare senza indugio la concentrazione alla Commissione e non esercitare i diritti di voto inerenti a tali partecipazioni. Come sostiene la Commissione nelle sue memorie, tale deroga produce l'effetto di trasferire all'acquirente il rischio del divieto dell'operazione. Se al termine del procedimento la Commissione ritiene che l'operazione notificata debba essere vietata, i valori mobiliari acquisiti per realizzare la concentrazione dovranno essere ceduti, come illustrato dai casi Tetra Laval e Schneider, richiamati nella decisione impugnata e dalla ricorrente (v. supra, punti 27 e 48).

83. In questo contesto, l'acquisizione di una partecipazione che, di per sé, non conferisce il controllo ai sensi dell'art. 3 del regolamento sulle concentrazioni può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 7 di detto regolamento. L'atteggiamento della Commissione dev'essere inteso nel senso che essa si è avvalsa della nozione di «concentrazione unica» per limitare il rischio di ritrovarsi in una situazione in cui una decisione di incompatibilità avrebbe richiesto di essere completata da una decisione di dissoluzione destinata a porre fine all'ottenimento del controllo risalente a prima ancora che la Commissione si pronunciasse sui suoi effetti concorrenziali. Quando la Commissione ha chiesto alla Ryanair di non esercitare i suoi diritti di voto - e quest'ultima ha peraltro rilevato che essi non le conferivano il controllo della Aer Lingus (v. supra, punto 14) - essa non ha fatto altro che chiedere a tale impresa di evitare di porsi in una situazione in cui avrebbe realizzato una concentrazione che avrebbe dato adito ad una misura adottata sul fondamento dell'art. 8, nn. 4 e 5, in caso di decisione di incompatibilità con il mercato comune.

84. Per questi motivi la Commissione ha agito correttamente ritenendo, ai punti 12 e 13 della decisione impugnata, che in questo caso la partecipazione di minoranza della Ryanair nel capitale della Aer Lingus non potesse essere considerata una «realizzazione parziale» d'una concentrazione idonea a dare origine ad una misura adottata sul fondamento dell'art. 8, nn. 4 o 5, in caso di decisione di incompatibilità con il mercato comune.

85. In mancanza di un'assunzione effettiva di controllo della Aer Lingus da parte della Ryanair, la partecipazione controversa non può essere assimilata ad una «concentrazione» che sia «già stata realizzata», anche qualora l'operazione in cui si inserisce tale partecipazione sia stata dichiarata incompatibile con il mercato comune».

12 ottobre 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL*, causa T-224/10, ECLI:EU:T:2011:588

La ricorrente, l'Association belge des consommateurs test-achats ASBL, è un'associazione senza scopo di lucro il cui principale obiettivo è la tutela degli interessi dei consumatori, in particolare in Belgio. Essa è indipendente dalle autorità pubbliche ed è finanziata dai suoi membri tramite contributi. Con circa 350 000 membri individuali, è la più grande associazione di consumatori in Belgio. Nel giugno 2009 la ricorrente ha appreso che l'Électricité de France (in prosieguo: l'«EDF») aveva annunciato la propria intenzione di acquisire il controllo esclusivo della Segebel SA, una società holding il cui solo attivo era una partecipazione del 51% nella SPE SA, il secondo più grande operatore di energia elettrica in Belgio dopo l'operatore storico Electrabel SA, controllato dalla GDF Suez SA. All'epoca dei fatti controversi, lo Stato francese deteneva l'84,6% delle azioni dell'EDF. Per quanto riguarda la GDF Suez, il medesimo Stato deteneva una partecipazione minoritaria del 35,91%. Tali partecipazioni erano gestite dall'Agence de participations de l'État (Agenzia francese delle partecipazioni statali), tramite due direzioni distinte. Il 23 settembre 2009 l'EDF ha notificato alla Commissione la concentrazione, conformemente al regolamento (CE) del Consiglio 20 gennaio 2004, n. 139, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24, pag. 1). Il 12 novembre 2009 la Commissione ha adottato la decisione C (2009) 9059 (caso COMP/M.5549 - EDF/Segebel), con cui ha dichiarato la concentrazione controversa compatibile con il mercato comune. Avverso tale decisione, con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 17 maggio 2010, l'Association belge des consommateurs test-achats ASBL ha proposto ricorso. Il Tribunale, sulla condizione relativa ai consumatori finali, ha, in particolare, osservato:

« [...] 40. [...] si deve rammentare che l'art. 11, lett. c), secondo trattino, del regolamento n. 802/2004, pur prevedendo che le associazioni di consumatori beneficiano del diritto ad essere sentite solamente se la concentrazione proposta riguarda prodotti o servizi destinati ai consumatori finali, non impone tuttavia che l'oggetto della stessa si riferisca immediatamente a detti prodotti o servizi.

41. Si deve inoltre osservare che la lettera del 23 giugno 2009 faceva espresso riferimento al fatto che, ad avviso della ricorrente, la concentrazione controversa incideva sugli interessi dei consumatori in termini di prezzo e di servizio e che, nella sua risposta alla suddetta lettera, la Commissione non ha contraddetto tale affermazione.

42. Certamente, dalla decisione di autorizzazione emerge che la Commissione ha ritenuto che la concentrazione controversa avesse solo effetti secondari sui consumatori. Infatti, al punto 139 della decisione di autorizzazione, la Commissione ha osservato che, quanto al mercato della fornitura di elettricità al dettaglio, la concentrazione controversa determinava sovrapposizioni orizzontali solamente per quanto riguardava i grandi ed i piccoli clienti industriali e commerciali alla luce dei mercati belgi della fornitura di elettricità, senza fare riferimento alla fornitura di elettricità ai clienti residenziali. Ai punti 151 e 152 di tale decisione, invece, la Commissione ha riconosciuto che la concentrazione controversa poteva produrre effetti sui vari mercati belgi al dettaglio, pur ritenendo che si trattasse di effetti secondari che non suscitavano seri dubbi quanto alla compatibilità della concentrazione controversa con il mercato comune. L'esistenza di tali effetti secondari è altresì menzionata al punto 207 della decisione di autorizzazione.

43. Orbene, la natura eventualmente secondaria di tali effetti non comporta la conseguenza di privare la ricorrente del diritto ad essere sentita. Infatti, la Commissione non può interpretare l'art. 11, lett. c), secondo trattino, del regolamento n. 802/2004 in termini restrittivi, che limitino

l'applicazione di tale disposizione, essenzialmente, ai casi in cui una concentrazione abbia effetti diretti sui mercati riguardanti i consumatori finali. Ciò tanto più che, da un lato, l'art. 2, n. 1, secondo comma, lett. b), del regolamento n. 139/2004 prevede che, nella valutazione di una concentrazione, la Commissione deve tener conto, in particolare, degli interessi dei consumatori intermedi e finali. Dall'altro, ai sensi dell'art. 153, n. 2, CE, la cui formulazione è in sostanza identica a quella dell'art. 12 TFUE, nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione devono essere prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori. Peraltro, l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2007, C 303, pag. 1) prevede che nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori [...] ».

Sulla condizione relativa alla presentazione di una domanda di essere sentito, il Tribunale ha osservato:

« [...] 46. [...] è necessario verificare se la ricorrente avesse validamente presentato la domanda di essere sentita prevista dall'art. 18, n. 4, del regolamento n. 139/2004 e dall'art. 16, n. 1, del regolamento n. 802/2004.

47. A tale riguardo, occorre rammentare, anzitutto, che nella lettera del 23 giugno 2009 la ricorrente ha affermato che intendeva avvalersi del diritto ad essere sentita nell'ambito del procedimento di controllo della concentrazione controversa, diritto a suo avviso derivante dall'art. 11, lett. c), del regolamento n. 802/2004. È inoltre pacifico che la lettera del 23 giugno 2009 è anteriore alla notifica del progetto relativo alla concentrazione controversa e, a maggior ragione, alla pubblicazione dell'avviso di notifica nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

48. La Commissione ha accusato ricevuta di tale lettera il 20 luglio 2009 ed ha informato la ricorrente del fatto che le sue osservazioni sarebbero state prese in considerazione nell'ambito dell'analisi della concentrazione controversa, qualora quest'ultima fosse stata considerata una concentrazione di dimensione comunitaria.

49. Orbene, né il regolamento n. 139/2004, né il regolamento n. 802/2004, nel prevedere che taluni terzi debbano essere sentiti dalla Commissione se ne fanno domanda, precisano il periodo in cui detta domanda va depositata. In particolare, tali regolamenti non precisano espressamente che la suddetta domanda deve essere depositata successivamente alla notifica della concentrazione a cui si riferisce o alla pubblicazione dell'avviso relativo a quest'ultima.

50. Tuttavia, il silenzio su tale aspetto da parte della normativa dell'Unione in materia di concentrazioni non può essere interpretato nel senso che una domanda di audizione comporti l'obbligo per la Commissione di accoglierla, purché le altre condizioni a tal fine siano soddisfatte, anche qualora essa venga proposta prima della notifica alla Commissione della concentrazione di cui trattasi. Infatti, è necessario constatare che, nella normativa dell'Unione in materia di controllo delle concentrazioni, l'evento che dà formalmente avvio al procedimento di esame da parte della Commissione è proprio la notifica.

51. A tale riguardo, si deve rammentare che, secondo l'art. 4, n. 1, primo comma, del regolamento n. 139/2004, tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria sono debitamente notificate alla Commissione prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta d'acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo. Il secondo comma di tale disposizione aggiunge che la notificazione è ammessa anche quando le imprese interessate dimostrano alla Commissione che hanno in buona fede intenzione di concludere un accordo o, in caso di offerta pubblica, quando hanno pubblicamente annunciato che intendono procedere a tale offerta, qualora l'accordo o l'offerta previsti dovessero dar luogo ad una concentrazione di dimensione comunitaria. Il terzo comma precisa che, ai fini del suddetto regolamento, l'espressione «concentrazione notificata» comprende anche i progetti di concentrazione notificati ai sensi del secondo comma.

52. Inoltre, dall'art. 6, n. 1, e dall'art. 10, nn. 1 e 4, del regolamento n. 139/2004 emerge che la

Commissione procede all'esame della notifica di una concentrazione non appena questa le è pervenuta e che essa deve adottare una decisione sulla concentrazione notificata entro il termine di 25 giorni lavorativi - suscettibile di proroga e/o di sospensione in ipotesi espressamente previste alle suddette disposizioni - decorrente dal giorno lavorativo successivo a quello della ricezione della notifica o, qualora le informazioni che devono essere fornite all'atto della notifica siano incomplete, dal giorno lavorativo successivo a quello della ricezione delle informazioni complete. Entro tale termine, che delimita la fase I, la Commissione deve decidere se la concentrazione notificata rientra nel regolamento n. 139/2004 e, in caso affermativo, se essa può essere autorizzata nella suddetta fase, in quanto non suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato interno, ovvero se è necessario avviare la fase II per sottoporre tali dubbi ad un esame più approfondito.

53. Poiché la Commissione adotta decisioni ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 139/2004 solamente nei confronti delle «concentrazioni notificate», è conforme alla logica della normativa dell'Unione sul controllo delle concentrazioni considerare che le iniziative che i terzi sono tenuti ad intraprendere per essere coinvolti nel procedimento devono avere luogo a partire dalla notifica formale di una concentrazione.

54. Occorre peraltro considerare che, assai spesso, informazioni relative a possibili operazioni economiche le quali potrebbero ricadere nel campo di applicazione del regolamento n. 139/2004 circolano negli ambienti interessati, e persino nella stampa, ben prima che dette operazioni siano eventualmente notificate alla Commissione come concentrazioni.

55. A tale riguardo, da un lato, il fatto che una domanda di audizione ai sensi dell'art. 18, n. 4, del regolamento n. 139/2004 e dell'art. 16, n. 1, del regolamento n. 802/2004 debba essere proposta dopo la notifica della concentrazione alla quale essa fa riferimento consente di evitare, nell'interesse dei terzi, che questi presentino simili domande senza che l'oggetto del procedimento di controllo condotto dalla Commissione sia stato determinato, dato che tale determinazione interviene solo al momento della notifica dell'operazione economica in questione. Dall'altro, ciò evita che la Commissione abbia l'onere di distinguere sistematicamente, tra le domande ricevute, quelle riferite ad operazioni economiche costituenti solamente ipotesi astratte, o persino semplici voci, da quelle relative ad operazioni che conducono ad una notifica.

56. Lo scenario inverso determinerebbe un aggravamento non indispensabile dei compiti affidati alla Commissione dalla normativa dell'Unione in materia di controllo delle concentrazioni. In effetti, la necessità che i terzi che desiderano essere sentiti presentino le proprie domande a tal fine dopo la notifica della concentrazione di cui trattasi è conforme al dovere di celerità che, secondo la giurisprudenza, contraddistingue l'economia generale della normativa dell'Unione sul controllo delle concentrazioni e che impone alla Commissione di rispettare termini rigorosi per l'adozione della decisione definitiva (sentenze della Corte 18 dicembre 2007, causa C-202/06 P, *Cementbouw Handel & Industrie/Commissione*, Racc. pag. I-12129, punto 39, e 10 luglio 2008, causa C-413/06 P, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*, Racc. pag. I-4951, punto 49). Di conseguenza, alla luce di tali termini rigorosi, la Commissione non può essere tenuta a verificare, per ogni concentrazione notificata, se, prima della notifica, soggetti terzi avessero già manifestato un interesse.

57. I terzi non possono sostenere di ignorare l'esistenza di una notifica. Al contrario, essi ne sono espressamente informati dalla Commissione stessa, poiché, ai sensi dell'art. 4, n. 3, del regolamento n. 139/2004, detta istituzione, quando constata che una concentrazione notificata rientra nel campo di applicazione di tale regolamento, deve pubblicare un avviso nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, precisando i nomi delle imprese interessate, il loro paese d'origine, il tipo di concentrazione, nonché i settori economici interessati. Tale pubblicazione garantisce che l'informazione dell'avvenuta notifica di una concentrazione sia resa disponibile erga omnes.

58. Tuttavia, poiché solo la data di notifica è rilevante per attivare il procedimento di esame della Commissione, quest'ultima non può ignorare le domande di audizione pervenutele dopo la notifica, ma prima della pubblicazione prevista dalla summenzionata disposizione [...] ».

« [...] 62. Nel caso di specie, al più tardi al momento della pubblicazione dell'avviso di notifica, la

ricorrente disponeva della conferma del fatto che la concentrazione controversa era stata infine notificata alla Commissione. Essa aveva inoltre accesso alle informazioni secondo cui la Commissione, da un lato, dopo un esame preliminare e fatta salva la sua decisione definitiva sul punto, riteneva che la concentrazione controversa potesse rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento n. 139/2004 (punto 3 dell'avviso di notifica) e, dall'altro, invitava i terzi interessati a presentarle le loro eventuali osservazioni sulla concentrazione controversa, entro il termine di dieci giorni dalla pubblicazione di detto avviso (punto 4 dell'avviso di notifica).

63. In tali circostanze, la ricorrente avrebbe potuto, ed avrebbe dunque dovuto, prendere l'iniziativa di presentare osservazioni alla Commissione o, quanto meno, confermare la propria domanda di essere sentita nel corso del procedimento. Peraltro, tenuto conto delle scadenze imposte alla Commissione dal regolamento n. 139/2004, la ricorrente non poteva ignorare che una decisione sulla concentrazione controversa poteva intervenire in tempi assai brevi e che tale decisione sarebbe potuta consistere in una dichiarazione di compatibilità della concentrazione controversa con il mercato interno sin dalla fase I.

64. Ne consegue che la ricorrente non soddisfa la seconda delle condizioni richieste per essere legittimata a contestare la decisione impugnata per l'asserita violazione dei suoi diritti procedurali.

65. Dal momento che la ricorrente non soddisfa né le condizioni di ricevibilità derivanti dalla sentenza Plaumann/Commissione, cit., né quelle che si applicano ai ricorsi diretti a far tutelare diritti procedurali, si deve concludere che essa non è legittimata ad agire contro la decisione di autorizzazione.

66. Tale conclusione non può essere rimessa in discussione dagli argomenti della ricorrente attinenti al suo diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, la cui importanza sarebbe sottolineata dal Trattato di Lisbona, in particolare dal valore cogente acquisito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché da talune evoluzioni negli ordinamenti giuridici di vari Stati membri.

67. Infatti, è sufficiente ricordare che, secondo costante giurisprudenza, le condizioni di ricevibilità di un ricorso di annullamento non possono essere escluse a causa dell'interpretazione data dal ricorrente al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (sentenza della Corte 22 novembre 2007, causa C-260/05 P, Sniace/Commissione, Racc. pag. I-10005, punto 64, e ordinanza della Corte 26 novembre 2009, causa C-444/08 P, Região autónoma dos Açores/Consiglio, non pubblicata nella Raccolta, punto 70). Pertanto, un privato che non sia direttamente e individualmente interessato da una decisione della Commissione e che, di conseguenza, non sia leso nei suoi interessi dal provvedimento in parola non può avvalersi del diritto ad una tutela giurisdizionale rispetto a tale decisione (v. ordinanza della Corte 17 febbraio 2009, causa C-483/07 P, Galileo Lebensmittel/Commissione, Racc. pag. I-959, punto 60 e la giurisprudenza ivi citata).

68. Orbene, dagli elementi illustrati in precedenza emerge che tali condizioni non sussistono nel caso di specie e che, per quanto riguarda l'irricevibilità del ricorso nella parte relativa alla tutela dei diritti procedurali della ricorrente, tale risultato deriva dalla sua inerzia dopo la notifica della concentrazione controversa alla Commissione. Ne consegue che la ricorrente non può fondatamente sostenere che il fatto di dichiarare irricevibile il presente ricorso lederebbe il suo diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva [...] ».

11 dicembre 2013, *Cisco Systems Inc. e Messagenet SpA*, causa T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635

La Cisco Systems Inc. (in prosieguo: la «Cisco») e la Messagenet SpA, ricorrenti, sono imprese che forniscono, in particolare, servizi e software di comunicazione via Internet per, rispettivamente, le imprese e il pubblico generico. Microsoft Corp., interveniente, concepisce, sviluppa e commercializza una vasta gamma di prodotti di software destinati a differenti tipologie di attrezzature informatiche. Tali prodotti includono servizi e software di comunicazione via Internet. Skype Global Sàrl (in prosieguo: «Skype») fornisce servizi e software di comunicazione via Internet. I suoi prodotti consentono di inviare messaggi istantanei, le chiamate audio e le videochiamate via Internet. Il 2

settembre 2011, Microsoft ha notificato, in conformità dell'articolo 4 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24, pag. 1), una concentrazione mediante la quale essa intendeva acquisire il controllo di Skype. Le ricorrenti hanno partecipato all'indagine della Commissione. A tale titolo, la Cisco, prima ancora della notifica formale dell'operazione di concentrazione da parte di Microsoft, ha partecipato a una riunione con la Commissione il 1 agosto 2011 e ha risposto ai suoi quesiti il 12 e il 18 agosto 2011; successivamente ha fornito risposte aggiuntive il 9 settembre 2011. La Cisco ha anche risposto a ulteriori quesiti posti dalla Commissione il 13 settembre 2011, fornendo informazioni aggiuntive in occasione di una videoconferenza il 14 settembre 2011 e osservazioni scritte il 19 e il 26 settembre 2011. Quanto alla Messagenet, essa ha inviato osservazioni scritte alla Commissione il 20 settembre 2011, partecipato ad una conferenza telefonica il 4 ottobre 2011 e fornito informazioni supplementari il medesimo giorno. Il 7 ottobre 2011, in applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 139/2004, la Commissione ha emesso la decisione C(2011) 7279 che dichiara compatibile con il mercato interno e con l'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) l'operazione di concentrazione tra imprese diretta all'acquisizione di Skype da parte di Microsoft (caso COMP/M.6281 - Microsoft/Skype) (in prosieguo: la «decisione impugnata»). Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 15 febbraio 2012, le ricorrenti hanno proposto ricorso. In via preliminare, sui requisiti di prova della Commissione e l'intensità del controllo giurisdizionale, il Tribunale ha osservato:

« [...] 46. [...] contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, i requisiti di prova non sono più elevati per le decisioni prese a titolo dell'articolo 6 del regolamento n. 139/2004 che per quelle prese ai sensi dell'articolo 8 del medesimo regolamento. Infatti, che la Commissione autorizzi, come nel caso di specie, una concentrazione all'esito della prima fase o in seguito ad una seconda fase d'esame, i requisiti di prova richiesti sono identici. La risposta alla questione se la Commissione possa pronunciarsi sulla base dell'articolo 6 o a titolo dell'articolo 8 del regolamento n. 139/2004 dipende, quindi, dalla disponibilità delle prove nel tempo, ma non dal loro livello, come emerge, peraltro, dal punto 35 del regolamento n. 139/2004.

47. Per quanto concerne i requisiti di prova, si evince dalla sentenza della Corte del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Racc. pag. I-4951, punti da 50 a 53), che la Commissione è obbligata, in linea di principio, a esprimersi nel senso di autorizzare l'operazione di concentrazione sulla quale è chiamata a pronunciarsi o di vietarla, in base alla sua valutazione delle conseguenze economiche attribuibili all'operazione di cui trattasi che appaiano maggiormente probabili. Si tratta, quindi, di una valutazione di probabilità, come fatto valere dalla Commissione, e non, come sostengono le ricorrenti, di un obbligo che grava sulla Commissione di dimostrare senza ragionevoli dubbi che una concentrazione non solleva problemi di concorrenza.

48. In proposito, la Commissione ricorda giustamente che il regolamento n. 139/2004 non si fonda su una presunzione di incompatibilità delle concentrazioni con il mercato interno. Il regime di controllo di concentrazioni non può, dunque, essere comparato al regime di controllo istituito dagli articoli 107 TFUE e 108 TFUE, che si basa su un sistema di divieto e di deroghe [...] ».

« [...] 50. [...] la giurisprudenza prevede un livello di controllo giurisdizionale identico per le decisioni prese a titolo dell'articolo 6 o quelle adottate sulla base dell'articolo 8 del regolamento n. 139/2004. In entrambi i casi, come sostiene la Commissione, il controllo del giudice dell'Unione sulle valutazioni economiche complesse della Commissione deve limitarsi a verificare il rispetto delle regole di procedura e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti nonché l'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere. Al riguardo, occorre rammentare che il giudice dell'Unione deve verificare non soltanto l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro concorrenza, ma altresì accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono (v., per le decisioni prese a titolo

dell'articolo 8 del regolamento n. 139/2004, sentenza della Corte del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, Racc. pag. I-987, punto 39, e per le decisioni prese a titolo dell'articolo 6 del medesimo regolamento, citata sentenza Sun Chemical Group e a./Commissione, punto 60) ».

Sul primo motivo, vertente sugli effetti orizzontali dell'operazione di concentrazione nel mercato delle comunicazioni per privati, il Tribunale ha, invece, affermato:

« 51. Secondo la decisione impugnata, le attività di Skype nel settore delle comunicazioni per privati e le attività esercitate da Microsoft con WLM si sovrappongono. Tale sovrapposizione concerne in particolare le videochiamate fatte a partire da PC basati su Windows, il che costituisce il mercato ristretto. In tale mercato ristretto, WLM sarebbe detentore di una quota di mercato dal 30 al 40% e Skype dal 40 al 50%, per cui la concentrazione darebbe luogo a una quota di mercato cumulativa compresa tra l'80 e il 90% (punti da 97 a 102 e 109 della decisione impugnata) [...] ».

« [...] 59. Emerge dall'articolo 2 del regolamento n. 139/2004 che solo le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato interno.

60. Per quanto concerne le concentrazioni orizzontali, gli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali descrivono i criteri che la Commissione intende applicare per determinare se una concentrazione soddisfi i requisiti del divieto previsto all'articolo 2 del regolamento n. 139/2004. Dal paragrafo 22 di tali orientamenti si evince che detti requisiti possono essere soddisfatti in particolare quando una concentrazione giunga ad eliminare importanti vincoli concorrenziali gravanti sulle parti della concentrazione, le quali avrebbero, così, un maggiore potere di mercato, senza mettere in atto un comportamento coordinato.

61. Ai sensi del paragrafo 8 degli orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, il fatto che una o più imprese dispongano di un maggiore potere di mercato può pregiudicare la concorrenza, se tale potere consente all'entità risultante dalla concentrazione di aumentare i prezzi, ridurre la produzione, limitare la scelta o ridurre la qualità dei beni e dei servizi offerti nonché di diminuire l'innovazione o, ancora, influenzare altri parametri di concorrenza, per ricavarne un vantaggio.

62. Secondo la giurisprudenza, incombe alla Commissione l'onere di dimostrare che una concentrazione arreca siffatti pregiudizi alla concorrenza (v., in tal senso, sentenza del Tribunale del 21 settembre 2005, EDP/Commissione, T-87/05, Racc. pag. II-3745, punto 61). Occorre ricordare del pari che, quando la Commissione si basa su un comportamento futuro, che a suo avviso verrà adottato da un'entità creata a seguito di un'operazione di concentrazione, essa è tenuta a dimostrare, sulla base di prove solide e con un sufficiente grado di probabilità, che tale comportamento verrà effettivamente attuato (sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2005, General Electric/Commissione, T-210/01, Racc. pag. II-5575, punto 464) [...] ».

Sugli effetti di rete che conseguirebbero alla concentrazione, il Tribunale ha affermato:

« [...] 75. Per quanto riguarda gli effetti di rete che conseguirebbero dalla concentrazione in esame e che impedirebbero l'accesso al mercato, le ricorrenti sostengono che degli effetti di rete si producono in tutti i mercati di comunicazioni per privati. Esse hanno tuttavia precisato in udienza che tali effetti di rete rafforzerebbero maggiormente la posizione dominante della nuova entità nel mercato ristretto.

76. Occorre affermare anzitutto che l'esistenza di effetti di rete non attribuisce necessariamente un vantaggio concorrenziale alla nuova entità. Infatti, sui segmenti del mercato delle comunicazioni per privati diversi da quello delle videochiamate a partire da PC basati su Windows, gli operatori concorrenti hanno quote di mercato sufficientemente importanti per costituire altre reti. Si evince,

dunque, dai punti da 103 a 105 della decisione impugnata, dei quali le ricorrenti non contestano il tenore, che la rete di utenti di messaggi istantanei di Facebook è più importante di quella dell'entità risultante dalla concentrazione. Del pari, risulta dai punti da 106 a 108 della decisione impugnata, dei quali nuovamente le ricorrenti non contestano il tenore, che sul segmento della telefonia vocale la concentrazione non dovrebbe modificare la situazione esistente, dato che la quota di mercato di WLM è molto limitata [...]».

Sul concetto di danno significativo alla concorrenza, il Tribunale ha osservato:

« [...] 86. In primo luogo, per quanto concerne i prezzi, le ricorrenti non contestano che i servizi di videochiamate sono offerti gratuitamente agli utenti, bensì affermano che aumenti di prezzo potrebbero riguardare i servizi di Skype verso altre reti, i guadagni ricavati dalla pubblicità nonché i guadagni provenienti da mercati collegati. Le ricorrenti hanno anche sostenuto in udienza che Skype potrebbe cercare di monetizzare determinati servizi che sono attualmente offerti gratuitamente.

87. Tali argomenti non possono essere accolti.

88. Anzitutto, i servizi a pagamento di Skype, segnatamente i suoi servizi SkypeOut, concernono le videochiamate solo in minima parte. Infatti, una percentuale limitata dei guadagni di SkypeOut proviene dalle videochiamate in gruppo, tra più di due persone alla volta. Inoltre, come sottolineato dalla Commissione, nessun operatore ad oggi è riuscito a monetizzare i suoi servizi per videochiamate tra due partecipanti. I consumatori si aspettano che tali servizi siano loro offerti gratuitamente. Orbene, le ricorrenti non hanno dimostrato in quale modo la concentrazione potrebbe consentire a Skype di modificare tali condizioni di mercato senza che i consumatori cambino operatore.

89. Le ricorrenti non hanno del pari chiarito in quale modo un eventuale potere di mercato nel mercato ristretto delle videochiamate su PC basati su Windows consentirebbe di imporre un aumento di prezzo per servizi di comunicazioni differenti. Le ricorrenti omettono inoltre di prendere in considerazione i vincoli concorrenziali posti dagli operatori di telefonia tradizionale e dai fornitori di telefonia vocale in linea diversi da Skype, qualora la nuova entità tentasse di aumentare i prezzi delle chiamate vocali di SkypeOut.

90. Le ricorrenti, poi, non spiegano neppure in quale modo la nuova entità sarebbe in grado di imporre un aumento dei prezzi agli inserzionisti. Esse non hanno sostenuto né dimostrato che esistesse un mercato della pubblicità riguardante nello specifico i servizi di videochiamate per consumatori a partire da PC basati su Windows. Orbene, in mancanza di siffatto mercato, gli inserzionisti possono facilmente sottrarsi a qualsiasi tentativo di aumento, riorientando la loro spesa per pubblicità verso altri mezzi di comunicazione, su Internet o altrove.

91. Infine, le ricorrenti non forniscono neppure informazioni relative alla possibilità per la nuova entità di imporre un aumento dei prezzi sui mercati collegati, quali i servizi di comunicazioni per imprese. Esse si limitano a rinviare al loro secondo motivo, che sarà esaminato in seguito.

92. In secondo luogo, le affermazioni delle ricorrenti in merito all'incidenza della concentrazione sulla qualità e sull'innovazione dei servizi di videochiamate sono ancora più astratte, a maggior ragione perché non rimettono in discussione le affermazioni fatte dalla Commissione ai punti da 81 a 84 della decisione impugnata, secondo cui i servizi di comunicazioni per il pubblico generico dipendono dall'innovazione. Qualsiasi tentativo della nuova entità di abbassare la qualità dei suoi servizi nel mercato ristretto non farà che accelerare la perdita di importanza relativa della quale soffrono i servizi di videochiamate a partire da PC basati su Windows (v. precedente punto 70).

93. In terzo luogo, le ricorrenti non possono colmare le lacune delle loro tesi relative al danno alla concorrenza cagionato dalla concentrazione contestata richiamando il prezzo di acquisizione pari a 8,5 miliardi di dollari statunitensi (USD). Al riguardo, la Commissione fa giustamente valere che, dato il numero elevato di modelli commerciali possibili e data la mancanza di dati di mercato affidabili relativi alla loro applicazione nei mercati emergenti, la valutazione di una concentrazione

non può avere la funzione di predire il modello che renderà redditizia la videofonia nella prassi e che dunque sopravviverà in futuro. Infatti, i poteri che il regolamento n. 139/2004 attribuisce alla Commissione si limitano all'esame dei significativi ostacoli alla concorrenza che possono risultare da una concentrazione. Tali poteri non le consentono, tuttavia, di speculare sul livello del prezzo di un'acquisizione o di sostituire il suo punto di vista sul valore di un'operazione a quello delle parti interessate, tanto più che i motivi sottesi ad essa non derivano sempre da una razionalità puramente economica.

94. Ne consegue che le ricorrenti non hanno dimostrato in quale modo la concentrazione potesse pregiudicare la concorrenza nel mercato delle comunicazioni per privati [...] ».

Sugli effetti di conglomerato dell'operazione di concentrazione nel mercato delle comunicazioni per imprese, il Tribunale ha, invece, affermato:

« [...] 115. Al fine di precisare i suoi criteri di valutazione, come richiesti dall'articolo 2 del regolamento n. 139/2004 nel settore delle concentrazioni che danno luogo a effetti di conglomerato, la Commissione ha pubblicato orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2008, C 265, pag. 6). Dai paragrafi 11 e 92 di tali orientamenti si evince che tale tipo di concentrazione non implica imprese concorrenti, per cui esse sono meno suscettibili di causare problemi di concorrenza rispetto alle concentrazioni orizzontali. Inoltre, esse possono consentire alle parti interessate di realizzare miglioramenti di efficacia.

116. Tuttavia, le concentrazioni che danno luogo a effetti di conglomerato possono sollevare problemi di concorrenza in determinate circostanze. Ciò può accadere in particolare quando la concentrazione consente alla nuova entità di perseguire una strategia di chiusura del mercato. Infatti, ai sensi del paragrafo 93 degli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, una preclusione del mercato può prodursi se la combinazione di prodotti su mercati collegati può dare all'impresa risultante dalla fusione la capacità e l'incentivo di sfruttare, con un effetto leva, la forte posizione che essa occupa in un mercato per chiudere la concorrenza in un altro mercato. Secondo la giurisprudenza, affinché la concentrazione sollevi problemi di concorrenza a titolo del regolamento n. 139/2004 tale effetto sull'altro mercato dev'essere prevedibile in un futuro relativamente vicino (v., in tal senso, sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2002, Tetra Laval/Commissione, T-5/02, Racc. pag. II-4381, punti da 148 a 153).

117. Per quanto riguarda la prova di siffatti effetti di conglomerato, la giurisprudenza ha affermato che la qualità degli elementi di prova presentati dalla Commissione al fine di dimostrare la necessità di una decisione che dichiari un'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato interno era particolarmente rilevante. Infatti, la valutazione di una concentrazione del tipo conglomerato si basa su un'analisi prospettica in cui la considerazione di un lungo lasso di tempo nel futuro, da un lato, e l'effetto leva necessario perché si possa ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva, dall'altro, implicano che le concatenazioni causa-effetto siano a malapena distinguibili, incerte e di difficile prova (sentenza Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, cit., punto 50; v., in tal senso, sentenza Commissione/Tetra Laval, cit., punto 44).

118 Occorre del pari rammentare che la Commissione può dichiarare una concentrazione incompatibile con il mercato interno solo se l'ostacolo significativo alla concorrenza è la conseguenza diretta e immediata della concentrazione. Siffatto ostacolo che deriverebbe dalle decisioni future dell'entità risultante dalla fusione può essere considerato come una conseguenza diretta e immediata della concentrazione se tale comportamento futuro è reso possibile e economicamente razionale dalla modifica delle caratteristiche e della struttura del mercato causata dalla concentrazione (sentenza del Tribunale del 6 giugno 2002, Airtours/Commissione, T-342/99, Racc. pag. II-2585, punto 58; v., in tal senso, sentenza Gencor/Commissione, cit., punto 94).

119. Nel caso di specie, le ricorrenti lamentano in particolare la possibilità che avrebbe la nuova entità di falsare le condizioni di concorrenza nel mercato delle comunicazioni per imprese a favore di Lync assicurando l'interoperabilità preferenziale di tale prodotto con Skype e, così, con la grande base di utenti di tale software di comunicazione [...] ».

« [...] 121. L'effetto di preclusione temuto dalle ricorrenti dipende, dunque, da una serie di fattori che non è certo possano tutti prodursi in un futuro sufficientemente vicino da evitare che l'analisi prospettiva degli effetti della concentrazione diventi puramente speculativa (v. precedente punto 116). Al riguardo, come menzionato al precedente punto, la Commissione si è riferita ad un periodo di tre anni successivo alla data di adozione della decisione. Tale periodo, che le ricorrenti non hanno peraltro contestato, è relativamente lungo quando si tratta, come nel caso di specie, di un settore di nuove tecnologie caratterizzato da cicli di innovazione relativamente brevi. Infine, l'iter logico delle ricorrenti non solo si basa su eventi futuri e incerti, ma tralascia altresì la possibilità che le concorrenti della nuova entità adattino le loro politiche commerciali e tecnologiche per anticipare e rispondere ad una eventuale strategia di preclusione.

122. Occorre, pertanto, dichiarare che gli effetti di preclusione del mercato lamentati dalle ricorrenti sono troppo incerti per essere considerati come una conseguenza diretta e immediata della concentrazione.

123. Inoltre, quand'anche gli effetti negativi temuti dalle ricorrenti potessero essere considerati come una conseguenza della concentrazione, non se ne potrebbe concludere, per le ragioni di seguito esposte, che la Commissione abbia commesso un errore manifesto di valutazione non ritenendo sussistenti seri dubbi in merito alla compatibilità della concentrazione con il mercato interno.

124 Per quanto riguarda, anzitutto, la capacità della nuova entità di chiudere il mercato, occorre affermare, in primo luogo, che le spiegazioni fornite dalle ricorrenti in merito al vantaggio concorrenziale di cui beneficerebbe la nuova entità restano vaghe. Sembrerebbe che, mediante l'integrazione di Lync e la base di utenti di Skype, la nuova entità sia ritenuta beneficiare di un vantaggio commerciale importante nel mercato delle comunicazioni per imprese. Infatti, tale integrazione consentirebbe agli utenti aziendali di comunicare, segnatamente in modo visivo, con i loro clienti e altri contatti professionali, quali i fornitori e i distributori, utilizzando lo stesso software utilizzato per le comunicazioni all'interno dell'impresa.

125. Le ricorrenti non forniscono, tuttavia, alcuna prova tangibile dell'esistenza, dell'ampiezza o dell'evoluzione della domanda di un prodotto del genere. Esse rinviano alle informazioni che la Cisco ha fornito alla Commissione durante il procedimento amministrativo, che si limitano a indicare il nome di qualche grande impresa o settore che desidererebbe comunicare con gli utenti di Skype, senza precisare, però, se tali desideri riguardino il prodotto futuro che integra Lync e Skype. L'interveniente ha, per contro, fornito indicazioni concrete in merito all'insussistenza di interesse da parte dei clienti di Lync ad uno strumento di comunicazione per messaggi istantanei.

126. In secondo luogo, quand'anche esistesse una domanda effettiva e significativa di uno strumento di comunicazione come quello derivante da un'integrazione di Lync e di Skype, le ricorrenti hanno omesso di spiegare i motivi per i quali gli utenti aziendali desidererebbero comunicare proprio con gli utenti di Skype. Esse si limitano a invocare l'ampia base di utenti di Skype e una posizione dominante della nuova entità nel mercato delle comunicazioni per privati, in particolare per le videochiamate su PC basati su Windows. Come giustamente osserva la Commissione, le imprese eventualmente interessate ad uno strumento di comunicazione integrato desiderano in primis comunicare con i consumatori dei loro prodotti e dei loro servizi e non con gli utenti di Skype. Orbene, non risulterebbe chiaro se tali utenti siano anche clienti effettivi o potenziali delle imprese che potrebbero acquistare il prodotto risultante dell'integrazione di Lync e di Skype e ancor meno che detti utenti desiderino comunicare in modo visivo con tali medesime imprese.

127. Peraltro, supponendo che gli utenti di Skype costituiscano un gruppo di consumatori interessante dal punto di vista commerciale, Skype non consente alle imprese di proporre loro attivamente offerte commerciali. Infatti, come affermato dalla Commissione e dall'interveniente, non

è possibile contattare gli utenti di Skype, che si servono di norma di uno pseudonimo, senza la loro autorizzazione preliminare. Per converso, nell'ipotesi in cui l'interesse commerciale del prodotto risultante dall'integrazione di Lync e Skype riguardasse la possibilità per gli utenti di Skype di contattare le imprese che vendono loro prodotti e servizi, le ricorrenti non forniscono, tuttavia, alcuna precisazione in merito al vantaggio commerciale di tale prodotto integrato rispetto ad altre modalità di comunicazioni tra le imprese e i consumatori, quali la telefonia tradizionale. Infatti, la Commissione e l'interveniente osservano giustamente che non è plausibile, a motivo della presenza di tali altre modalità di comunicazione, che il prodotto risultante dall'integrazione di Lync e Skype diventi indispensabile per le imprese che desiderino comunicare con i loro clienti. Occorre del pari affermare che l'applicazione Skype rimane disponibile e scaricabile successivamente all'operazione di concentrazione e che, dunque, qualsiasi impresa potrà in effetti consentire ai suoi clienti di contattarla via Skype indicando il suo nome utente Skype sui suoi prodotti, nella sua pubblicità o nel suo sito Internet. Per comunicare con gli utenti di Skype, un'impresa non dovrà necessariamente disporre del prodotto risultante dall'integrazione di Lync e Skype.

128. In terzo luogo, qualora il prodotto risultante dall'integrazione di Lync e Skype procurasse alla nuova entità un effettivo vantaggio commerciale, tale entità non avrebbe comunque la capacità di perseguire una strategia di chiusura del mercato. Da un lato, si evince dall'analisi del primo motivo che la concentrazione non solleva seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato interno per quanto concerne i servizi di comunicazioni per privati. Dall'altro, come affermato al precedente punto 121, i concorrenti di Lync, tra cui la Cisco, continuano a disporre di tempo sufficiente per sviluppare politiche commerciali dirette a rispondere alla strategia di chiusura del mercato che la nuova entità potrebbe eventualmente decidere di seguire. Infatti, tali concorrenti potrebbero adattare i loro prezzi, la qualità o le funzionalità dei loro prodotti o, ancora, ricorrere ai servizi di altri grandi fornitori di servizi di comunicazioni per privati, quali Facebook, Twitter e Google. Occorre rilevare, in proposito, che numerose imprese si sono già collegate a tale tipo di reti, come affermato dall'interveniente [...] ».

4 settembre 2014, API, cause riunite da C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147

In mancanza di accordi volontari di cui all'articolo 83 bis, commi 4 e 4 bis, del decreto legge n. 112/2008, rubricato «Tutela della sicurezza stradale e della regolarità del mercato dell'autotrasporto di cose per conto di terzi», modificato, il 21 novembre 2011, l'Osservatorio ha adottato una serie di tabelle che stabiliscono i costi minimi d'esercizio delle imprese di autotrasporto per conto di terzi. Tali tabelle sono state riprese nel decreto dirigenziale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 22 novembre 2011. Le voci di costo nelle suddette tabelle sono calcolate per cinque classi di veicoli a seconda della massa massima a pieno carico, individuando una percorrenza annua media ed un consumo medio di gasolio a chilometro. I costi includono quelli per i trattori stradali, per i semirimorchi, per la manutenzione, per il lavoro degli autisti dipendenti sulla base del contratto collettivo nazionale in vigore, per le assicurazioni, revisioni e bolli, per gli pneumatici, per il carburante, per i pedaggi autostradali e per l'organizzazione. L'Osservatorio ha stabilito anche la formula per l'adeguamento periodico dei costi d'esercizio e, conseguentemente, delle tariffe di autotrasporto. Il 14 e 21 dicembre 2011 tale organismo ha adeguato i valori stabiliti con la prima determinazione adottando gli atti intitolati «Pubblicazione periodica dei costi d'esercizio dell'impresa di autotrasporto per conto di terzi e dei costi minimi d'esercizio che garantiscano il rispetto dei parametri di sicurezza». I procedimenti a quibus traggono origine da una serie di ricorsi di annullamento - gravame principale e motivi aggiunti - dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, contro gli atti mediante i quali l'Osservatorio ha determinato i costi minimi ai sensi dell'articolo 83 bis del decreto legge n. 112/2008 modificato. Secondo il giudice del rinvio, la normativa italiana introduce un sistema regolato di determinazione dei costi minimi di esercizio che

vincola la libera contrattazione e la libertà di enucleazione di uno degli elementi essenziali del contratto, sia pure nella logica della salvaguardia degli standard di sicurezza. La necessità di tutelare la sicurezza stradale sarebbe presente nel diritto dell'Unione, ma il giudice del rinvio dubita che il punto di bilanciamento tra gli interessi confliggenti raggiunto dall'articolo 83 bis del decreto legge n. 112/2008 modificato sia rispettoso del diritto dell'Unione. Ciò considerato, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali, comuni a quelle di cui alle cause da C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13. In particolare sulla questione con cui il giudice del rinvio ha chiesto se l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, nonché gli articoli 49 TFUE, 56 TFUE e 96 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale in forza della quale il prezzo dei servizi di autotrasporto delle merci per conto di terzi non può essere inferiore a costi minimi d'esercizio determinati da un organismo composto principalmente da rappresentanti degli operatori economici interessati, la Corte ha osservato:

« [...] 29. Si ha violazione dell'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, qualora uno Stato membro vuoi imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'articolo 101 TFUE o rafforzi gli effetti di tali accordi, vuoi revochi alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica (v. sentenze Centro Servizi Spediporto, C-96/94, EU:C:1995:308, punto 21; Arduino, C-35/99, EU:C:2002:97, punto 35, nonché Cipolla e a., EU:C:2006:758, punto 47).

30. In particolare, nella sentenza Centro Servizi Spediporto (EU:C:1995:308), la Corte, investita di una questione simile in relazione alla normativa italiana all'epoca vigente che istituiva un sistema di tariffe obbligatorie a forcilla comprese tra un minimo e un massimo, ha dichiarato, da un lato, che, qualora la normativa di uno Stato membro preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive dalla pubblica autorità, sulla base di proposte di un comitato, se quest'ultimo è composto da una maggioranza di rappresentanti dei pubblici poteri, a fianco di una minoranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e deve rispettare nelle sue proposte determinati criteri di interesse pubblico, la fissazione di tali tariffe non può essere considerata un'intesa tra operatori economici privati che i pubblici poteri hanno imposto o agevolato o i cui effetti siano stati rafforzati da questi ultimi e, dall'altro, che i pubblici poteri non hanno delegato le proprie competenze ad operatori economici privati tenendo conto, prima dell'approvazione delle proposte, dei rilievi di altri enti pubblici e privati, o addirittura fissando le tariffe d'ufficio.

31. Nella sentenza Librandi (C-38/97, EU:C:1998:454), la Corte ha precisato che quanto sopra constatato non viene rimesso in questione dalla circostanza che i rappresentanti degli operatori economici non siano più in minoranza in seno a detto comitato, a condizione che le tariffe siano determinate nel rispetto dei criteri di interesse pubblico definiti dalla legge e che i pubblici poteri non deleghino le proprie prerogative a favore di operatori economici privati tenendo conto, prima dell'approvazione delle proposte, delle osservazioni di altri organismi pubblici e privati, o addirittura fissando le tariffe d'ufficio.

32. In primo luogo, per accertare se la normativa controversa nei procedimenti principali consenta di desumere l'esistenza di un'intesa tra operatori economici privati, occorre rilevare che il comitato che ha determinato nei procedimenti principali i costi minimi d'esercizio, ossia l'Osservatorio, è composto principalmente da rappresentanti di associazioni di categoria di vettori e di committenti. Infatti, alla data dei fatti dei procedimenti principali, dei dieci membri dell'Osservatorio scelti dal presidente della Consulta, otto sono espressione delle associazioni di vettori e di committenti, e il decreto di nomina specifica che sono nominati «in rappresentanza» dell'associazione o impresa di appartenenza.

33. Inoltre, le decisioni dell'Osservatorio sono approvate a maggioranza dei membri, e nessun rappresentante statale ha un diritto di veto o di voto preponderante che possa riequilibrare le relazioni di forza tra l'amministrazione e il settore privato, diversamente dalla situazione di cui alle

sentenze Reiff (C-185/91, EU:C:1993:886, punto 22), Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, EU:C:1994:240, punto 21), Centro Servizi Spediporto (EU:C:1995:308, punto 27) e Librandi (EU:C:1998:454, punto 35).

34. La tariffa determinata da una simile organizzazione di categoria può comunque rivestire natura statale, in particolare, quando i membri dell'organizzazione di categoria siano esperti indipendenti dagli operatori economici interessati e siano tenuti dalla legge a fissare le tariffe prendendo in considerazione non soltanto gli interessi delle imprese o delle associazioni di imprese del settore che li ha designati, ma anche l'interesse generale e gli interessi delle imprese degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze Reiff, EU:C:1993:886, punti da 17 a 19 e 24; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, EU:C:1994:240, punti da 16 a 18 e 23; DIP e a., da C-140/94 a C-142/94, EU:C:1995:330, punti 18 e 19; Commissione/Italia, C-35/96, EU:C:1998:303, punto 44, nonché Arduino, EU:C:2002:97, punto 37).

35. Orbene, in base a quanto indicato nelle ordinanze di rinvio, la normativa nazionale che istituisce la Consulta e l'Osservatorio non precisa i principi direttivi cui tali organi devono attenersi e non contiene nessuna norma atta a impedire ai rappresentanti delle organizzazioni di categoria di agire nell'esclusivo interesse della categoria.

36. Inoltre, per quanto concerne le disposizioni nazionali che istituiscono il sistema dei costi minimi d'esercizio e attribuiscono il potere di fissarli all'Osservatorio, occorre rilevare che, certamente, l'articolo 83 bis, comma 4, del decreto legge n. 112/2008 modificato si riferisce agli obiettivi di tutela della sicurezza stradale e al regolare funzionamento del mercato dell'autotrasporto di merci per conto di terzi, da un lato, e prevede che tali costi minimi d'esercizio debbano comunque garantire il rispetto dei parametri di sicurezza previsti dalla legge, dall'altro.

37. Tuttavia, la normativa de qua si limita a un'enunciazione vaga della tutela della sicurezza stradale e lascia, inoltre, in capo ai membri dell'Osservatorio un amplissimo margine di discrezionalità e di autonomia nella determinazione dei costi minimi d'esercizio nell'interesse delle organizzazioni di categoria che li hanno designati. Infatti, la Commissione osserva a questo proposito che il verbale di una riunione dell'Osservatorio attesta che, quando i membri dell'Osservatorio non si sono trovati in accordo sull'ambito di applicazione dei costi minimi d'esercizio, uno dei membri ha espresso la propria contrarietà in ragione degli interessi dell'associazione di categoria che rappresentava e non in ragione di interessi pubblici.

38. Pertanto, la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non contiene né regole procedurali né prescrizioni sostanziali idonee a garantire che l'Osservatorio si comporti, in sede di elaborazione dei costi minimi d'esercizio, come un'articolazione del pubblico potere che agisce per obiettivi d'interesse pubblico.

39. In secondo luogo, quanto alla questione se i pubblici poteri abbiano delegato le loro competenze in materia di fissazione delle tariffe a operatori privati, bisogna rilevare che l'articolo 83 bis, paragrafi 1, 2 e 4 bis, del decreto legge n. 112/2008 modificato si limita a disporre che l'Osservatorio «determina» i vari tipi di costi disciplinati dalla normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali. Si evince dal fascicolo fornito alla Corte che l'autorità pubblica non esercita alcuna forma di controllo sulle valutazioni espresse dall'Osservatorio in merito ai criteri di determinazione dei costi minimi d'esercizio o al valore fissato.

40. Analogamente, non risulta che altri organi o associazioni pubblici siano consultati prima che tali costi siano recepiti con decreto e resi esecutivi.

41. Da quanto precede risulta che, considerate la composizione e la modalità di funzionamento dell'Osservatorio, da un lato, e l'assenza tanto di criteri d'interesse pubblico definiti per legge in modo sufficientemente preciso da garantire che i rappresentanti dei vettori e dei committenti operino effettivamente nel rispetto dell'interesse pubblico generale che la legge mira a conseguire, quanto di un effettivo controllo e di potere decisionale in ultima istanza da parte dello Stato, dall'altro, l'Osservatorio è da considerarsi un'associazione di imprese ai sensi dell'articolo 101 TFUE quando adotta decisioni che determinano i costi minimi d'esercizio per l'autotrasporto quali quelle in parola.

42. Inoltre, perché le regole di concorrenza dell'Unione si applichino alla normativa controversa nei procedimenti principali, che rende obbligatori i costi minimi d'esercizio determinati dall'Osservatorio, è necessario che tale normativa sia idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno.
43. Occorre dichiarare al riguardo che la determinazione di costi minimi d'esercizio, resi obbligatori da una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, impedendo alle imprese di fissare tariffe inferiori a tali costi, equivale alla determinazione orizzontale di tariffe minime imposte.
44. Per quanto attiene al pregiudizio agli scambi intracomunitari, basti ricordare che un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato FUE (v. sentenze Commissione/Italia, EU:C:1998:303, punto 48, nonché Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punto 45).
45. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre dichiarare che la determinazione dei costi minimi d'esercizio per l'autotrasporto, resa obbligatoria da una normativa nazionale quale quella controversa nei procedimenti principali, è idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno.
46. Occorre infine, tuttavia, rilevare che la normativa controversa nei procedimenti principali che rende obbligatoria una decisione di un'associazione d'impresе avente per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza o la libertà d'azione delle parti o di una di esse non ricade necessariamente sotto il divieto sancito dal combinato disposto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE.
47. Infatti, ai fini dell'applicazione di tali disposizioni a un caso di specie, occorre anzitutto tenere in considerazione il contesto globale nel quale la decisione controversa dell'associazione di imprese in questione è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, in particolare, i suoi obiettivi. Occorre poi verificare se gli effetti restrittivi della concorrenza che ne derivano ineriscano al perseguimento di detti obiettivi (v. sentenze Wouters e a., C-309/99, EU:C:2002:98, punto 97, nonché Consiglio nazionale dei geologi e Autorità garante della concorrenza e del mercato, C-136/12, EU:C:2013:489, punto 53).
48. Ciò premesso, si deve verificare se le restrizioni così imposte dalle norme di cui trattasi nei procedimenti principali si limitino a quanto necessario al conseguimento di obiettivi legittimi (v., in tal senso, sentenze Meca-Medina e Majcen/Commissione, C-519/04 P, EU:C:2006:492, punto 47, nonché Consiglio nazionale dei geologi e Autorità garante della concorrenza e del mercato, EU:C:2013:489, punto 54).
49. Tuttavia, senza che occorra valutare se la giurisprudenza citata ai punti 47 e 48 della presente sentenza si applichi a una normativa nazionale che prescrive un accordo orizzontale sui prezzi, è sufficiente dichiarare che la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali non può, comunque, essere giustificata da un obiettivo legittimo.
50. A norma dell'articolo 83 bis, comma 4, del decreto legge n. 112/2008 modificato, la determinazione dei costi minimi d'esercizio mira a tutelare, in particolare, la sicurezza stradale.
51. Anche se non si può negare che la tutela della sicurezza stradale possa costituire un obiettivo legittimo, la determinazione dei costi minimi d'esercizio non risulta tuttavia idonea né direttamente né indirettamente a garantirne il conseguimento.
52. A tale riguardo va rilevato che la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali si limita a prendere in considerazione, in maniera generica, la tutela della sicurezza stradale, senza stabilire alcun nesso tra i costi minimi d'esercizio e il rafforzamento della sicurezza stradale.
53. Inoltre, una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico (v. sentenze Hartlauer, C-169/07, EU:C:2009:141, punto 55, e Attanasio Group, C-384/08, EU:C:2010:133, punto 51).

54. Al riguardo occorre rilevare che, sebbene si reputi che il «costo minimo», ai sensi dell'articolo 83 bis del decreto legge n. 112/2008 modificato, rappresenti l'importo minimo oggettivamente determinato al di sotto del quale non sarebbe possibile adempiere gli obblighi imposti dalla normativa in materia di tutela della sicurezza stradale, la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali prevede tuttavia delle deroghe. Così, in forza dell'articolo 83 bis, comma 4 quater, del decreto legge n. 112/2008 modificato, la determinazione del corrispettivo è rimessa all'autonomia negoziale delle parti ove le prestazioni di servizi di trasporto siano effettuate entro il limite di 100 chilometri giornalieri. Del pari, il comma 16 di detto articolo prevede la possibilità di derogare mediante accordi di settore al costo minimo fissato dall'Osservatorio.

55. Ad ogni buon conto, i provvedimenti in esame vanno al di là del necessario. Da un lato, non permettono al vettore di provare che esso, nonostante offra prezzi inferiori alle tariffe minime stabilite, si conformi pienamente alle disposizioni vigenti in materia di sicurezza (v., in tal senso, sentenze del 2 aprile 1998, *Outokumpu*, C-213/96, EU:C:1998:155, punto 39, nonché del 13 dicembre 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, punti da 54 a 56).

56. Dall'altro, esistono moltissime norme, comprese quelle del diritto dell'Unione, menzionate al punto 7 della presente sentenza, riguardanti specificamente la sicurezza stradale, che costituiscono misure più efficaci e meno restrittive, come le norme dell'Unione in materia di durata massima settimanale del lavoro, pause, riposi, lavoro notturno e controllo tecnico degli autoveicoli. La stretta osservanza di tali norme può garantire effettivamente il livello di sicurezza stradale adeguato.

57. Ne consegue che la determinazione dei costi minimi d'esercizio non può essere giustificata da un obiettivo legittimo ».

9. Questioni procedurali e diritti di difesa

18 dicembre 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commissione europea*, causa C-386/10 P, *Raccolta*, non ancora pubblicata

La Chalkor è una società di diritto greco, quotata alla Borsa di Atene. Insieme ad altre imprese produttrici di semilavorati in rame e leghe di rame, ha partecipato ad un'intesa volta a fissare i prezzi, a ripartirsi i mercati e a scambiarsi informazioni riservate sul mercato dei tubi idrotermosanitari in rame. In seguito ad accertamenti e indagini, il 3 settembre 2004 la Commissione ha adottato la decisione con la quale ha rilevato che l'infrazione di cui trattasi si era manifestata in tre forme distinte, ma connesse. Con tale decisione la Commissione ha inflitto una serie di ammende, ai sensi dell'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 nonché ai sensi dell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17. Ai fini della fissazione del loro importo, la Commissione ha applicato la metodologia definita negli orientamenti. Avverso tale decisione la Chalkor ha presentato ricorso al Tribunale deducendo sei motivi, attinenti, rispettivamente, alla mancata considerazione del carattere forzato della sua partecipazione al cartello, a un'erronea fissazione dell'importo di partenza dell'ammenda, a un aumento erroneo dell'importo di partenza dell'ammenda in ragione della durata dell'infrazione, all'omessa considerazione delle circostanze attenuanti, a un'applicazione erronea della comunicazione sulla cooperazione e all'importo sproporzionato dell'ammenda. Tali motivi sono stati tutti respinti dal Tribunale il quale, tuttavia, ha ritenuto che la Commissione non aveva esaminato la questione se un contravventore che partecipi ad una sola parte di un'intesa commetta un'infrazione meno grave, ai sensi dell'art. 23, n. 3, del regolamento n. 1/2003, rispetto ad un contravventore che, nel contesto della medesima intesa, partecipi a tutte le sue parti. Di conseguenza, il Tribunale ha ridotto del 10% l'ammenda. La sentenza del Tribunale è stata impugnata davanti alla Corte di giustizia la quale, sullo specifico punto del sindacato giurisdizionale, ha osservato:

«45 Le ricorrenti fanno valere l'art. 6 della CEDU nonché la Carta per contestare, da un lato, i principi del sindacato giurisdizionale, e più in particolare il modo in cui il Tribunale ha dichiarato di dover tener conto dell'ampio margine discrezionale della Commissione, nonché, dall'altro, il modo in cui il Tribunale ha esercitato il proprio controllo nella presente causa.

46 Quando statuisce nell'ambito di un'impugnazione, il ruolo della Corte è quello di verificare se il Tribunale ha commesso errori di diritto nel modo in cui ha statuito sul ricorso di cui era investito.

47 Di conseguenza, occorre verificare se il Tribunale, nella presente causa, abbia esercitato il controllo al quale è tenuto, senza tener conto della descrizione astratta e dichiaratoria del sindacato giurisdizionale che figura ai punti 61-64 della sentenza impugnata, dal momento che tale descrizione non costituisce una risposta ai motivi dedotti dalla ricorrente nel suo ricorso e risulta non fornire il necessario sostegno al dispositivo della sentenza impugnata.

48 Non è inoltre pertinente l'argomento vertente sulla pretesa mancanza di coerenza del Tribunale nel controllo che esso effettua nelle cause in materia di concorrenza. Nella presente impugnazione è infatti la sentenza impugnata ad essere sottoposta al controllo della Corte e non il complesso della giurisprudenza del Tribunale.

49 Inoltre, la Corte non è tenuta a procedere d'ufficio ad un controllo completo della sentenza impugnata, bensì a rispondere ai motivi dedotti dalla ricorrente.

50 In udienza, la ricorrente ha considerato che l'argomento relativo al carattere penale, ai sensi dell'art. 6 della CEDU, dei procedimenti in materia di concorrenza non è pertinente per quanto riguarda il controllo giurisdizionale, dovendo questo rispettare gli stessi criteri sia nel caso in cui i procedimenti siano considerati far parte del nucleo centrale del diritto penale ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia nel caso in cui facciano parte del diritto amministrativo.

51 Come inoltre rilevato dalla ricorrente nella sua impugnazione, l'art. 47 della Carta attua nel diritto dell'Unione la tutela sancita dall'art. 6, n. 1, della CEDU. Occorre pertanto riferirsi unicamente a questa prima disposizione.

52 Il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, attualmente sancito dall'art. 47 della Carta (v. sentenza 22 dicembre 2010, causa C-279/09, DEB, Racc. pag. I-13849, punti 30 e 31; ordinanza 1 marzo 2011, causa C-457/09, Chartry, Racc. pag. I-819, punto 25, nonché sentenza 28 luglio 2011, causa C-69/10, Samba Diouf, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 49).

53 Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni delle istituzioni è stato disciplinato dai Trattati istitutivi. Oltre al controllo di legittimità, attualmente definito all'art. 263 TFUE, è stato previsto un controllo esteso al merito per quanto riguarda le sanzioni previste dai regolamenti.

54 Per quanto riguarda il controllo di legittimità, la Corte ha statuito che, sebbene negli ambiti che richiedono valutazioni economiche complesse la Commissione disponga di un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice dell'Unione debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, il giudice dell'Unione è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte (v. sentenze 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, Commissione/Tetra Laval, Racc. pag. I-987, punto 39, nonché 22 novembre 2007, causa C-525/04 P, Spagna/Lenzing, Racc. pag. I-9947, punti 56 e 57).

55 Per quanto riguarda la sanzione delle infrazioni al diritto della concorrenza, l'art. 15, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 17 stabilisce che, per determinare l'ammontare dell'ammenda, occorre tener conto oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata. Il medesimo testo figura all'art. 23, n. 3, del regolamento n. 1/2003.

56 La Corte ha dichiarato che, per determinare l'importo delle ammende, si deve tenere conto della durata delle infrazioni e di tutti gli elementi idonei a rientrare nella valutazione della loro gravità, quali il comportamento di ciascuna delle imprese, il ruolo svolto da ciascuna di esse nell'instaurazione delle pratiche concordate, il profitto che esse hanno potuto trarre da tali pratiche, le loro dimensioni e il valore delle merci interessate nonché il rischio che infrazioni di tale tipo rappresentano per la Comunità europea (sentenze 7 giugno 1983, cause riunite 100/80-103/80, *Musique Diffusion française e a./Commissione*, Racc. pag. 1825, punto 129; *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, cit., punto 242, nonché 3 settembre 2009, causa C-534/07 P, *Prym e Prym Consumer/Commissione*, Racc. pag. I-7415, punto 96).

57 La Corte ha altresì indicato che devono essere presi in considerazione elementi obiettivi come il contenuto e la durata dei comportamenti anticoncorrenziali, il loro numero e la loro intensità, l'estensione del mercato interessato e il deterioramento subito dall'ordine pubblico economico. L'analisi deve considerare altresì l'importanza relativa e la quota di mercato delle imprese responsabili, nonché un'eventuale recidiva (sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a./Commissione*, Racc. pag. I-123, punto 91).

58 Questa elevata quantità di elementi richiede alla Commissione un esame approfondito delle circostanze dell'infrazione.

59 Per considerazioni attinenti alla trasparenza, la Commissione ha adottato gli orientamenti, in cui indica a quale titolo prenderà in considerazione l'una o l'altra circostanza dell'infrazione e le conseguenze che potranno esserne tratte riguardo all'importo dell'ammenda.

60 Gli orientamenti, a proposito dei quali la Corte ha dichiarato che enunciano una regola di condotta indicativa della prassi da seguire da cui l'amministrazione non può discostarsi, in un'ipotesi specifica, senza fornire giustificazioni compatibili con il principio della parità di trattamento (sentenza 18 maggio 2006, causa C-397/03 P, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione*, Racc. pag. I-4429, punto 91), si limitano a descrivere il metodo di valutazione dell'infrazione adottato dalla Commissione e i criteri che quest'ultima si obbliga a seguire nel determinare l'importo dell'ammenda.

61 Occorre rammentare l'obbligo di motivazione degli atti dell'Unione. Tale obbligo riveste nel caso di specie un'importanza del tutto particolare. Spetta alla Commissione motivare la propria decisione e, in particolare, spiegare la ponderazione e la valutazione che essa ha effettuato degli elementi considerati (v., in tal senso, sentenza *Prym e Prym Consumer/Commissione*, cit., punto 87). La presenza di una motivazione deve essere verificata d'ufficio dal giudice.

62 Peraltro, il giudice dell'Unione ha il compito di effettuare il controllo di legittimità ad esso incombente sulla base degli elementi prodotti dalla ricorrente a sostegno dei motivi dedotti. In occasione di tale controllo, il giudice non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione, né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi, al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto.

63 Il controllo di legittimità è completato dalla competenza estesa al merito riconosciuta al giudice dell'Unione dall'art. 17 del regolamento n. 17 e attualmente dall'art. 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all'art. 261 TFUE. Tale competenza autorizza il giudice, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta (v., in tal senso, sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, Racc. pag. I-8375, punto 692).

64 Occorre tuttavia sottolineare che l'esercizio della competenza estesa al merito non equivale ad un controllo d'ufficio e ricordare che il procedimento dinanzi ai giudici dell'Unione è di tipo contraddittorio. Ad eccezione dei motivi di ordine pubblico, che devono essere sollevati d'ufficio dal

giudice, come il difetto di motivazione della decisione impugnata, spetta al ricorrente sollevare motivi contro tale decisione e addurre elementi probatori per corroborare tali motivi.

65 Tale condizione procedurale non contraddice la regola secondo cui, per infrazioni alle regole di concorrenza, spetta alla Commissione fornire la prova delle infrazioni che essa riscontra e produrre gli elementi di prova idonei a dimostrare adeguatamente l'esistenza dei fatti che integrano l'infrazione. Ciò che si richiede a un ricorrente nell'ambito di un ricorso giurisdizionale, infatti, è di identificare gli elementi contestati della decisione impugnata, di formulare censure a tale riguardo e di addurre prove, che possono essere costituite da seri indizi, volte a dimostrare che le proprie censure sono fondate.

66 La mancanza di controllo d'ufficio di tutta la decisione impugnata non viola il principio della tutela giurisdizionale effettiva. Non è indispensabile al rispetto di tale principio che il Tribunale, che è senza dubbio tenuto a rispondere ai motivi sollevati e ad esercitare un controllo tanto in diritto quanto in fatto, sia tenuto a procedere d'ufficio ad una nuova istruzione completa del fascicolo.

67 Il controllo previsto dai Trattati implica dunque che il giudice dell'Unione eserciti un controllo tanto in diritto quanto in fatto e che esso disponga del potere di valutare le prove, di annullare la decisione impugnata e di modificare l'importo delle ammende. Non risulta quindi che il controllo di legittimità di cui all'art. 263 TFUE, completato dalla competenza estesa al merito per quanto riguarda l'importo dell'ammenda, prevista all'art. 31 del regolamento n. 1/2003, sia contrario ai dettami del principio della tutela giurisdizionale effettiva che figura all'art. 47 della Carta».

27 settembre 2012, Kuwait Petroleum Corp, e a. c. Commissione europea, causa T-370/06, non ancora pubblicata in Raccolta.

Il 13 settembre 2006 la Commissione ha adottato una decisione con la quale ha rilevato che talune società operanti nel settore petrolifero avevano partecipato ad un'infrazione unica e continuata all'articolo 81 CE (ora art. 101 TFUE), consistente nel fissare insieme regolarmente il prezzo lordo di vendita e di acquisto del bitume stradale nei Paesi Bassi, uno sconto uniforme sul prezzo lordo per i costruttori stradali partecipanti all'intesa e uno sconto massimo, ridotto, sul prezzo lordo per gli altri costruttori stradali. La Commissione non ha applicato alcuna circostanza aggravante nei confronti delle imprese, mentre ha accettato di farle beneficiare della comunicazione sulla cooperazione del 2002 e ha concesso loro una riduzione del 30% dell'importo della loro ammenda in quanto ha considerato che le informazioni fornite avevano rafforzato, per il loro livello di precisione, la sua capacità di dimostrare l'esistenza dell'infrazione. In sede di impugnazione della decisione della Commissione davanti al Tribunale, la società Kuwait Petroleum ha eccepito, in particolare, la violazione del proprio diritto di difesa in quanto la Commissione non le aveva concesso l'accesso alle versioni non riservate delle osservazioni scritte delle altre imprese che avrebbero potuto rimettere in discussione la credibilità degli elementi di prova da essa forniti e incidere sulle sue possibilità di beneficiare delle disposizioni relative alla comunicazione sulla cooperazione del 2002. Su tale specifico punto il Tribunale ha osservato:

«76 Conformemente alle disposizioni dell'articolo 27, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU L 1, pag. 1), «[p]rima di adottare qualsiasi decisione prevista dagli articoli 7, 8, 23 e 24, paragrafo 2, la Commissione dà modo alle imprese e associazioni di imprese oggetto del procedimento avviato dalla Commissione di essere sentite relativamente agli addebiti su cui essa si basa» e «[l]a Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite». L'articolo 27, paragrafo 2, del medesimo regolamento indica inoltre che «[n]el corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti di difesa delle parti interessate», che «[esse] hanno diritto d'accesso al fascicolo della Commissione, fermo restando il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti

aziendali» e che «[s]ono esclusi dal diritto di accesso le informazioni riservate e i documenti interni della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri». Nella sua comunicazione riguardante l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 [CE] e 82 [CE], degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (GU 2005, C 325, pag. 7), al punto 8, la Commissione definisce il «fascicolo istruttorio della Commissione» come «tutti i documenti ottenuti, elaborati e/o riuniti dalla direzione generale Concorrenza della Commissione, nel corso dell'indagine». Al punto 27 della comunicazione di cui trattasi la Commissione specifica che «[l]'accesso al fascicolo istruttorio è accordato a richiesta e, di norma, un'unica volta, dopo (...) la [sua] (...) comunicazione degli addebiti, nell'intento di assicurare loro il principio delle armi pari e di tutelarne i diritti di difesa», che «quindi, come regola generale, dopo l'invio della comunicazione di addebiti non è accordato l'accesso alle risposte che le altre parti hanno inviato riguardo a tali addebiti», che «[t]uttavia, una parte può avere accesso ai documenti pervenuti dopo l'invio della comunicazione degli addebiti, nelle fasi successive del procedimento amministrativo, se tali documenti possono costituire nuove prove - di natura incriminante o assolutoria - riguardo agli elementi a carico della parte in questione, adottati dalla Commissione nella comunicazione degli addebiti» e «[c]iò soprattutto se [essa] intende basarsi su nuovi elementi probatori».

77 Ai sensi dell'articolo 12 del regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU L 123, pag. 18), «[l]a Commissione offre alle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti la possibilità di sviluppare gli argomenti nel corso dell'audizione, sempre che esse lo richiedano nelle osservazioni scritte».

78 È di giurisprudenza costante che il rispetto dei diritti della difesa, in qualsiasi procedimento da cui possano scaturire sanzioni, in particolare ammende o penalità di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa (sentenze della Corte del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, Racc. pag. 461, punto 9, e del 2 ottobre 2003, ARBED/Commissione, C-176/99 P, Racc. pag. I-10687). In tal senso, il regolamento n. 1/2003 prevede che alle parti venga inviata una comunicazione degli addebiti la quale deve enunciare, in modo chiaro, tutti gli elementi essenziali sui quali si fonda la Commissione in tale fase del procedimento. Una siffatta comunicazione degli addebiti costituisce la garanzia procedurale del principio fondamentale del diritto dell'Unione che richiede il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento (sentenza della Corte del 3 settembre 2009, Papierfabrik August Koehler e a./Commissione, C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, Racc. pag. I-7191, punti 34 e 35).

79 Occorre rammentare che l'accesso al fascicolo nelle cause in materia di concorrenza mira, in particolare, a consentire ai destinatari di una comunicazione degli addebiti di prendere conoscenza degli elementi di prova contenuti nel fascicolo della Commissione, affinché possano pronunciarsi in modo efficace, sulla base di tali elementi, sulle conclusioni cui la Commissione è pervenuta nella comunicazione degli addebiti. L'accesso al fascicolo rientra così tra le garanzie procedurali dirette a tutelare i diritti della difesa e ad assicurare, in particolare, l'effettivo esercizio del diritto ad essere sentiti (v. sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, Atlantic Container Line e a./Commissione, T-191/98, da T-212/98 a T-214/98, Racc. pag. II-3275, punto 334 e la giurisprudenza ivi citata). Il diritto di accesso al fascicolo comporta che la Commissione deve dare all'impresa interessata la possibilità di procedere ad un esame della totalità dei documenti presenti nel fascicolo istruttorio che potrebbero essere rilevanti per la sua difesa (v., in tal senso, sentenza della Corte del 2 ottobre 2003, Corus UK/Commissione, C-199/99 P, Racc. pag. I-11177, punto 125, e sentenza del Tribunale del 29 giugno 1995, Solvay/Commissione, T-30/91, Racc. pag. II-1775, punto 81). Questi ultimi comprendono tanto i documenti a carico quanto quelli a discarico, fatti salvi i segreti commerciali di altre imprese, i documenti interni della Commissione e ogni altra informazione riservata (sentenze della Corte Hoffmann-La Roche/Commissione, cit. al punto 78 supra, punti 9 e 11, e del 7 gennaio

2004, Aalborg Portland e a./Commissione, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C 217/00 P e C-219/00 P, Racc. pag. I-123, punto 68).

80 Secondo la giurisprudenza, soltanto all'inizio della fase contraddittoria amministrativa l'impresa interessata viene informata, mediante la comunicazione degli addebiti, di tutti gli elementi essenziali sui quali la Commissione si basa in questa fase del procedimento. Di conseguenza, la risposta delle altre parti alla comunicazione degli addebiti, in linea di principio, non è compresa nel complesso di documenti del fascicolo istruttorio consultabile dalle parti (sentenza del Tribunale del 30 settembre 2009, Hoechst/Commissione, T-161/05, Racc. pag. II-3555, punto 163). Nondimeno, qualora la Commissione intenda basarsi su un passaggio di una risposta ad una comunicazione degli addebiti o su un documento allegato a una siffatta risposta per dimostrare l'esistenza di un'infrazione in un procedimento ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, le altre parti coinvolte in tale procedura devono essere poste in condizione di pronunciarsi su un siffatto elemento di prova (v. sentenze del Tribunale del 15 marzo 2000, Cimenteries CBR e a./Commissione, denominata «cementi», T-25/95, T-26/95, da T-30/95 a T-32/95, da T-34/95 a T-39/95, da T-42/95 a T-46/95, T-48/95, da T-50/95 a T-65/95, da T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Racc. pag. II-491, punto 386, e del 27 settembre 2006, Avebe/Commissione, T-314/01, Racc. pag. II-3085, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata).

81 Del pari, onde assicurare il rispetto dei diritti della difesa durante tutto il procedimento amministrativo, si deve considerare che, se la Commissione intende fondarsi su un documento successivo all'invio della comunicazione degli addebiti e persino successivo all'audizione, atto ad incidere sull'importo dell'ammenda inflitta ad un'impresa nella decisione definitiva, tale impresa deve essere posta in condizione di pronunciarsi su un siffatto elemento. Può trattarsi, in particolare, di un documento che incide sull'applicazione della comunicazione sulla cooperazione del 2002 alla suddetta impresa.

82 Peraltro, secondo la giurisprudenza relativa al fascicolo amministrativo anteriore alla comunicazione degli addebiti, la mancata comunicazione di un documento costituisce una violazione dei diritti della difesa unicamente se l'impresa interessata dimostra, da una parte, che la Commissione si è fondata su tale documento per avvalorare il suo addebito relativo all'esistenza di un'infrazione (sentenza della Corte del 9 novembre 1983, Michelin/Commissione, 322/81, Racc. pag. 3461, punti 7 e 9, e Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 79 supra, punto 71) e, dall'altra, che tale addebito potrebbe essere provato soltanto facendo riferimento al suddetto documento (sentenze della Corte del 25 ottobre 1983, AEG-Telefunken/Commissione, 107/82, Racc. pag. 3151, punti 24-30, e Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 79 supra, punto 71; sentenza del 29 giugno 1995, Solvay/Commissione, cit. al punto 79 supra, punto 58). La Corte opera, a tal riguardo, una distinzione tra i documenti a carico e i documenti a discarico. Ove si tratti di un documento incriminante, incombe all'impresa interessata dimostrare che la conclusione cui è giunta la Commissione sarebbe stata diversa qualora il documento di cui trattasi fosse stato escluso. Invece, per quanto riguarda la mancata comunicazione di un documento a discarico, l'impresa interessata deve solo provare che la sua mancata divulgazione ha potuto influenzare, a scapito di quest'ultima, lo svolgimento del procedimento ed il contenuto della decisione della Commissione (sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 79 supra, punti 73 e 74). Tale distinzione vale anche per i documenti successivi alla comunicazione degli addebiti (sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, Jungbunzlauer/Commissione, T-43/02, Racc. pag. II-3435, punti 351-359).

83 Analogamente, per quanto riguarda un documento da cui può conseguire un aumento dell'importo dell'ammenda inflitta dalla Commissione nella sua decisione definitiva, spetta all'impresa interessata dimostrare che la conclusione cui è giunta la Commissione sarebbe stata diversa qualora tale documento fosse stato escluso.

(...)

84 Nel caso di specie, dal fascicolo si evince che, a giudizio delle ricorrenti, esse avrebbero dovuto potere accedere ai commenti delle altre imprese, relativi alla credibilità degli elementi di prova forniti

dai dipendenti della KPN, e segnatamente alle dichiarazioni supplementari rese da questi ultimi dopo l'audizione.

85 Le ricorrenti si sono tuttavia limitate a sostenere, in maniera generica e puramente speculativa, che la mancata divulgazione dei documenti di cui trattasi avrebbe potuto influire sulla decisione della Commissione relativa all'entità della sua riduzione dell'ammenda e che la conclusione cui è giunta la Commissione avrebbe potuto essere diversa qualora tali documenti fossero stati esclusi. Esse non hanno dunque fornito nessuna indicazione specifica atta a costituire un principio di prova in tal senso.

86 Va peraltro sottolineato che, in ogni caso, al fine di fissare l'entità della riduzione dell'ammenda concessa alle ricorrenti, la Commissione si è limitata a prendere in considerazione il fatto che la KPN avesse riformulato alcune sue dichiarazioni relative all'ExxonMobil, e non ha menzionato alcuna reazione di un'altra impresa in ordine alla credibilità delle dichiarazioni rese dalla KPN (punto 385 della decisione impugnata).

87 Occorre pertanto considerare che le ricorrenti non hanno dimostrato che la Commissione si sia basata su commenti di imprese relativi alla credibilità degli elementi di prova forniti dalla KPN, per determinare l'entità della riduzione dell'ammenda ai sensi della comunicazione sulla cooperazione del 2002. Pertanto, esse non possono fare valere la mancata divulgazione dei documenti di cui trattasi.

88 Occorre dunque respingere l'argomento vertente sul diniego illegittimo di accesso al fascicolo e sulla violazione dei diritti della difesa»

6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap c. Otis NV*, causa C-199/11, *Raccolta*, non ancora pubblicata.

In seguito a varie denunce, nel 2004 la Commissione avviava un'indagine per accertare l'esistenza di un'intesa tra i quattro principali produttori europei di ascensori e scale mobili, ovvero i gruppi Otis, Kone, Schindler e ThyssenKrupp. L'indagine si concludeva con una decisione della Commissione che constatava che le imprese che ne erano destinatarie, fra le quali le convenute nel procedimento principale, avevano infranto l'articolo 81 CE spartendosi appalti ed altri contratti in Belgio, in Germania, in Lussemburgo e nei Paesi Bassi, a fini di ripartizione dei mercati e di fissazione dei prezzi, convenendo un meccanismo di compensazione in certi casi, scambiandosi informazioni sui volumi delle vendite e sui prezzi, partecipando regolarmente a riunioni o stabilendo altri contatti strumentali a determinare le restrizioni summenzionate e a metterle in atto. Contro tale decisione più società, fra le quali le convenute nel procedimento principale, proponevano ricorsi di annullamento dinanzi al Tribunale dell'Unione europea. Con sentenze del 13 luglio 2011, il Tribunale respingeva detti ricorsi, tranne quelli proposti dalle società del gruppo ThyssenKrupp, i quali venivano parzialmente accolti con riferimento all'importo delle ammende irrogate. Le ricorrenti proponevano indi appello dinanzi alla Corte per l'annullamento delle suddette sentenze. Nelle more dei giudizi di appello la Comunità europea, divenuta l'Unione europea, rappresentata dalla Commissione, ha proposto un'azione dinanzi al giudice del rinvio chiedendo, in via principale, la condanna delle convenute nel procedimento principale a pagare all'Unione europea la somma provvisoria di EUR 7 061 688 (interessi e spese processuali esclusi) a titolo di risarcimento del danno cagionato con i loro comportamenti anticoncorrenziali quali constatati nella decisione della Commissione. L'Unione aveva, infatti, aggiudicato alle convenute nel procedimento principale vari appalti pubblici per l'installazione, la manutenzione e l'ammodernamento di ascensori e scale mobili in diversi edifici del Consiglio dell'Unione europea, del Parlamento europeo, della Commissione, del Comitato economico e sociale europeo, del Comitato delle Regioni dell'Unione europea e dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, ubicati in Belgio e in Lussemburgo. In

subordine, l'Unione ha chiesto la nomina di un perito per la quantificazione, in particolare, dell'intero ammontare del danno subito. Essendo stata contestata la legittimazione della Commissione ad agire in rappresentanza dell'Unione, giacché le altre istituzioni dell'Unione asseritamente lese dall'infrazione in questione non le avrebbero conferito alcun mandato in tal senso, sul punto la Corte ha osservato:

«40 La Corte ha già avuto l'occasione di sottolineare che qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'articolo 81 CE e, di conseguenza, a invocare la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo (sentenza del 13 luglio 2006, Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, Racc. pag. I-6619, punto 59).

41 Per quanto riguarda, in particolare, la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, occorre ricordare che la piena efficacia dell'articolo 81 CE e, in special modo, l'effetto utile del divieto sancito al paragrafo 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se non tutti potessero chiedere il risarcimento del danno asseritamente causato da un contratto o da un comportamento siffatti (sentenze del 20 settembre 2001, Courage e Crehan, C-453/99, Racc. pag. I-6297, punto 26, e Manfredi e a., cit., punto 60).

42 Un tale diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione ed è in grado di scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o a falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione (sentenza Courage e Crehan, cit., punto 27).

43 Ne deriva che tutti hanno il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o una pratica vietata dall'articolo 81 CE (sentenza Manfredi e a., cit., punto 61).

44 Detto diritto spetta, pertanto, anche all'Unione.

45 Esso deve essere esercitato, tuttavia, nell'osservanza dei diritti fondamentali dei soggetti convenuti, quali garantiti, in particolare, dalla Carta. Le disposizioni di quest'ultima si applicano, conformemente al suo articolo 51, paragrafo 1, tanto alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione quanto agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

22 novembre 2012, E.ON Energie AG c. Commissione europea, causa C-89/11P, non ancora pubblicata in Raccolta.

Nel corso del 2006 la Commissione ha disposto, conformemente all'articolo 20 del regolamento n. 1/2003, accertamenti nei locali dell'E.ON AG e delle imprese da essa controllate, per verificare la fondatezza di sospetti circa la loro partecipazione ad accordi anticoncorrenziali. L'accertamento è stato effettuato da quattro rappresentanti della Commissione e da sei rappresentanti del Bundeskartellamt (autorità tedesca per la concorrenza). I documenti selezionati durante l'accertamento del 29 maggio 2006 in vista di un esame più dettagliato da parte di detti rappresentanti sono stati depositati in un locale messo a disposizione della Commissione dall'E.ON Energie. Poiché non era stato possibile concludere l'accertamento lo stesso giorno, il responsabile del team di ispettori ha chiuso a chiave la porta del suddetto locale, costituito da pannelli insonorizzanti laccati e da un telaio di alluminio eossidato, e vi ha apposto un sigillo ufficiale della dimensione di 90 mm per 60 mm. Al suo ritorno, il mattino del 30 maggio 2006 verso le 8,45, il team di ispettori ha constatato un'alterazione dello stato del sigillo controverso, che aderiva ancora alla porta del locale. Per tale motivo la Commissione ha inflitto un'ammenda di 38 milioni di Euro. Avverso tale decisione la A.ON ha presentato ricorso al Tribunale diretto all'annullamento della decisione controversa e, in subordine, alla riduzione ad un congruo importo dell'ammontare dell'ammenda inflitta. Il ricorso è stato respinto dal Tribunale e la E.ON ha presentato appello alla Corte di

giustizia facendo valere, in particolare, la violazione del principio di proporzionalità, nell'ambito della valutazione della gravità dell'infrazione e dell'importo dell'ammenda. Su tale specifico punto la Corte di giustizia ha osservato:

«123 Giova ricordare preliminarmente che, a norma dell'articolo 261 TFUE e dell'articolo 31 del regolamento n. 1/2003, il Tribunale dispone di una competenza giurisdizionale estesa al merito per quanto riguarda le ammende fissate dalla Commissione.

124 Il Tribunale è quindi abilitato, al di là del mero controllo di legittimità di tali ammende, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta (sentenza dell'8 febbraio 2007, Groupe Danone/Commissione, C-3/06 P, Racc. pag. I-1331, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

125 Per contro, non spetta alla Corte, allorché si pronuncia su questioni di diritto nell'ambito di un giudizio di impugnazione, sostituire, per motivi di equità, la propria valutazione a quella del Tribunale che statuisce, nell'esercizio della sua competenza giurisdizionale estesa al merito, sull'ammontare delle ammende inflitte a determinate imprese per una violazione, da parte loro, del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 6 aprile 1995, BPB Industries e British Gypsum/Commissione, C-310/93 P, Racc. pag. I-865, punto 34, nonché del 16 novembre 2000, KNP BT/Commissione, C-248/98 P, Racc. pag. I-9641, punto 54).

126 Pertanto, soltanto nei limiti in cui la Corte ritenesse che il livello della sanzione sia non soltanto incongruo ma anche eccessivo, al punto da essere sproporzionato, occorrerebbe constatare un errore di diritto commesso dal Tribunale a causa del carattere incongruo dell'importo di un'ammenda.

127 Per quanto riguarda le affermazioni dell'E.ON Energie inerenti al carattere asseritamente sproporzionato dell'ammenda inflitta nel caso di specie, il Tribunale ha evidenziato, al punto 294 della sentenza impugnata, tre ragioni che spiegano la sua decisione sulla fissazione dell'importo dell'ammenda a EUR 38 milioni, relative, in primo luogo, alla particolare gravità di una violazione di sigilli, in secondo luogo, alle dimensioni dell'E.ON Energie e, in terzo luogo, alla necessità di assicurare un effetto sufficientemente deterrente all'ammenda.

128 Per quanto riguarda la prima di tali ragioni, va rilevato, come ricordato dalla Commissione, che il Tribunale ha correttamente spiegato, ai punti 85 e 218 della sentenza impugnata, che è indifferente per il fatto costitutivo della violazione di sigilli che qualcuno sia effettivamente penetrato o meno nel locale sigillato. Infatti, l'obiettivo degli articoli 20, paragrafo 2, lettera d), e 23, paragrafo 1, lettera e), del regolamento n. 1/2003 è di proteggere gli accertamenti dalla minaccia derivante dal semplice fatto che il sigillo sia stato infranto, dando quindi adito ad un dubbio in ordine all'integrità degli elementi di prova nel locale sigillato.

129 Atteso quanto precede, il Tribunale non ha commesso alcun errore di diritto nel considerare, al punto 294 della sentenza impugnata, che un'infrazione costituita da una violazione di sigilli è particolarmente grave per sua stessa natura e occorre, dunque, respingere gli argomenti dell'E.ON Energie secondo cui l'asserita mancanza di apertura della porta del locale G.505 nella notte dal 29 al 30 maggio 2006 avrebbe dovuto modificare siffatta valutazione.

130 Per quanto riguarda la seconda delle citate ragioni, relativa alle dimensioni dell'E.ON Energie, va osservato che il Tribunale ha rilevato, per valutare la proporzionalità dell'ammenda rispetto a tali dimensioni, al punto 296 della sentenza impugnata, il fatto che l'ammenda di EUR 38 milioni inflitta a tale impresa rappresenta lo 0,14% del suo fatturato annuo. A tale proposito, è sufficiente osservare che tale percentuale, già indicata al punto 113 della decisione controversa, non è stata contestata dall'E.ON Energie né dinanzi al Tribunale né dinanzi alla Corte e che si tratta, quindi, di un dato acquisito nell'ambito della presente impugnazione.

131 Ciò posto, va constatato che l'E.ON Energie non ha addotto alcun argomento atto a dimostrare che il fatto che il Tribunale abbia avallato la fissazione di un'ammenda di un siffatto importo fosse sproporzionato rispetto alle dimensioni dell'impresa in quanto tale.

132 Del pari, per quanto riguarda la terza ragione attinente alla necessità di assicurare un effetto sufficientemente deterrente all'ammenda, va ricordato che, in forza dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, in caso di accertamento di un'infrazione alle norme sostanziali di cui agli articoli 81 CE e 82 CE [ora art. 101 e 102 TFUE], la Commissione può infliggere un'ammenda che giunga fino al 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa interessata nel corso dell'esercizio sociale precedente. Di conseguenza, un'impresa che ostacolerebbe le operazioni di ispezione della Commissione, violando sigilli apposti da quest'ultima al fine di preservare l'integrità di documenti per il tempo necessario agli accertamenti, potrebbe, facendo scomparire prove raccolte dalla Commissione, sottrarsi a una siffatta sanzione e deve dunque essere dissuasa dal procedere a siffatti comportamenti illeciti mediante l'importo dell'ammenda fissata in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003. Orbene, dal momento che una violazione di sigilli è accertata, non si può escludere che siano avvenuti siffatti comportamenti illeciti.

133 Pertanto, alla luce dell'ammenda che può essere irrogata all'E.ON Energie, in forza dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, qualora venissero accertate le prassi perseguite, l'ammenda di EUR 38 milioni, fissata nella decisione controversa, avallata dal Tribunale nella sentenza impugnata e che rappresenta lo 0,14% del suo fatturato annuo, non può essere considerata eccessiva con riguardo alla necessità di assicurare il suo effetto deterrente. Ad ogni buon fine, occorre aggiungere che, adducendo al punto 294 della sentenza impugnata le tre ragioni summenzionate al punto 127, il Tribunale ha adeguatamente motivato la sua decisione, adottata nell'esercizio della sua competenza giurisdizionale estesa al merito, sulla proporzionalità della sanzione inflitta.

134 Alla luce di quanto precede, gli argomenti dell'E.ON Energie relativi a una presunta violazione del principio di proporzionalità nell'ambito della valutazione della gravità dell'infrazione e dell'importo dell'ammenda vanno respinti nel loro insieme.

135 Per quanto riguarda gli argomenti dell'E.ON Energie relativi all'assunzione della prova, poiché l'E.ON Energie fa valere in tale contesto che il Tribunale avrebbe dovuto adottare una misura d'istruzione per dimostrare se, ed eventualmente in che modo, la porta del locale G.505 fosse stata aperta nella notte dal 29 al 30 maggio 2006, va ricordato che, conformemente alla giurisprudenza citata al punto 115 della presente sentenza, il Tribunale è il solo giudice dell'eventuale necessità di integrare gli elementi d'informazione di cui dispone nelle cause di cui è investito. Stando così le cose, non può essergli addebitato, nell'ambito del sesto motivo, di avere deciso, in particolare ai punti 84-86 della sentenza impugnata, di non integrare tali elementi e, segnatamente, di non sentire i possessori di chiavi in qualità di testimoni, a fortiori in quanto tali persone avevano già reso dichiarazioni sotto giuramento nella fase del procedimento amministrativo.

136 In merito all'affermazione dell'E.ON Energie fondata sul fatto che la Commissione stessa sarebbe stata all'origine della situazione poco chiara, tale da indurre in errore e impossibile da delucidare a posteriori, va osservato che la citata sentenza Suiker Unie e a./Commissione, da essa invocata in tale contesto, non è applicabile al caso di specie. Infatti, la Corte ha già respinto tutti i motivi volti a rimettere in discussione le valutazioni nel merito operate dal Tribunale e, segnatamente, la valutazione secondo cui l'efficacia del sigillo controverso non era compromessa dal superamento del termine di conservazione del medesimo, effettuata in particolare ai punti 63 e 199-203 della sentenza impugnata e ricordata nel contesto della fissazione dell'ammenda, al punto 290 di quest'ultima. Di conseguenza, l'E.ON Energie non avrebbe avuto alcun motivo per opporsi all'utilizzo del sigillo controverso, persino se essa fosse stata al corrente di siffatto superamento, e la mancanza di informazioni, a tal riguardo, al momento dell'apposizione del sigillo non può dunque essere considerata una circostanza attenuante.

137 Per il resto, è sufficiente constatare che, con i suoi argomenti addotti nell'ambito del sesto motivo, l'E.ON Energie intende ottenere una nuova valutazione dei fatti o della congruità dell'importo dell'ammenda. Conformemente alla giurisprudenza ricordata ai punti 64 e 125 della presente sentenza, siffatti argomenti devono essere respinti in quanto irricevibili.

138 Da quanto precede risulta che il sesto motivo e, di conseguenza, l'impugnazione devono essere respinti in toto».

18 giugno 2013, Bundeswettbewerbsbehörde e a. c. Schenker & Co. AG e a., causa C-681/11, Raccolta, non ancora pubblicata.

La SSK era un gruppo d'interesse che riuniva una parte dei membri ordinari dello Zentralverband der Spediteure (associazione nazionale degli spedizionieri; in prosieguo: lo «Zentralverband»). Lo Zentralverband, costituito in associazione, rappresenta gli interessi collettivi degli spedizionieri nonché degli operatori logistici muniti di una licenza di trasporto. Il 30 maggio 1994 la SSK è stata costituita come società di diritto civile, sottoposta alla condizione sospensiva del rilascio di conforme autorizzazione da parte del Kartellgericht. Il suo scopo era quello di offrire agli spedizionieri e ai consumatori finali tariffe più convenienti in materia di trasporto su strada e su rotaia di merci a collettame e, attraverso la creazione di condizioni di concorrenza identiche, di favorire una concorrenza leale tra i suoi membri. Il 6 febbraio 1995, lo Zentralverband ha chiesto al Kartellgericht di dichiarare che la SSK era un'intesa minore («Bagatellkartell») e poteva dunque essere attuata senza autorizzazione. Con ordinanza del 2 febbraio 1996, il Kartellgericht ha constatato che la SSK era un'intesa minore. Non essendo stata proposta impugnazione, tale ordinanza ha acquisito forza di giudicato. Lo studio legale interpellato per consulenza dal Kartellbevollmächtigte (delegato di cartello) della SSK ha del pari ritenuto che la SSK rappresentasse un'intesa minore. In una lettera dell'11 marzo 1996, esso ha illustrato i punti che occorreva rispettare per l'attuazione della SSK quale intesa minore. Per contro, tale lettera non affrontava la questione della compatibilità di tale intesa minore con il diritto dell'Unione in materia di intese. Solo successivamente sono state per la prima volta espresse riserve in ordine alla legittimità della qualificazione della SSK come intesa minore. È stato evocato il rischio inerente all'applicabilità del diritto dell'Unione relativo alle intese, tenuto conto delle difficoltà di stabilire se determinate convenzioni o accordi fossero effettivamente atti ad incidere sul commercio fra Stati. Il comitato esecutivo della SSK ha quindi deciso all'unanimità di sciogliere immediatamente la SSK. Nel frattempo, tuttavia, a livello interno era stato avviato un procedimento nel quale la Bundeswettbewerbsbehörde aveva chiesto all'Oberlandesgericht Wien, statuale in veste di giudice in materia d'intese, di dichiarare che la Schenker aveva violato, in particolare, l'articolo 101 TFUE, escludendo però una sua condanna al pagamento di un'ammenda, e di condannare invece le altre convenute al pagamento di un'ammenda per violazione dell'articolo 101 TFUE sul presupposto che le convenute avevano partecipato ad un'infrazione unica, complessa e multiforme al diritto nazionale e dell'Unione relativo alle intese per aver concordato, dal 1994 fino al 29 novembre 2007, le tariffe applicabili al trasporto nazionale di merci a collettame in Austria. Dopo alterne vicende processuali interne, l'Oberster Gerichtshof ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte: se le violazioni dell'articolo 101 TFUE da parte di un'impresa possano essere sanzionate con un'ammenda, qualora detta impresa sia incorsa in un errore nel valutare la legittimità del proprio comportamento e tale errore non le sia addebitabile; e se un errore di un'impresa circa la legittimità del proprio comportamento non possa esserle addebitato, qualora essa abbia agito in conformità del parere fornito da un consulente giuridico esperto in materia di diritto della concorrenza e l'inesattezza di tale parere non fosse né manifesta né riconoscibile attraverso la verifica che ragionevolmente ci si poteva attendere dall'impresa. La Corte ha osservato:

«34 Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n.1/2003, la Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, «intenzionalmente o per negligenza», esse commettono un'infrazione alle disposizioni degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE.

35 L'articolo 5 del regolamento n. 1/2003 definisce la competenza delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri ad applicare gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE e prevede che tali autorità possano, in particolare, comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal proprio diritto nazionale. Orbene, dal tenore letterale del suddetto articolo non risulta che l'adozione delle misure di applicazione previste dal regolamento in parola richieda il soddisfacimento di presupposti di carattere soggettivo.

36 Qualora però, nell'interesse generale di un'applicazione uniforme degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE nell'Unione, gli Stati membri introducano presupposti di carattere soggettivo nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 5 del regolamento n. 1/2003, è necessario, per non pregiudicare l'efficacia del diritto dell'Unione, che tali presupposti siano perlomeno altrettanto rigorosi di quello previsto dall'articolo 23 del regolamento n. 1/2003.

37 Per quanto riguarda la questione se un'infrazione sia stata commessa intenzionalmente o per negligenza e sia, pertanto, sanzionabile con un'ammenda ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, primo comma, del regolamento n. 1/2003, dalla giurisprudenza della Corte risulta che tale condizione è soddisfatta qualora l'impresa di cui trattasi non possa ignorare il carattere anticoncorrenziale del proprio comportamento, a prescindere dalla sua consapevolezza o meno di violare le norme del Trattato in materia di concorrenza (v. sentenze dell'8 novembre 1983, IAZ International Belgium e a./Commissione, da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Racc. pag. 3369, punto 45; del 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, 322/81, Racc. pag. 3461, punto 107, nonché del 14 ottobre 2010, Deutsche Telekom/Commissione, C-280/08 P, Racc. pag. I-9555, punto 124).

38 Pertanto, il fatto che l'impresa interessata abbia qualificato in modo giuridicamente erroneo il proprio comportamento sul quale si fonda la constatazione dell'infrazione non può avere come conseguenza di esonerarla dall'inflizione di un'ammenda qualora essa non potesse ignorare il carattere anticoncorrenziale di tale comportamento.

39 Dalla decisione di rinvio emerge che i membri della SSK hanno concordato le tariffe relative al trasporto nazionale di merci a collettame su tutto il territorio austriaco. Orbene, delle imprese che concordino direttamente i loro prezzi di vendita non possono, con ogni evidenza, ignorare il carattere anticoncorrenziale del proprio comportamento. Ne consegue che, in una situazione come quella in esame nel procedimento principale, la condizione posta dall'articolo 23, paragrafo 2, primo comma, del regolamento n. 1/2003 risulta soddisfatta.

40 Infine, va ricordato che le autorità nazionali garanti della concorrenza possono decidere, in via eccezionale, di non infliggere un'ammenda malgrado che un'impresa abbia violato intenzionalmente o per negligenza l'articolo 101 TFUE. Ciò può avvenire, in particolare, quando un principio generale del diritto dell'Unione, come il principio del legittimo affidamento, osti all'inflizione di un'ammenda.

41 Tuttavia, nessuno può invocare una violazione del principio del legittimo affidamento in mancanza di precise assicurazioni fornitegli dall'amministrazione competente (v. sentenze del 17 marzo 2011, AJD Tuna, C-221/09, Racc. pag. I-1655, punto 72, e del 14 marzo 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, punto 25). Ne consegue che un parere giuridico di un avvocato non può comunque fondare un legittimo affidamento in capo ad un'impresa quanto al fatto che il suo comportamento non viola l'articolo 101 TFUE o non darà luogo all'inflizione di un'ammenda».

18 luglio 2013, *Schindler Holding Ltd e a. c. Commissione europea, causa C-501/11, non ancora pubblicata in Raccolta.*

Il gruppo Schindler è uno dei primi gruppi mondiali fornitori di ascensori e scale mobili. La società controllante è la Schindler Holding, con sede in Svizzera. Il gruppo Schindler esercita le sue attività

tramite controllate nazionali. Queste ultime sono, in particolare, la Schindler Belgio, la Schindler Lussemburgo, la Schindler Paesi Bassi e la Schindler Germania.

Avendo ricevuto, nel corso dell'estate 2003, informazioni relative alla possibile esistenza di un'intesa tra i principali produttori europei di ascensori e scale mobili che esercitano attività commerciali nell'Unione europea (la Kone Belgium SA, la Kone GmbH, la Kone Luxembourg Sàrl, la Kone BV Liften en Roltrappen, la Kone Oyj, l'Otis SA, l'Otis GmbH & Co. OHG, la General Technic-Otis Sàrl, la General Technic Sàrl, l'Otis BV, l'Otis Elevator Company, l'United Technologies Corporation, il gruppo Schindler, la ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV, la ThyssenKrupp Aufzüge GmbH, la ThyssenKrupp Fahrtreppen GmbH, la ThyssenKrupp Elevator AG, la ThyssenKrupp AG, la ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl e la ThyssenKrupp Liften BV), la Commissione ha effettuato accertamenti nei locali di tali imprese all'inizio del 2004. All'esito di tale accertamenti e del relativo procedimento, la Commissione nella decisione controversa ha dichiarato che le suddette imprese nonché la Mitsubishi Elevator Europe BV avevano partecipato a quattro infrazioni singole, complesse e continuate all'articolo 81, paragrafo 1, CE (ora art. 101, par. 1 TFUE) in quattro Stati membri, ripartendosi i mercati attraverso accordi o concertazioni per l'attribuzione di appalti e di contratti relativi alla vendita, all'installazione, alla manutenzione e all'ammodernamento di ascensori e scale mobili. Tali società hanno impugnato la decisione della Commissione davanti al Tribunale sulla scorta di tredici motivi: violazione del principio di legalità delle pene, violazione del principio di irretroattività nell'applicazione degli orientamenti del 1998 e della comunicazione sulla cooperazione del 2002, violazione del principio di legalità delle pene e carenza di competenza della Commissione ad adottare gli orientamenti del 1998, illegittimità della comunicazione sulla cooperazione del 2002, per violazione dei principi nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, in dubio pro reo e di proporzionalità, violazione del principio della separazione dei poteri e del diritto ad un procedimento fondato sul rispetto dei principi dello Stato di diritto, natura confiscatoria delle ammende inflitte alle ricorrenti, violazione degli orientamenti del 1998 nella fissazione dell'importo di partenza delle ammende e nella valutazione delle circostanze attenuanti, violazione degli orientamenti del 1998 e della comunicazione sulla cooperazione del 2002 per quanto riguarda la determinazione dell'importo delle ammende per le infrazioni in Belgio, in Germania e in Lussemburgo, carattere sproporzionato dell'importo delle ammende, mancanza di valida notifica della decisione della Commissione a Schindler Holding, inesistenza della responsabilità di Schindler Holding, violazione dell'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003. Poiché il Tribunale ha respinto interamente tali motivi, le società hanno impugnato la sentenza del Tribunale davanti alla Corte di giustizia invocando tredici motivi, tra cui quello secondo cui la decisione adottata dalla Commissione sarebbe contraria all'articolo 6 della CEDU, in quanto sarebbe stata adottata dalla Commissione e non da un organo giurisdizionale. Su tale punto la Corte di giustizia ha osservato:

30 Occorre rilevare che il primo motivo si basa sull'errata premessa secondo cui l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avrebbe modificato le norme giuridiche applicabili alla fattispecie, con la conseguenza che la decisione controversa sarebbe contraria all'articolo 6 della CEDU, in quanto sarebbe stata adottata dalla Commissione e non da un organo giurisdizionale.

31 La decisione controversa è stata adottata il 21 febbraio 2007, ossia prima dell'adozione del Trattato di Lisbona, il 13 dicembre 2007, e, a maggior ragione, prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo, il 1 dicembre 2009. Orbene, secondo costante giurisprudenza, nell'ambito di un ricorso di annullamento, la legittimità dell'atto impugnato dev'essere valutata in base agli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento in cui l'atto è stato adottato (v. sentenze del 7 febbraio 1979, Francia/Commissione, 15/76 e 16/76, Racc. pag. 321, punto 7; del 17 maggio 2001, IECC/Commissione, C-449/98 P, Racc. pag. I-3875, punto 87, nonché del 28 luglio 2011, Agrana Zucker, C-309/10, Racc. pag. I-7333, punto 31).

32 Inoltre, anche se, come confermato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati e corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. sentenze del 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, punto 62, e del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, punto 44).

33 In ogni caso, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, la circostanza che le decisioni con cui vengono inflitte ammende in materia di concorrenza siano adottate dalla Commissione non è di per sé contraria all'articolo 6 della CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si deve in proposito rilevare che, nella citata sentenza *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, relativa a una sanzione inflitta dall'autorità italiana garante della concorrenza a causa di pratiche anticoncorrenziali analoghe a quelle addebitate alle ricorrenti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, considerato l'elevato importo dell'ammenda inflitta, la sanzione ricadesse, per la sua severità, nella materia penale.

(...)

35 Al punto 59 della citata sentenza *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che la conformità con l'articolo 6 della CEDU non esclude che in un procedimento di natura amministrativa una «pena» sia anzitutto inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi, di per sé, le condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU debba subire il controllo a posteriori di un organo giudiziario avente giurisdizione piena. Tra le caratteristiche di un simile organo vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione adottata, resa da un organo di grado inferiore. L'organo giudiziario deve in particolare essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito.

36 Orbene, pronunciandosi sul principio della tutela giurisdizionale effettiva, principio generale del diritto dell'Unione oggi sancito all'articolo 47 della Carta e corrispondente, nel diritto dell'Unione, all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, la Corte ha dichiarato che, oltre al controllo di legittimità previsto dal Trattato FUE, il giudice dell'Unione dispone di una competenza estesa al merito conferitagli dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all'articolo 261 TFUE, che lo autorizza a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta (sentenza *Chalkor/Commissione*, cit., punto 63).

37 Quanto al controllo di legittimità, la Corte ha ricordato che il giudice dell'Unione deve effettuarlo sulla base degli elementi prodotti dal ricorrente a sostegno dei motivi dedotti, e non può far leva sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione - né per quanto riguarda la scelta degli elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli orientamenti del 1998 né per quanto riguarda la valutazione di tali elementi - al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto (sentenza *Chalkor/Commissione*, cit., punto 62).

38 Poiché il controllo previsto dai trattati implica che il giudice dell'Unione eserciti un controllo tanto in diritto quanto in fatto e che disponga del potere di valutare le prove, di annullare la decisione impugnata e di modificare l'importo delle ammende, la Corte ha concluso che non risulta, quindi, che il controllo di legittimità di cui all'articolo 263 TFUE, completato dalla competenza estesa al merito quanto all'importo dell'ammenda, prevista all'articolo 31 del regolamento n. 1/2003, sia contrario ai dettami del principio della tutela giurisdizionale effettiva attualmente sancito dall'articolo 47 della Carta (sentenza *Chalkor/Commissione*, cit., punto 67).

26 novembre 2013, *Groupe Gascogne SA c. Commissione europea*, causa C-58/12 P, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

La Groupe gascogne SA è una società per azioni di diritto francese che, dal 1994, controlla la Gascogne Sack Deutschland GmbH, già denominata Sachsa Verpackung GmbH (in prosieguo: la «Sachsa»). Nel 2001 la British Polythene Industries plc informava la Commissione dell'esistenza di un'intesa nel settore dei sacchi industriali. Dopo aver effettuato accertamenti nel giugno del 2002, la Commissione avviava il procedimento amministrativo il 29 aprile 2004 e adottava una comunicazione degli addebiti nei confronti di diverse società, tra le quali, in particolare, la Groupe Gascogne SA. Il 30 novembre 2005 la Commissione adottava una decisione con la quale accertava che la Sachsa e la Groupe Gascogne SA avevano violato l'articolo 81 CE partecipando ad un complesso di accordi e di pratiche concordate nel settore dei sacchi industriali di plastica in Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo e nei Paesi Bassi, consistenti nella fissazione di prezzi e di modalità comuni per il calcolo degli stessi, nella ripartizione dei mercati e assegnazione di quote di vendita, nell'attribuzione di clienti, affari e ordinazioni, nella presentazione di offerte concordate a certe gare d'appalto e nello scambio di informazioni individualizzate. La Groupe Gascogne SA ha impugnato tale decisione davanti al Tribunale sostenendo: a) che la Commissione le aveva erroneamente imputato talune pratiche della Sachsa e pertanto aveva erroneamente ammesso la sua responsabilità congiunta e solidale quanto al pagamento di una parte dell'ammenda inflitta a quest'ultima; b) che la Commissione aveva violato l'articolo 81 CE (ora art. 101 TFUE) avendo interpretato erroneamente la nozione di impresa ai sensi di tale articolo e aveva violato l'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 fondandosi erroneamente, per la determinazione del massimale dell'ammenda, sul fatturato consolidato del gruppo al cui vertice essa si trova; c) che la Commissione aveva inflitto un'ammenda eccessiva. Nel corso della fase orale del giudizio davanti al Tribunale la Groupe Gascogne SA ha chiesto la riapertura della fase scritta del procedimento in esito all'emergere di un nuovo elemento di diritto nel corso del procedimento, vale a dire l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, più in particolare, dell'articolo 6 TUE, che ha elevato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») al rango di diritto primario. Tuttavia, poiché il Tribunale non aveva ritenuto che un soggetto non potesse invocare le modifiche apportate nell'ordinamento giuridico dell'Unione dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona per sostenere all'udienza che l'articolo 48 della Carta era stato violato, la Corte di giustizia sul punto ha osservato:

«32 Quanto alla questione se l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avrebbe dovuto essere considerata, come sostiene la ricorrente, come un elemento che sarebbe emerso durante il procedimento dinanzi al Tribunale e che, a tale titolo, avrebbe giustificato, conformemente all'articolo 48, paragrafo 2, primo comma, del regolamento di procedura del Tribunale, la produzione di motivi nuovi, occorre ricordare che la Corte ha già avuto modo di statuire che tale entrata in vigore, che comporta l'inclusione della Carta nel diritto primario dell'Unione, non può essere considerata come un elemento di diritto nuovo ai sensi dell'articolo 42, paragrafo 2, primo comma, del suo regolamento di procedura. In tale contesto, la Corte ha sottolineato che, anche precedentemente all'entrata in vigore di detto Trattato, essa aveva già più volte affermato che il diritto ad un equo processo, quale discende, segnatamente, dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, costituisce un diritto fondamentale che l'Unione europea rispetta quale principio generale ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, UE (v., segnatamente, sentenza del 3 maggio 2012, *Legris Industries/Commissione*, C-289/11 P, punto 36).

21 gennaio 2015, *easyJet Airline Co. Ltd c. Commissione europea*, causa T-355/13, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

easyJet Airline Co. Ltd, è una compagnia aerea del Regno Unito che esercita un'attività rilevante all'interno dell'Unione europea, in particolare, per voli in partenza da e per l'aeroporto di Schiphol, Amsterdam. Nel 2008 la ricorrente ha presentato una serie di denunce presso la *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (autorità garante della concorrenza olandese; in prosieguo: la «NMa») contro la *Luchthaven Schiphol NV* (in prosieguo: la «Schiphol»), il gestore dell'aeroporto di Schiphol, Amsterdam, riguardanti i diritti per le misure di sicurezza e i diritti relativi ai passeggeri che dovevano essere applicati a partire dal 1^a novembre 2008. Poiché tutte le denunce sono state respinte dalla NMa, *easyJet* ha presentato una denuncia alla Commissione europea sulla base del disposto dell'articolo 7 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, sostenendo che i diritti fissati dalla *Schiphol* fossero discriminatori ed eccessivi e costituissero un'infrazione all'articolo 102 TFUE. Essa indicava, peraltro, di aver presentato varie denunce alla NMa, ma rilevava che quest'ultima non aveva adottato alcuna decisione finale sul merito di una denuncia in materia di concorrenza. Nel 2013 la Commissione, dopo aver informato la ricorrente della sua intenzione di respingere la sua denuncia sulla base del disposto dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, con la motivazione che un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro aveva già trattato il caso, ha rigettato la denuncia della ricorrente sulla base del disposto dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003. Peraltro, essa ha ritenuto che la denuncia potesse, in ogni caso, parimenti essere respinta per mancanza di interesse dell'Unione europea, a causa della bassa probabilità di fornire la prova di un'infrazione all'articolo 102 TFUE, tenuto conto delle conclusioni alle quali era giunta la NMa. Avverso tale decisione *easyJet* ha presentato ricorso al Tribunale sostenendo che la Commissione era incorsa in un errore di diritto e in un errore manifesto di valutazione nel considerare che la sua denuncia potesse essere respinta sulla base del disposto dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003. Sul punto, il Tribunale ha osservato:

23 Ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, «[q]ualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro o la Commissione abbiano ricevuto una denuncia contro un accordo, una decisione di un'associazione o una pratica già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza, tale denuncia può essere respinta».

24 In forza di una giurisprudenza costante, si deve, ai fini dell'interpretazione di una disposizione di diritto dell'Unione, tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v. sentenze del 7 giugno 2005, *VEMW e a.*, C-17/03, Racc., EU:C:2005:362, punto 41 e giurisprudenza ivi citata, e del 26 ottobre 2010, *Germania/Commissione*, T-236/07, Racc., EU:T:2010:451, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

25 È alla luce di tali principi che si deve esaminare se l'espressione «denuncia (...) già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza», che figura all'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, debba intendersi nel senso di consentire alla Commissione di respingere una denuncia qualora l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro abbia previamente respinto la medesima denuncia per motivi di priorità.

26 In primo luogo, risulta che la risposta alla questione se la Commissione possa respingere una denuncia che è stata previamente respinta da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro per motivi di priorità possa dedursi da un'interpretazione letterale dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, alla luce del chiaro significato dell'espressione «denuncia (...) già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza». Si deve, a tale riguardo, rilevare che detta espressione è di ampia portata in quanto atta a ricomprendere tutti i casi di denunce che sono state esaminate da un'altra autorità garante della concorrenza, qualunque ne sia stato l'esito. Il legislatore ha così scelto di non limitare l'ambito di applicazione di tale articolo ai soli casi di denunce che sono già state oggetto di una decisione di un'altra autorità garante della concorrenza.

27 In secondo luogo, l'interpretazione accolta al precedente punto 26 appare altresì conforme all'impianto sistematico del regolamento n. 1/2003. È importante, infatti, leggere l'articolo 13, paragrafo 2, del medesimo regolamento alla luce del disposto del suo paragrafo 1, che prevede che la Commissione possa respingere una denuncia qualora questa sia all'esame di un'altra autorità garante della concorrenza di uno Stato membro. Risulta quindi che ciò che rileva non è l'esito dell'esame della denuncia da parte di tale autorità garante della concorrenza, bensì il fatto che essa sia stata esaminata da quest'ultima.

28 L'interpretazione accolta al precedente punto 26 è altresì avvalorata dal considerando 18 del regolamento n. 1/2003 che si riferisce al suo articolo 13 (sentenza *Toshiba Corporation e a.*, cit. al punto 17 supra, EU:C:2012:72, punto 90) e che precisa che «[t]ale disposizione non dovrebbe pregiudicare la possibilità, riconosciuta alla Commissione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di respingere una denuncia per mancanza di interesse comunitario anche nel caso in cui nessun'altra autorità garante della concorrenza abbia manifestato l'intenzione di occuparsene». Poiché, infatti, la Commissione può decidere di respingere una denuncia per mancanza di interesse comunitario, anche quando non è stata trattata da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, essa può, a fortiori, respingere una denuncia esaminata dalla stessa autorità, ma che sia stata oggetto di una decisione di rigetto da parte di quest'ultima per motivi di priorità.

29 Anche la comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, che mira ad attuare le disposizioni del regolamento n. 1/2003, e che la ricorrente invoca, suffraga l'interpretazione accolta al precedente punto 26. Infatti, il paragrafo 20 di detta comunicazione precisa che, «[l]'espressione “stia esaminando il caso”, di cui all'articolo 13 [dello stesso regolamento], va intesa non solo nel senso che un'altra autorità ha ricevuto una denuncia in relazione al caso, ma anche che l'altra autorità sta indagando o ha indagato sul caso per proprio conto». Essa non contiene, invece alcuna indicazione riguardo al risultato al quale l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro sia giunta. Il paragrafo 22 di tale comunicazione prevede, esso, espressamente, l'ipotesi in cui una denuncia sia stata esaminata da un'autorità garante della concorrenza, ma sia stata respinta per motivi diversi da un esame degli elementi sostanziali del caso, citando l'esempio dell'ipotesi in cui l'autorità non sia stata in grado di raccogliere prove sufficienti a comprovare l'infrazione, e indicando che occorre dare prova di flessibilità consentendo a un'altra autorità di effettuare la propria indagine e di trattare essa stessa il caso. La Corte ha peraltro riconosciuto l'ampio potere discrezionale di cui godevano le autorità garanti della concorrenza al fine di garantire una ripartizione ottimale dei casi, precisando, riguardo all'articolo 13, paragrafo 1, di detto regolamento, che ogni autorità aveva la possibilità e non l'obbligo di respingere una denuncia da essa ricevuta, qualora un'altra autorità stesse già trattando lo stesso caso (sentenza *Toshiba Corporation*, cit. al punto 17 supra, EU:C:2012:72, punto 90).

(...)

32 Il disposto dell'articolo 5 del regolamento n. 1/2003, che rientra nel capitolo II dedicato alle competenze, definisce le decisioni che possono essere adottate dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri quando si trovano ad applicare gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE in casi individuali. L'articolo 5, primo comma, di detto regolamento prevede così che tali autorità, decidendo nel merito, possono adottare, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, le seguenti decisioni, ossia ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni e comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale. Secondo l'articolo 5, secondo comma, di tale regolamento, «[q]ualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, [le autorità garanti della concorrenza nazionali] possono anche decidere di non avere motivo di intervenire». In risposta alla questione se le autorità nazionali garanti della concorrenza possano prendere una decisione che accerti l'assenza di violazione degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE, la Corte ha precisato che l'articolo 5 del medesimo regolamento dovesse essere interpretato nel senso di definire tassativamente le decisioni che possono

essere adottate da tali autorità (sentenza del 3 maggio 2011, *Tele2 Polska*, C-375/09, Racc., EU:C:2011:270, punti da 19 a 30).

33 L'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, che rientra nel capitolo IV dedicato alla cooperazione, prevede, tuttavia, unicamente che la denuncia debba essere stata trattata da un'altra autorità garante della concorrenza, e non che essa sia necessariamente stata oggetto di una decisione (v. punto 26 supra). Pertanto, come rilevato dalla Commissione nella decisione impugnata, tale disposizione non impone necessariamente l'adozione di una decisione da parte dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro con cui sia stata già respinta la denuncia. Di conseguenza, anche supponendo che un rigetto di denuncia da parte di un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro per motivi di priorità non costituisca una decisione ai sensi dell'articolo 5, la Commissione potrebbe applicare, in un caso del genere, il disposto dell'articolo 13, paragrafo 2.

(...)

36 In terzo luogo, l'interpretazione accolta al precedente punto 26 risulta in armonia con uno degli obiettivi principali del regolamento n. 1/2003, che è l'istituzione di un sistema decentralizzato efficace di applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione. Dal considerando 6 di detto regolamento risulta, infatti, che «[p]er garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza comunitarie sarebbe opportuno coinvolgere in maggior misura le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri». Il considerando 15 di tale regolamento dispone, inoltre, che «[l]a Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione». Lo stesso regolamento ha così posto fine al regime centralizzato precedentemente in essere e ha organizzato, secondo il principio della sussidiarietà, un'associazione più ampia delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, autorizzandole a tal fine ad attuare il diritto della concorrenza dell'Unione (sentenza dell'8 marzo 2007, *France Télécom/Commissione*, T-339/04, Racc., EU:T:2007:80, punto 79). «Per garantire una ripartizione ottimale dei casi tra le varie autorità nell'ambito della rete», il considerando 18 del regolamento di cui trattasi indica che «occorrerebbe prevedere una disposizione generale che consenta a un'autorità garante della concorrenza di sospendere o chiudere un caso ove un'altra autorità se ne stia già occupando o lo abbia già trattato, affinché ogni caso sia trattato da una sola autorità».

(...)

39 Infine, come sottolineato dalla Commissione, l'interpretazione proposta dalla ricorrente sarebbe contraria al disposto dell'articolo 6 del regolamento n. 1/2003, in forza del quale le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE. Obbligare la Commissione ad esaminare sistematicamente le denunce respinte per motivi di priorità da autorità garanti della concorrenza degli Stati membri equivarrebbe infatti a trasferire alla Commissione il potere di controllo sulle decisioni di tali autorità, che spetta ai soli giudici nazionali. Il medesimo regolamento ha certamente istituito un meccanismo di cooperazione tra la Commissione e tali autorità (sentenza *Tele2 Polska*, cit. al punto 32 supra, EU:C:2011:270, punto 26), ma non ha previsto meccanismi di sostituzione della Commissione ai giudici nazionali, i quali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione [v., considerando 7 della proposta della Commissione di regolamento COM(2000) 582 definitivo del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato].

(...)

43 È pur vero che l'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, come il complesso delle disposizioni di detto regolamento, contempla le situazioni in cui trovano attuazione gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE. In particolare, l'articolo 3, paragrafo 1, di tale regolamento prevede che, quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad una prassi abusiva di un'impresa avente una posizione dominante sul mercato che può pregiudicare il commercio tra Stati membri, sono tenute anche ad applicare l'articolo 102 TFUE.

44 La Commissione può, di conseguenza, respingere una denuncia sulla base del disposto dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 solo qualora essa sia stata oggetto di un esame condotto alla luce delle norme del diritto della concorrenza dell'Unione.

45 Nondimeno, nessuna disposizione di tale regolamento vieta a un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro di basarsi, nelle indagini da essa condotte per verificare l'osservanza delle regole di concorrenza dell'Unione, su conclusioni alle quali essa è giunta nell'ambito di indagini effettuate alla luce di un'altra normativa nazionale. Il paragrafo 21 della comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza si limita, peraltro, a indicare che «il ricorso all'articolo 13 [del regolamento n. 1/2003] è ammesso quando l'accordo o la pratica configurano le medesime infrazioni sul medesimo mercato rilevante del prodotto e geografico».

46 Da quanto precede risulta che la Commissione può, per respingere una denuncia sulla base del disposto dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, fondarsi legittimamente sul motivo vertente sul fatto che un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro abbia precedentemente respinto detta denuncia a seguito di un esame basato sulle conclusioni alle quali è giunta nell'ambito di un'indagine condotta alla luce di altre disposizioni del diritto nazionale, a condizione che tale esame sia stato condotto in considerazione delle norme del diritto della concorrenza dell'Unione».

18 giugno 2015, *Deutsche Bahn AG e a c. Commissione europea*, causa C-583/13 P, Racc., non ancora pubblicata

La Deutsche Bahn costituisce un'impresa operante nel settore del trasporto nazionale e internazionale di merci e passeggeri, della logistica e della prestazione di servizi accessori nel trasporto ferroviario. Nel corso del 2011 la Commissione ha adottato tre decisioni con cui si ordinava alla società di sottoporsi ad accertamenti su asserite condotte anticoncorrenziali poste in essere dalla società medesima. La Deutsche Bahn, in presenza dei suoi avvocati al momento dei tre accertamenti, non ha sollevato obiezioni né ha denunciato la mancanza di una preventiva autorizzazione giudiziaria e non si è neppure opposta ai tre accertamenti a titolo dell'articolo 20, paragrafo 6, del regolamento n. 1/2003. Successivamente la Deutsche Bahn ha proposto tre ricorsi dinanzi al Tribunale, che sono stati riuniti, aventi ad oggetto una domanda diretta all'annullamento delle decisioni controverse nonché all'annullamento degli atti adottati dalla Commissione nel corso di detti accertamenti e una domanda diretta a condannare la Commissione a restituire tutte le copie dei documenti effettuate nell'ambito di tali accertamenti. A sostegno dei suoi ricorsi, la Deutsche Bahn ha dedotto cinque motivi vertenti, in sostanza, su una violazione del diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio come tutelato dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CEDU) e dall'articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali a causa dell'assenza di una preventiva autorizzazione giudiziaria, di una violazione del diritto fondamentale ad un ricorso giurisdizionale effettivo quale garantito dall'articolo 47 della Carta e dall'articolo 6 della CEDU, di diverse violazioni dei diritti della difesa nonché di una violazione del principio di proporzionalità. Avendo il Tribunale ha respinto in toto il ricorso della Deutsche Bahn, quest'ultima ha impugnato la sentenza del Tribunale davanti alla Corte di giustizia la quale ha osservato:

«Sul primo motivo, vertente su un'erronea interpretazione ed applicazione del diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio previsto dagli articoli 7 della Carta e 8 della CEDU

(...)

18 Con il suo primo motivo, la Deutsche Bahn mira, in sostanza, a dimostrare che la sentenza impugnata è viziata da errori di diritto in quanto il Tribunale, in violazione degli articoli 7 della

Carta e 8 della CEDU, ha dichiarato che l'assenza di preventiva autorizzazione giudiziaria non incideva sulla legittimità delle decisioni controverse.

19 Occorre rilevare al riguardo che il diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio costituisce un principio generale del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze Hoechst/Commissione, 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337, punto 19; Dow Benelux/Commissione, 85/87, EU:C:1989:379, punto 30, nonché Dow Chemical Ibérica e a./Commissione, da 97/87 a 99/87, EU:C:1989:380, punto 16) che è ora espresso nell'articolo 7 della Carta, il quale corrisponde all'articolo 8 della CEDU.

20 Occorre anche precisare che, se dalla giurisprudenza della Corte eur. D.U. emerge che la protezione prevista all'articolo 8 della CEDU può estendersi a taluni locali commerciali, tuttavia tale Corte ha dichiarato che l'ingerenza pubblica potrebbe più facilmente estendersi a locali o attività aziendali o commerciali piuttosto che ad altri casi (Corte eur. D.U., Niemietz c. Germania, 16 dicembre 1992, serie A n. 251-B, e Bernh Larsen Holding AS e a. c. Norvegia, n. 24117/08, 14 marzo 2013).

21 Nella fattispecie occorre innanzitutto constatare, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 33 delle sue conclusioni, che non si può contestare al Tribunale di non aver tenuto conto delle sentenze della Corte eur. D.U., Société Métallurgique Liotard Frères c. Francia nonché Canal Plus c. Francia, citate, in quanto queste ultime vertevano non sulla violazione dell'articolo 8 della CEDU, ma su quella del suo articolo 6.

22 Occorre inoltre rilevare che il Tribunale, al punto 72 della sentenza impugnata, ha correttamente ricordato, rinviando al punto 49 della sentenza Colas Est e a. c. Francia, citata, che la Corte eur. D.U. ha ritenuto che la mancanza di un'autorizzazione giudiziaria preventiva fosse soltanto uno degli elementi presi in considerazione per affermare l'esistenza di una violazione dell'articolo 8 della CEDU. Il Tribunale ha aggiunto, in detto punto, che sono stati presi in considerazione dalla Corte eur. D.U. l'ampiezza dei poteri detenuti dall'autorità nazionale garante della concorrenza, le circostanze dell'ingerenza e il numero limitato di garanzie e che tali elementi differiscono dalla situazione esistente nel diritto dell'Unione.

23 A tal proposito occorre sottolineare che i poteri di verifica di cui dispone la Commissione in virtù dell'articolo 20, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 si limitano a che gli agenti di quest'ultima siano autorizzati, fra l'altro, ad accedere ai locali da loro scelti, a farsi presentare i documenti richiesti e a farne copia e a farsi mostrare il contenuto dei mobili che essi indicano (v., in tal senso, sentenza Hoechst/Commissione, 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337, punto 31).

24 Occorre anche ricordare che, conformemente all'articolo 20, paragrafi 6 e 7, del regolamento n. 1/2003, un'autorizzazione di un'autorità giudiziaria va richiesta quando, in caso di opposizione dell'impresa interessata, lo Stato membro interessato presta l'assistenza necessaria ricorrendo, se del caso, alla forza pubblica o a un'autorità equivalente incaricata dell'applicazione della legge, per consentire di eseguire la missione di accertamento, e quando detta autorizzazione è richiesta dal diritto nazionale. L'autorizzazione può anche essere richiesta in via preventiva. Si precisa, inoltre, all'articolo 20, paragrafo 8, di tale regolamento che, anche se il giudice nazionale verifica, segnatamente, che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né eccessive rispetto all'oggetto dell'accertamento, esso non può tuttavia rimetterne in discussione la necessità. Tale medesima disposizione prevede un controllo giurisdizionale ex post riservato alla Corte.

25 Di conseguenza, il Tribunale ha correttamente constatato, al punto 67 della sentenza impugnata, che, alla luce della giurisprudenza della Corte eur. D.U., l'assenza di autorizzazione giudiziaria preventiva non era idonea a comportare, di per sé, l'illegittimità della misura di accertamento.

26 Per quanto riguarda poi l'argomento sollevato dalla Deutsche Bahn secondo cui il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto fondandosi, al punto 66 della sentenza impugnata, sulle sentenze della Corte eur. D.U., Harju c. Finlandia e Heino c. Finlandia, citate, occorre constatare che la Corte eur. D.U. vi ha espressamente affermato che la mancanza di un'autorizzazione giudiziaria

preventiva poteva essere compensata da un controllo giurisdizionale completo ex post che intervenisse sia sulle questioni di fatto che sulle questioni di diritto.

(...)

28 Infine, è giocoforza rilevare che il Tribunale, dopo aver ricordato, al punto 73 della sentenza impugnata, che, secondo la giurisprudenza della Corte eur. D.U., la protezione contro le violazioni arbitrarie da parte dei pubblici poteri richiede un contesto legale e limiti rigorosi, esso ha enunciato ed esaminato, ai punti da 74 a 100 della sentenza impugnata, cinque categorie di garanzie che devono regolare la decisione di accertamento. Il Tribunale ha poi concluso, al punto 100 della sentenza impugnata, che ciascuna di tali garanzie era soddisfatta nella fattispecie.

29 A tal proposito, basta osservare che l'esame dettagliato fornito dal Tribunale è conforme sia ai requisiti della Corte eur. D.U., come emerge dal punto precedente, sia alla formulazione letterale del regolamento n. 1/2003 nonché alla giurisprudenza della Corte.

30 Infatti, da una parte, emerge dall'articolo 20, paragrafo 4, del regolamento n. 1/2003 che la decisione di accertamento deve menzionare l'oggetto e lo scopo dell'accertamento, le sanzioni applicabili all'impresa interessata nonché il ricorso che quest'ultima può proporre dinanzi alla Corte.

31 D'altra parte, secondo una costante giurisprudenza i poteri di verifica di cui dispone la Commissione sono ben delimitati, che si tratti segnatamente dell'esclusione dal campo d'investigazione dei documenti che non sarebbero di natura professionale, del diritto ad un'assistenza giuridica, del mantenimento della riservatezza della corrispondenza tra avvocati e clienti o, ancora, dell'obbligo di motivazione della decisione di accertamento e della facoltà di proporre un ricorso dinanzi al giudice dell'Unione (v., in tal senso, sentenza Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, punti da 44 a 50).

32 Inoltre, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 38 delle sue conclusioni e com'è stato indicato al punto 26 della presente sentenza, la Corte eur. D.U. considera che un controllo giurisdizionale completo ex post permette di compensare la mancanza di un'autorizzazione giudiziaria preventiva e costituisce, pertanto, una garanzia fondamentale per assicurare la compatibilità della misura di accertamento di cui trattasi con l'articolo 8 della CEDU (v., segnatamente, Corte eur. D.U., sentenza Delta Pekárny a.s. c. Repubblica ceca, n. 97/11, §§ 83, 87 e 92, 2 ottobre 2014).

33 È esattamente questo che avviene nell'ambito del sistema istituito nell'Unione europea, in quanto l'articolo 20, paragrafo 8, del regolamento n. 1/2003 indica espressamente che la Corte è competente ad esercitare un controllo di legittimità della decisione di accertamento adottata dalla Commissione.

34 Il controllo previsto dai Trattati implica che il giudice dell'Unione eserciti, sulla base degli elementi forniti dal ricorrente a sostegno dei motivi invocati, un controllo completo, ovvero un controllo che intervenga sia sulle questioni di diritto che sulle questioni di fatto (v., in tal senso, sentenze Chalkor/Commissione, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punto 62, e CB/Commissione, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 44).

35 Ne consegue che il Tribunale ha correttamente dichiarato che il diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio, quale tutelato dall'articolo 8 della CEDU, non viene violato a causa della mancanza di una preventiva autorizzazione giudiziaria.

(...)

Sul secondo motivo, vertente su un'erronea interpretazione ed applicazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva previsto dagli articoli 47 della Carta e 6, paragrafo 1, della CEDU

(...)

41 Occorre innanzitutto rilevare che il Tribunale, ai punti 109 e 110 della sentenza impugnata, ha correttamente dichiarato che emerge dalle sentenze della Corte eur. D.U., Société Métallurgique Liotard Frères c. Francia e Canal Plus c. Francia, citate, che quel che rileva è l'intensità del controllo, incluso il controllo su tutti gli elementi di fatto e di diritto e che consente un adeguato risarcimento in caso di accertamento di irregolarità, e non il momento in cui tale controllo interviene.

42 Occorre inoltre rilevare che il Tribunale ha ricordato, al punto 112 della sentenza impugnata, che il giudice dell'Unione, nel pronunciarsi su un ricorso di annullamento proposto contro una decisione di accertamento, esercita un controllo tanto in diritto quanto in fatto ed ha il potere di valutare le prove nonché di annullare la decisione impugnata.

43 È giocoforza constatare che tale analisi è conforme anche alla costante giurisprudenza della Corte quale ricordata al punto 34 della presente sentenza. Le valutazioni fornite dal Tribunale ai punti da 109 a 112 della sentenza impugnata non sono pertanto viziate da alcun errore di diritto.

44 Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Deutsche Bahn, è riconosciuta alle imprese destinatarie di una decisione di accertamento la facoltà di contestare la legittimità di quest'ultima e ciò, come rileva l'avvocato generale al paragrafo 46 delle sue conclusioni, a partire dal momento del ricevimento della notifica di detta decisione, il che implica che l'impresa non è costretta ad attendere l'adozione della decisione definitiva della Commissione relativa alla violazione sospettata delle regole di concorrenza per presentare un ricorso di annullamento dinanzi ai giudici dell'Unione.

45 Infine, al punto 113 della sentenza impugnata, il Tribunale ha ricordato, a titolo delle garanzie previste nel diritto dell'Unione per assicurare il rispetto del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, la giurisprudenza della Corte secondo cui la conseguenza dell'annullamento della decisione di accertamento o della constatazione di un'irregolarità nello svolgimento della verifica risiede nell'impossibilità per la Commissione di usare le informazioni così raccolte ai fini della procedura di infrazione (sentenza *Roquette Frères*, C-94/00, EU:C:2002:603, punto 49).

46 Risulta da quanto precede che il Tribunale ha correttamente considerato che il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva, come garantito dall'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, non viene violato in ragione dell'assenza del controllo giudiziario preventivo.

47 Occorre ricordare a tal proposito che tale diritto fondamentale costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, oggi espresso nell'articolo 47 della Carta, il quale corrisponde nel diritto dell'Unione all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU (v., in tal senso, segnatamente, sentenze *Chalkor/Commissione*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punto 52 e giurisprudenza ivi citata; *Telefónica e Telefónica de España/Commissione*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punto 40, nonché *CB/Commissione*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 43).

(...)

Sul terzo motivo, vertente su una violazione dei diritti della difesa tenuto conto di irregolarità che viziano lo svolgimento del primo accertamento

(...)

56 Quanto al merito, occorre ricordare che l'articolo 20, paragrafo 4, del regolamento n. 1/2003 obbliga la Commissione a motivare la decisione che ordina una verifica indicando l'oggetto e lo scopo di quest'ultima, circostanza che, come ha precisato la Corte, costituisce un'esigenza fondamentale allo scopo non solo di evidenziare il carattere giustificato dell'azione prevista all'interno delle imprese interessate, ma anche di consentire loro di comprendere la portata del loro dovere di collaborazione pur facendo salvi i loro diritti di difesa (sentenze *Roquette Frères*, C-94/00, EU:C:2002:603, punto 47, nonché *Nexans e Nexans Francia/Commissione*, C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punto 34).

57 Inoltre, conformemente all'articolo 28, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, le informazioni raccolte durante gli accertamenti non devono essere utilizzate per scopi diversi da quelli indicati nel mandato di accertamento o nella decisione di accertamento (v., in tal senso, sentenza *Dow Benelux/Commissione*, 85/87, EU:C:1989:379, punto 17).

58 A tal proposito, la Corte precisa che tale prescrizione è intesa a tutelare, oltre al segreto professionale, cui fa esplicito riferimento detto articolo 28, i diritti della difesa delle imprese che l'articolo 20, paragrafo 4, è inteso a garantire. Tali diritti sarebbero gravemente compromessi qualora la Commissione potesse fondarsi, nei confronti delle imprese, su prove che, conseguite durante un accertamento, siano estranee all'oggetto ed allo scopo di questo (v., in tal senso, sentenza *Dow Benelux/Commissione*, 85/87, EU:C:1989:379, punto 18).

59 Non se ne può tuttavia concludere che la Commissione non possa avviare un procedimento d'indagine al fine di accertare l'esattezza di informazioni di cui essa sia venuta incidentalmente a conoscenza durante un accertamento precedente, o di integrarle, qualora dette informazioni indichino l'esistenza di comportamenti contrastanti con le norme del Trattato in materia di concorrenza. Infatti, un divieto del genere oltrepasserebbe i limiti di quanto necessario per la tutela del segreto professionale e dei diritti della difesa e costituirebbe un ostacolo ingiustificato allo svolgimento, da parte della Commissione, del compito di vegliare sul rispetto delle regole sulla concorrenza nel mercato comune e di individuare infrazioni agli articoli 101 TFUE e 102 TFUE (v., in tal senso, sentenza Dow Benelux/Commissione, 85/87, EU:C:1989:379, punto19).

60 Risulta da quanto precede che, da un lato, la Commissione è tenuta a motivare la sua decisione che ordina un accertamento. Dall'altro, poiché la motivazione di tale decisione delimita l'ambito dei poteri conferiti agli agenti della Commissione, solo i documenti rientranti nell'oggetto dell'accertamento possono essere ricercati.

61 Orbene, nella specie emerge tanto dal punto 162 della sentenza impugnata quanto dalle dichiarazioni della Commissione, in udienza, che quest'ultima ha immediatamente informato i suoi agenti, prima dello svolgimento del primo accertamento, dell'esistenza di un'altra denuncia nei confronti della Deutsche Bahn concernente la sua controllata DUSS.

62 A tal proposito occorre rilevare che, se, come ha sottolineato l'avvocato generale al paragrafo 69 delle sue conclusioni, l'efficacia di un accertamento implica che la Commissione fornisca agli agenti che ne sono incaricati, anteriormente all'accertamento, tutte le informazioni che consentono loro di comprendere la natura e l'ampiezza dell'eventuale violazione delle regole di concorrenza nonché le informazioni relative alla logistica dell'accertamento stesso, l'insieme di tali informazioni deve tuttavia riferirsi solo all'oggetto dell'accertamento che è stato ordinato mediante decisione.

63 Tuttavia, anche se il Tribunale ha correttamente ricordato, al punto 75 della sentenza impugnata, che la decisione di accertamento della Commissione era assoggettata all'obbligo di motivazione, è giocoforza constatare che esso non ha considerato che, se la Commissione informava, anteriormente allo svolgimento del primo accertamento, i suoi agenti dell'esistenza di una denuncia supplementare nei confronti dell'impresa interessata, l'oggetto di tale accertamento, come figurante in tale decisione, doveva contenere anche gli elementi rientranti in tale denuncia.

64 Orbene, detta affermazione preliminare, non del contesto generale della causa, ma dell'esistenza di una denuncia distinta è estranea all'oggetto della prima decisione di accertamento. Di conseguenza, l'assenza di riferimento a detta denuncia nell'ambito dell'oggetto di tale decisione di accertamento costituisce una violazione dell'obbligo di motivazione e dei diritti della difesa dell'impresa interessata.

65 Occorre inoltre constatare che il Tribunale, al punto 134 della sentenza impugnata, ha espressamente indicato che il fatto che la seconda decisione di accertamento sia stata adottata durante lo svolgimento del primo accertamento mostra l'importanza delle informazioni raccolte in tale occasione nell'avvio del secondo accertamento e che il terzo accertamento era inequivocabilmente fondato, in parte, sulle informazioni raccolte durante i due primi accertamenti. Esso ne ha concluso che le condizioni in cui le informazioni relative alla DUSS sono state ottenute durante il primo accertamento sono idonee ad incidere sulla legittimità della seconda e della terza decisione di accertamento.

66 Pertanto, il primo accertamento era viziato da irregolarità in quanto gli agenti della Commissione, già in possesso di elementi di informazione estranei all'oggetto di detto accertamento, hanno sequestrato documenti esulanti dall'ambito dell'accertamento quale delimitato dalla prima decisione controversa.

67 Risulta da tutto quanto precede che il Tribunale ha commesso un errore di diritto constatando, al punto 162 della sentenza impugnata, che l'informazione degli agenti della Commissione dell'esistenza della denuncia relativa alla DUSS anteriormente alla prima decisione di accertamento era legittima a titolo degli elementi del contesto generale, per di più senza precisarne le ragioni,

laddove una tale informazione anteriore non rientra manifestamente nell'ambito dell'oggetto di tale prima decisione di accertamento e viola così le garanzie che regolano i poteri di accertamento della Commissione.

68 Ciò premesso, il terzo motivo deve essere accolto».

9 marzo 2017, *Samsung SDI Co. Ltd and Samsung SDI (Malaysia) Bhd c. European Commission*, causa C-615/15 P, ECLI: EU: C:2017:190

Nel 2012 la Commissione ha accertato che Samsung ed altri produttori avevano violato l'art. 101 TFUE partecipando a due distinti cartelli relativi al mercato mondiale dei tubi catodici per schermi di televisori e computer. Dopo che il Tribunale ha rigettato integralmente il ricorso presentato da Samsung, quest'ultima ha impugnato la sentenza del Tribunale davanti alla Corte di giustizia sostenendo, inter alia, che il Tribunale aveva commesso un errore di diritto non rilevando che la Commissione aveva errato nell'interpretare ed applicare le proprie Linee guida per il calcolo dell'importo delle ammende in quanto nel determinare l'entità della sanzione pecuniaria irrogata aveva tenuto conto anche delle vendite negoziate da Samsung al di fuori del SEE, sebbene consegnate all'interno del SEE.

Su tale specifico punto la Corte ha osservato:

«49. By the third ground of appeal, the appellants criticise the General Court, in essence, for considering that the Commission had not breached point 13 of its Guidelines on the method of setting fines, by taking account of the value of sales negotiated outside the EEA of goods delivered within the EEA, in calculating the fine imposed on them. The question whether the Commission correctly interpreted and applied its own guidelines and whether those guidelines comply with the provisions and principles governing the determination of the amount of the fine to be imposed for an infringement of the competition rules are questions of law, which may be raised before the Court at the appeal stage. Accordingly, the third ground of appeal is admissible.

50. However, with regard to its substance, that third ground of appeal cannot succeed.

51. It must be recalled that point 13 of the Guidelines on the method of setting fines pursues the objective of adopting as the starting point for the calculation of the fine imposed on an undertaking an amount which reflects the economic significance of the infringement and the size of the undertaking's contribution to it (judgment of 9 July 2015, *InnoLux v Commission*, C-231/14 P, EU:C:2015:451, paragraph 50 and the case-law cited).

52. Consequently, the concept of the 'value of sales', referred to in point 13 of the Guidelines on the method of setting fines, encompasses the sales made on the market concerned by the infringement in the EEA, and it is not necessary to determine whether those sales were genuinely affected by that infringement (judgment of 9 July 2015, *InnoLux v Commission*, C-231/14 P, EU:C:2015:451, paragraph 51 and the case-law cited).

53. However, in paragraph 195 of the judgment under appeal, the General Court held that, in the present case, the place of delivery had a real impact on the level of sales made by the appellants. Although the prices and quantities of CDTs to be supplied were negotiated, for the most part, in South Korea, between the headquarters of Samsung SDI and those of SEC, the CDTs were delivered directly from the warehouses managed by Samsung SDI, located in the EEA, to SEC, in its warehouses also located in the EEA, and, moreover, SEC's European subsidiaries ultimately had the possibility of changing their production plans and, accordingly, the number of CDTs that they needed. In that case, the level of sales finally made by Samsung SDI to SEC would be altered.

54. Consequently, the General Court did not err in law in considering that, in order to determine the amount of sales within the EEA, for the purpose of those guidelines, it was necessary to take account of all deliveries made in the EEA.

55. Furthermore, if the appellants' argument were accepted, an undertaking participating in an infringement would merely have to negotiate its sales with its customers outside the EEA in order to ensure that those sales would not be taken into account in the calculation of a potential fine, which would therefore be much smaller (see, by analogy, judgment of 27 September 1988, *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 and 125/85 to 129/85, EU:C:1988:447, paragraph 16) ».

14 marzo 2017, *Evonik Degussa GmbH c. Commissione europea*, causa C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205

Il 3 maggio 2006 la Commissione europea ha adottato una decisione nei confronti della società Degussa AG e di altre società relativa ad una infrazione dell'art. 101 TFUE nel territorio dello Spazio economico europeo (SEE), nel settore del perossido di idrogeno e del perborato. Nel 2007 è stata pubblicata una prima versione non riservata della decisione perossido di idrogeno e perborato sul sito Internet della direzione generale (DG) «Concorrenza» della Commissione. Con lettera del 28 novembre 2011 la Commissione ha comunicato Degussa AG la propria intenzione di pubblicare una nuova versione non riservata, più dettagliata, della decisione perossido di idrogeno e perborato, che riprendeva integralmente il contenuto di detta decisione ad eccezione delle informazioni riservate. In tale occasione, la Commissione ha chiesto alla ricorrente di individuare, nella medesima decisione, le informazioni per le quali intendeva richiedere il trattamento riservato. Ritenendo che tale versione estesa della decisione perossido di idrogeno e perborato contenesse informazioni riservate o segreti aziendali, la ricorrente ha comunicato alla Commissione che si opponeva alla pubblicazione prevista. Con lettera del 15 marzo 2012 la Commissione ha comunicato alla ricorrente che accettava di eliminare dalla versione estesa della decisione perossido di idrogeno e perborato, destinata alla pubblicazione, tutte le informazioni che consentivano di individuare, direttamente o indirettamente, la fonte delle informazioni comunicate ai sensi della comunicazione sul trattamento favorevole del 2002, nonché i nomi di collaboratori della ricorrente. Per contro, la Commissione ha ritenuto che non fosse giustificato concedere il beneficio della riservatezza alle altre informazioni per le quali la ricorrente aveva richiesto tale trattamento riservato. Degussa AG ha quindi adito il consigliere-auditore affinché quest'ultimo escludesse dalla versione estesa della decisione perossido di idrogeno e perborato qualsiasi informazione da essa fornita ai sensi della comunicazione sul trattamento favorevole del 2002. Il consigliere-auditore, a nome della Commissione, ha respinto le richieste di trattamento riservato presentate da Degussa AG. Avverso tale decisione è stato presentato ricorso al Tribunale che lo ha respinto. Avverso la decisione del Tribunale Degussa AG ha presentato impugnazione davanti alla Corte di giustizia facendo valere, inter alia, un presunto errore di diritto commesso dal Tribunale per aver ritenuto che informazioni in questione avevano perso il loro carattere riservato per il solo fatto che esse risalivano a più di cinque anni addietro. Su tale specifico punto la Corte di giustizia ha osservato:

«64. Per quanto riguarda, in primo luogo, l'argomento con il quale la ricorrente contesta al Tribunale di aver applicato alla pubblicazione di informazioni comunicate al fini di ottenere il trattamento favorevole una regola che non è trasponibile a tale contesto, occorre rilevare che informazioni che sono state segrete o riservate, ma che risalgono a cinque anni addietro o più, devono, a causa del decorso del tempo, essere considerate, in linea di principio, storiche e ormai prive, per tale motivo, del loro carattere segreto o riservato, salvo che, in via eccezionale, la parte che si avvale di tale carattere non dimostri che, malgrado siano datate, tali informazioni costituiscono ancora elementi essenziali della sua posizione commerciale o di quelle di terzi interessati. Tali considerazioni, che conducono a una presunzione relativa, sono valide sia nel contesto di richieste di trattamento riservato nei confronti di parti intervenienti nell'ambito di ricorsi dinanzi ai giudici dell'Unione sia

nel contesto di richieste di riservatezza in vista della pubblicazione da parte della Commissione di una decisione che accerta un'infrazione al diritto della concorrenza.

65. Nella specie, dopo aver esposto tale regola al punto 84 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato, al punto 85 della stessa, che, sebbene le informazioni controverse risalissero tutte a più di cinque anni prima e la maggior parte di esse risalissero addirittura a più di dieci anni prima, la ricorrente non aveva dedotto argomenti specifici al fine di dimostrare che, nonostante fossero datate, dette informazioni costituivano ancora elementi essenziali della sua posizione commerciale o di quella di un terzo. La ricorrente si sarebbe limitata ad affermare che numerosi passaggi della versione estesa della decisione perossido di idrogeno e perborato, pur descrivendo i fatti costitutivi dell'infrazione, contenevano informazioni relative ai suoi rapporti d'affari e alla sua politica dei prezzi.

66. Infine, il Tribunale ha concluso, al punto 86 della sentenza impugnata, che, anche supponendo che alcune delle informazioni controverse avessero potuto costituire segreti aziendali in una determinata epoca, esse dovevano essere ritenute in ogni caso storiche. Inoltre, la ricorrente non avrebbe dimostrato il motivo per cui sarebbe ancora giustificato concedere loro, in via eccezionale, la protezione offerta a tale titolo dall'articolo 30, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003.

67. Ne consegue che il ragionamento del Tribunale ai punti da 84 a 86 della sentenza impugnata non è inficiato da alcun errore di diritto.

68. In secondo luogo, occorre constatare che la ricorrente, nell'ambito di tale prima parte del secondo motivo dell'impugnazione, invoca una contraddizione tra la valutazione, al punto 85 della sentenza impugnata, della natura non riservata delle informazioni considerate, a motivo del loro carattere storico, e la valutazione, al punto 105 di detta sentenza, secondo cui la pubblicazione di tali informazioni avrebbe potuto arrecarle un danno grave.

69. A tale riguardo occorre tuttavia rilevare che detto argomento si basa su una lettura erronea della sentenza impugnata. Al punto 85 di tale sentenza, infatti, il Tribunale si è limitato a constatare il carattere storico delle informazioni controverse al fine di respingere la domanda della ricorrente diretta ad ottenere la tutela di tali informazioni a titolo di segreti aziendali o di informazioni commerciali di natura riservata, mentre l'affermazione del Tribunale, al punto 105 di detta sentenza, secondo la quale la divulgazione delle informazioni controverse sarebbe stata tale da arrecare alla ricorrente un danno grave, si inserisce nell'esame della seconda delle tre condizioni alle quali è subordinata la tutela della riservatezza di informazioni, nella specie, comunicate alla Commissione in forza del programma di trattamento favorevole.

70. In terzo luogo, l'argomento della ricorrente secondo cui il Tribunale avrebbe ammesso una presunzione generale di perdita di riservatezza delle informazioni fornite dai richiedenti il trattamento favorevole al termine di un periodo di cinque anni, presunzione che avrebbe l'effetto di vanificare la tutela delle dichiarazioni effettuate nell'ambito del programma di trattamento favorevole, deriva anch'esso da una lettura erronea della sentenza impugnata. Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 136 a 139 delle sue conclusioni, un siffatto argomento non tiene conto del fatto che il Tribunale, ai punti da 84 a 86 della sentenza impugnata, si è limitato ad applicare tale presunzione per respingere l'affermazione della ricorrente secondo cui la pubblicazione prevista conteneva informazioni commerciali sensibili, e che l'applicazione di tale presunzione non pregiudicava, pertanto, l'esame da parte del Tribunale, ai punti da 88 a 122 della sentenza impugnata, della distinta censura della ricorrente vertente sul fatto che le informazioni controverse provenivano da una dichiarazione di trattamento favorevole. Detto argomento deve essere, quindi, parimenti respinto in quanto infondato ».

27 aprile 2017, *FSL Holdings NV c. Commissione*, causa C-469/15 P, ECLI:EU:C:2017:308

Il 12 ottobre 2011 la Commissione ha adottato una decisione con cui ha constatato che la società Chiquita e le società FSL Holdings NV, Firma Léon Van Parys NV e Pacific Fruit Company Italy SpA avevano violato l'articolo 101 TFUE partecipando a un cartello in materia di importazione, commercializzazione e vendita di banane in Grecia, in Italia e in Portogallo, nel periodo compreso tra il 2004 e il 2005, durante il quale tali imprese hanno coordinato la loro strategia dei prezzi in questi tre Stati membri. Il ricorso presentato avverso tale decisione è stato rigettato nel merito dal Tribunale il quale si è limitato a ridurre l'entità della sanzione inflitta. Avverso la sentenza del Tribunale le società hanno presentato impugnazione alla Corte di giustizia sulla base di una presunta violazione di forme sostanziali e dei diritti della difesa in quanto il Tribunale non avrebbe constatato l'illegittimità dell'utilizzo degli elementi di prova trasmessi dalla Guardia di Finanza alla Commissione. Inoltre, le società fanno valere che il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto, limitandosi a rammentare che la legittimità della trasmissione di tali elementi alla Commissione andava valutata solo alla luce del sistema giuridico italiano, mentre tale trasmissione deve rispettare altresì il diritto dell'Unione. Infine, le società ritengono che la Commissione ha violato i diritti della difesa informandole della trasmissione da parte dell'autorità nazionale dei documenti di cui trattasi solo due anni dopo l'avvenuta trasmissione.

Su tali censure la Corte ha osservato:

« 32. Per quanto riguarda il primo aspetto dell'argomento sviluppato a sostegno del primo motivo, il Tribunale, ai punti 45 e 80 della sentenza impugnata, ha correttamente rammentato che, da un lato, la legittimità della trasmissione alla Commissione, da parte di un procuratore o da parte delle autorità competenti in materia di concorrenza, d'informazioni raccolte in applicazione del diritto penale nazionale, è una questione che rientra nel diritto nazionale e, dall'altro, che il giudice dell'Unione non è competente a verificare la legittimità, rispetto al diritto nazionale, di un atto emanato da un'autorità nazionale (sentenza del 25 gennaio 2007, Dalmine/Commissione, C-407/04 P, EU:C:2007:53, punto 62).

33. A prescindere dalla questione se, per ammettere la ricevibilità dei documenti in questione da parte della Commissione, il Tribunale poteva limitarsi a constatare, al punto 80 della sentenza impugnata, che la loro trasmissione non era stata dichiarata illegittima da un giudice nazionale, occorre non solo sottolineare che il Tribunale ha esaminato, ai punti da 82 a 89 di tale sentenza, le condizioni in cui tale trasmissione era stata effettuata, ma che ha altresì correttamente respinto in quanto infondato, ai punti da 71 a 79 di tale sentenza, l'argomento delle ricorrenti secondo cui, tenuto conto di quanto prevede l'articolo 12 del regolamento n. 1/2003 per gli scambi di informazioni tra autorità garanti della concorrenza, i documenti trasmessi dalla Guardia di Finanza alla Commissione potevano essere utilizzati da quest'ultima come mezzo di prova solo per l'oggetto d'indagine per il quale erano stati raccolti da tale autorità nazionale.

34. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 45 delle sue conclusioni, l'articolo 12 del regolamento n. 1/2003 persegue l'obiettivo particolare di agevolare e incentivare la collaborazione tra le autorità nell'ambito della rete europea della concorrenza, facilitando lo scambio d'informazioni. A tal riguardo, il suo paragrafo 1 prevede che, ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate, precisando allo stesso tempo, segnatamente al paragrafo 2, le condizioni in cui tali informazioni possono essere utilizzate.

35. Non si può pertanto dedurre da tali disposizioni che esse esprimano una regola più generale che vieterebbe alla Commissione di utilizzare informazioni trasmesse da autorità nazionali, diverse dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, per il solo fatto che tali informazioni sono state ottenute per altri scopi.

36. Occorre altresì sottolineare che, come rilevato dal Tribunale al punto 79 della sentenza impugnata, una tale regola ostacolerebbe eccessivamente il ruolo della Commissione nel suo compito di vigilanza sulla corretta applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione.
37. Il Tribunale ha di conseguenza risposto correttamente alle critiche delle ricorrenti sulla legittimità dell'utilizzo dei documenti trasmessi dalla Guardia di Finanza.
38. Per quanto attiene all'argomento delle ricorrenti secondo cui un utilizzo di tali documenti per scopi diversi da quelli per i quali sono stati acquisiti potrebbe compromettere irrimediabilmente i diritti della difesa, occorre rammentare che il principio vigente nel diritto dell'Unione è quello della libera produzione delle prove e che il solo criterio pertinente per valutare le prove prodotte è quello della loro credibilità (v. sentenza del 25 gennaio 2007, *Dalmine/Commissione*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, punto 63).
39. Le ricorrenti contestano poi al Tribunale di non aver constatato la violazione dei diritti della difesa da parte della Commissione, per il fatto che quest'ultima ha aspettato circa due anni prima di informarle di essere in possesso di tali documenti.
40. A tal proposito occorre ricordare che il rispetto dei diritti della difesa esige che l'impresa interessata sia stata messa in grado, durante il procedimento amministrativo, di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla rilevanza dei fatti e delle circostanze allegati, nonché sui documenti di cui la Commissione ha tenuto conto per suffragare la sua affermazione circa l'esistenza di un'infrazione (v., segnatamente, sentenza del 25 gennaio 2007, *Dalmine/Commissione*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, punto 44 e la giurisprudenza ivi citata).
41. Nel contesto di una procedura a norma dell'articolo 101 TFUE occorre pertanto distinguere due fasi, quella antecedente alla comunicazione degli addebiti e quella successiva a quest'ultima (v., segnatamente, sentenza del 3 settembre 2009, *Prym e Prym Consumer/Commissione*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punto 27).
42. La Corte ha quindi dichiarato che la Commissione non era tenuta a informare l'impresa interessata del possesso di elementi di prova prima dell'invio della comunicazione degli addebiti poiché sono proprio l'invio della comunicazione degli addebiti, da un lato, e l'accesso al fascicolo che consente al destinatario di tale comunicazione di avere cognizione degli elementi probatori contenuti nel fascicolo della Commissione, dall'altro, a garantire i diritti della difesa, e che l'impresa interessata può far pienamente valere i diritti della difesa dopo l'invio di tale comunicazione (v., segnatamente, sentenza del 25 gennaio 2007, *Dalmine/Commissione*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, punti 58 e 59).
43. Tuttavia, la Corte ha altresì precisato che la Commissione deve vegliare affinché i diritti della difesa non siano pregiudicati durante l'istruttoria che precede la comunicazione degli addebiti (v., segnatamente, sentenza del 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a./Commissione*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, punto 63).
44. Per respingere la censura vertente sul fatto che la Commissione era in possesso di determinati documenti molto tempo prima della comunicazione degli addebiti, il Tribunale ha rilevato, al punto 98 della sentenza impugnata, che la Commissione aveva menzionato esplicitamente il fatto che essa si fondava sui documenti trasmessi dalle autorità italiane in tale comunicazione e che la Commissione aveva trasmesso tali documenti alle ricorrenti alcuni mesi prima della suddetta comunicazione.
45. Inoltre, il Tribunale ha ritenuto, al punto 99 della sentenza impugnata, che le ricorrenti non hanno addotto i motivi per i quali il fatto di non essere venute a conoscenza di tali documenti durante la fase istruttoria ha potuto in qualche modo incidere sulle loro successive possibilità di difesa, nella fase seguente la comunicazione degli addebiti (v., per analogia, sentenza del 25 gennaio 2007, *Dalmine/Commissione*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, punto 61).
46. In tal modo, esso ha correttamente respinto tale parte dell'argomentazione delle ricorrenti.
47. Per quanto riguarda, infine, l'asserito snaturamento degli elementi di prova da parte del Tribunale, occorre rammentare che sussiste snaturamento dal momento che, senza che occorra assumere nuove prove, la valutazione degli elementi disponibili risulta manifestamente erronea (v., in particolare, sentenza del 17 giugno 2010, *Lafarge/Commissione*, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punto 17).

48. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 65 delle sue conclusioni, il ricorrente deve, inoltre, indicare con precisione le prove che sono state snaturate e esporre gli errori di valutazione che sarebbero stati commessi (v., segnatamente, sentenza del 17 giugno 2010, Lafarge/Commissione, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punto 16).

49. Tuttavia, le ricorrenti non contestano l'analisi dei documenti in questione da parte del Tribunale, ma la loro ricevibilità laddove la loro trasmissione da parte della Guardia di Finanza fosse ritenuta illegittima, cosa che, in ogni caso, non è stata dimostrata.

50. Alla luce di quanto precede, il primo motivo deve essere integralmente respinto ».

10 novembre 2017, Icap e a. c. Commissione, causa T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795

Il 17 dicembre 2010, l'UBS AG e l'UBS Securities Japan (congiuntamente l'«UBS») hanno presentato alla Commissione una domanda di attribuzione di un numero d'ordine (il cosiddetto marker) ai sensi della comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, informandola dell'esistenza di un cartello nel settore dei derivati sui tassi d'interesse in yen giapponesi. Successivamente altre imprese (la Citigroup Inc. e la Citigroup Global Markets Japan Inc. (congiuntamente «Citi»), la Deutsche Bank Aktiengesellschaft (la «DB»), la R. P. Martin Holdings e la Martin Brokers (UK) Ltd nonché la The Royal Bank of Scotland (la «RBS») hanno rispettivamente presentato domande ai sensi della comunicazione sulla cooperazione. Il 29 ottobre 2013, la Commissione ha trasmesso una comunicazione degli addebiti alle società di cui sopra e, in applicazione della procedura di transazione ha adottato nel 2013 una decisione con cui ha concluso che le società in questione avevano violato le disposizioni dell'articolo 101 TFUE partecipando ad accordi o a pratiche concordate dirette a restringere o falsare la concorrenza nel settore dei derivati sui tassi d'interesse in yen giapponesi. Il 29 ottobre 2013 la Commissione ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti di Icap. Poiché Icap ha informato la Commissione della sua intenzione di non optare per un procedimento di transazione il 6 giugno 2014 la Commissione ha inviato una comunicazione degli addebiti e il 4 febbraio 2015 la Commissione ha adottato la decisione con cui ha contestato all'Icap di aver «facilitato» sei infrazioni. Con decisione del 4 febbraio 2015 la Commissione europea ha dichiarato che l'Icap aveva partecipato alla realizzazione di sei infrazioni all'articolo 101 TFUE riguardanti la manipolazione dei tassi di riferimento interbancari London Interbank Offered Rate (LIBOR, tasso interbancario di Londra) e Tokyo Interbank Offered Rate (TIBOR, tasso interbancario di Tokyo) sul mercato dei derivati sui tassi d'interesse in yen giapponesi, le quali erano state precedentemente constatate dalla decisione del 4 dicembre 2013 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE. Avverso tale decisione l'Icap ha presentato ricorso al Tribunale eccependo, inter alia, la violazione del principio della presunzione di innocenza e della buona amministrazione. Sul punto il Tribunale ha osservato:

« 256. Per quanto riguarda la censura vertente sul fatto che la decisione del 2013 sarebbe stata adottata in violazione del principio della presunzione d'innocenza, occorre rammentare che tale principio costituisce un principio generale del diritto dell'Unione attualmente sancito dall'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, il quale si applica alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese, che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende (v. sentenza del 22 novembre 2012, E.ON Energie/Commissione, C-89/11 P, EU:C:2012:738, punti 72 e 73 e giurisprudenza ivi citata).

257. Il principio della presunzione d'innocenza implica che ogni persona accusata è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Essa osta, quindi, a qualsiasi constatazione formale ed anche a qualsiasi allusione alla responsabilità della persona cui sia imputata una data infrazione in una decisione che pone fine all'azione, senza che la persona abbia

potuto beneficiare di tutte le garanzie inerenti all'esercizio dei diritti della difesa nell'ambito di un procedimento che segua il suo corso normale e si concluda con una decisione sulla fondatezza dell'addebito (sentenze del 6 ottobre 2005, *Sumitomo Chemical e Sumika Fine Chemicals/Commissione*, T-22/02 e T-23/02, EU:T:2005:349, punto 106, del 12 ottobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Commissione*, T-474/04, EU:T:2007:306, punto 76, e del 16 settembre 2013, *Villeroy & Boch Austria/Commissione*, T-373/10 e T-374/10, non pubblicata, EU:T:2013:455, punto 158).

258. Nel caso di specie, occorre innanzitutto rilevare che, nella parte della decisione del 2013 intitolata «Descrizione dei fatti», la Commissione precisa, segnatamente ai punti 43, 45, 46, 49, 50, 54, 56, 59, 60, 62 e 64, le modalità con cui l'Icap avrebbe «facilitato» le infrazioni in questione addebitate alle banche partecipanti al procedimento di transazione.

259. È giocoforza constatare che tali passaggi, benché figurino nella parte della decisione del 2013 relativa al riepilogo dei fatti e non contengano in quanto tali una qualificazione giuridica ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, fanno tuttavia emergere con particolare chiarezza la posizione della Commissione relativamente alla partecipazione dell'Icap ai comportamenti costitutivi d'infrazioni addebitati alle banche interessate. A tal riguardo, la lettura del punto 45 di tale decisione è particolarmente rivelatrice dell'esistenza di una posizione adottata dalla Commissione su tale questione, dal momento che essa vi indica quanto segue:

«(...) L'Icap ha tentato d'influire sulla sua offerta di tassi JPY LIBOR orientandola nella direzione auspicata dal trader dell'UBS; (...) in alcune occasioni, comunicando informazioni ingannevoli a determinate banche della commissione mediante bollettini (...), presentate come "previsioni" o "prospettive" relativamente al livello al quale i tassi JPY LIBOR sarebbero fissati (; tali) informazioni ingannevoli miravano a influenzare determinate banche della commissione che non partecipavano alle infrazioni affinché esse presentassero tassi JPY LIBOR conformi alle "previsioni" o "prospettive" adattate».

260. In secondo luogo, se è vero che il punto 51 della decisione del 2013 precisa che tale decisione non riguarda la qualificazione giuridica del comportamento dell'Icap, né la sua responsabilità, resta il fatto che la posizione della Commissione in merito alla qualificazione giuridica del comportamento dell'Icap nonché l'insorgenza della sua responsabilità per le sei infrazioni in questione poteva facilmente dedursi dal tenore di tale decisione.

261. Infatti, da un lato, al punto 69 della decisione del 2013, la Commissione riproduce il contenuto del punto 130 della sentenza dell'8 luglio 2008, *AC-Treuhand/Commissione* (T-99/04, EU:T:2008:256), alla quale fa riferimento, in cui il Tribunale ha chiarito i presupposti per la sussistenza della responsabilità di un'impresa in virtù di ciò che essa qualifica come «facilitazione» di un'infrazione. Dall'altro, tale decisione fa riferimento, segnatamente nel titolo delle sue sezioni 4.1.2.1, 4.1.2.3, 4.1.2.4 e 4.1.3, alla «facilitazione» delle infrazioni di cui trattasi da parte dell'Icap.

262. In terzo luogo occorre rilevare che la decisione del 2013 costituisce una decisione definitiva «che pone fine all'azione» ai sensi della giurisprudenza citata al precedente punto 257.

263. A tal riguardo, il parallelo effettuato dalla Commissione all'udienza tra l'espressione di una posizione sulla legittimità del comportamento dell'Icap nella decisione del 2013 e quella che potrebbe figurare in una comunicazione degli addebiti è irrilevante. Infatti, in tale secondo scenario, l'impresa interessata è in grado di provvedere utilmente alla propria difesa prima che la Commissione adotti una decisione definitiva. Avendo deciso di non partecipare al procedimento di transazione, le ricorrenti non sono state in grado di far valere il proprio punto di vista prima dell'adozione di tale decisione. Analogamente, la possibilità per le ricorrenti di esercitare i propri diritti di difesa in occasione del ricorso presentato avverso la decisione impugnata nulla toglie al fatto che, in una decisione definitiva precedente a quest'ultima decisione, la Commissione aveva già formalmente accertato la partecipazione dell'Icap a sei infrazioni ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

264. Infine, in quarto luogo, tale conclusione non è messa in discussione dall'argomento della Commissione vertente, in sostanza, sul fatto che i riferimenti alla partecipazione di terzi possono

essere necessari per valutare la colpevolezza di coloro che partecipano a un procedimento di transazione. La Commissione rammenta che la ricerca di una maggiore rapidità e efficacia costituisce uno degli obiettivi del procedimento di transazione e ne deduce che sarebbe contrario alla realizzazione di tali obiettivi consentire a una parte che non intende procedere alla transazione di ritardare l'adozione della decisione di transazione nei confronti delle altre parti.

265. A tal riguardo, occorre rammentare che, benché il principio della presunzione d'innocenza sia sancito dall'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali, la quale, in applicazione dell'articolo 6 TUE ha lo stesso valore dei Trattati, il procedimento di transazione trae la sua origine dal regolamento adottato dalla sola Commissione sul fondamento dell'articolo 33 del regolamento n. 1/2003, ossia il regolamento n. 622/2008, e ha carattere facoltativo sia per la Commissione sia per le imprese interessate.

266. Di conseguenza, i requisiti legati al rispetto del principio della presunzione d'innocenza non possono essere alterati dalle considerazioni connesse alla salvaguardia degli obiettivi, per quanto lodevoli, di celerità ed efficacia del procedimento di transazione. Spetta, invece, alla Commissione applicare il suo procedimento di transazione in maniera compatibile con i requisiti di cui all'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali.

267. Certamente, come rammentato dal Tribunale nella sua sentenza del 20 maggio 2015, *Timab Industries e CFPR/Commissione* (T-456/10, EU:T:2015:296, punto 71), qualora una transazione non coinvolga tutti i partecipanti a un'infrazione, la Commissione è legittimata ad adottare, da una lato, a seguito di un procedimento semplificato, una decisione che ha per destinatari i partecipanti all'infrazione che hanno deciso di procedere alla transazione e che riflette, per ciascuno di essi, il loro impegno e, dall'altra, secondo un procedimento ordinario, una decisione indirizzata ai partecipanti all'infrazione che hanno deciso di non procedere alla transazione.

268. Tuttavia, l'attuazione di un siffatto procedimento di transazione «ibrido» deve essere effettuata nel rispetto della presunzione d'innocenza dell'impresa che ha deciso di non procedere alla transazione. Di conseguenza, in circostanze in cui la Commissione ritenga di non essere in grado di pronunciarsi sulla responsabilità delle imprese che partecipano alla transazione senza pronunciarsi anche sulla partecipazione all'infrazione dell'impresa che ha deciso di non partecipare alla transazione, le spetta adottare le misure necessarie – tra cui l'adozione eventuale in una stessa data di decisioni vertenti su tutte le imprese interessate dal cartello, come ha fatto nella causa che ha dato origine alla sentenza del 20 maggio 2015, *Timab Industries e CFPR/Commissione* (T-456/10, EU:T:2015:296) – che consentano di tutelare detta presunzione d'innocenza.

269. Tenuto conto di quanto precede, si deve concludere che la Commissione ha violato la presunzione d'innocenza dell'Icap in occasione dell'adozione della decisione del 2013. Si deve, certamente, constatare che tale violazione della sua presunzione d'innocenza in occasione dell'adozione della decisione del 2013 non può avere conseguenze dirette sulla legittimità della decisione impugnata, tenuto conto del carattere distinto e autonomo dei procedimenti che hanno portato a queste due decisioni.

270. Tuttavia, occorre verificare se una tale constatazione da parte della Commissione della partecipazione dell'Icap alle infrazioni in questione, effettuata prima della decisione impugnata, possa viciarla per difetto d'imparzialità oggettiva da parte sua e, di conseguenza, per violazione del principio di buona amministrazione di cui all'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali, come sostengono le ricorrenti nell'ambito della loro seconda censura.

271. In applicazione di una costante giurisprudenza, la Commissione è tenuta a rispettare nell'ambito di un procedimento amministrativo in materia d'intese il diritto a una buona amministrazione sancito dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2013, *Ziegler/Commissione*, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punto 154 e giurisprudenza ivi citata).

272. Ai sensi dell'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali, ogni individuo ha diritto in particolare a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale dalle istituzioni dell'Unione. Tale esigenza di imparzialità riguarda, da un lato, il profilo soggettivo, nel senso che

nessuno dei membri dell'istituzione interessata che è incaricata della questione manifesti opinioni preconcepite o pregiudizi personali e, dall'altro, il profilo oggettivo, nel senso che l'istituzione è tenuta ad offrire garanzie sufficienti per escludere al riguardo qualsiasi legittimo dubbio (v. sentenza dell'11 luglio 2013, Ziegler/Commissione, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punto 155 e giurisprudenza ivi citata).

273. Solo la nozione d'imparzialità oggettiva rientra nel presente motivo. Le ricorrenti sostengono, essenzialmente, che dubbi legittimi sussistono in merito all'imparzialità oggettiva della Commissione, dal momento che essa doveva pronunciarsi sulla fondatezza delle proprie valutazioni.

274. Tuttavia, va necessariamente constatato che tale censura, nelle circostanze del caso di specie, non può comportare di per sé l'annullamento della decisione impugnata. Infatti, occorre rilevare che la Commissione non ha esercitato nessuna discrezionalità in occasione della qualificazione delle infrazioni in questione o dell'esame della partecipazione dell'Icap che avrebbe potuto essere viziata da un difetto d'imparzialità oggettiva, come attestato dal pieno controllo esercitato dal Tribunale nell'ambito dell'esame del primo, secondo e terzo motivo.

275. A tal riguardo, occorre rilevare che le critiche delle ricorrenti vertevano sulla fondatezza della qualificazione come infrazioni per oggetto adottata dalla Commissione (primo motivo) e delle constatazioni della partecipazione dell'Icap a tali infrazioni (secondo e terzo motivo).

276. Per quanto riguarda, in primo luogo, la partecipazione dell'Icap alle infrazioni di cui trattasi, la questione se un eventuale vizio d'imparzialità oggettiva della Commissione abbia potuto incidere sulla legittimità della decisione impugnata si confonde con la questione se le constatazioni effettuate in tale decisione siano suffragate da sufficienti elementi di prova prodotti dalla Commissione (v., in tal senso, sentenze del 6 luglio 2000, Volkswagen/Commissione, T-62/98, EU:T:2000:180, punto 270, e del 16 giugno 2011, Bavaria/Commissione, T-235/07, EU:T:2011:283, punto 226), analizzate nell'ambito dell'esame del secondo e terzo motivo.

277. Così, anche supponendo che un eventuale difetto d'imparzialità oggettiva della Commissione abbia potuto indurla a constatare erroneamente la partecipazione dell'Icap all'infrazione UBS/RBS del 2008 o per determinati periodi delle infrazioni UBS/RBS del 2007, Citi/RBS, Citi/DB e Citi/UBS, occorre rilevare che la decisione impugnata deve comunque essere annullata a tal riguardo.

278. Per quanto concerne le altre constatazioni effettuate nella decisione impugnata, l'irregolarità attinente a un eventuale vizio d'imparzialità oggettiva della Commissione potrebbe comportare l'annullamento di tale decisione solo se si dimostrasse che, in mancanza di tale irregolarità, tale decisione avrebbe avuto un contenuto diverso (sentenza del 6 luglio 2000, Volkswagen/Commissione, T-62/98, EU:T:2000:180, punto 283). Orbene, nel caso di specie, nell'ambito dell'esercizio di un controllo pieno sui motivi pertinenti di tale decisione, si è constatato che, fatta eccezione per gli aspetti menzionati al precedente punto 277, la Commissione aveva dimostrato adeguatamente la partecipazione dell'Icap a cinque delle sei infrazioni di cui trattasi.

279. Per quanto riguarda, in secondo luogo, la qualificazione come infrazioni per oggetto adottata nella decisione impugnata, si deve analogamente concludere che l'irregolarità riguardante un eventuale difetto d'imparzialità oggettiva della Commissione non ha potuto incidere sul contenuto di tale decisione, giacché, in risposta al primo motivo, si è concluso che l'applicazione di una siffatta qualificazione alle infrazioni in questione non era viziata da alcun errore di diritto o di valutazione.

280. Occorre quindi respingere il quarto motivo ».

10. Nozione di servizio d'interesse economico generale

10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa c. Siderurgica Gabrielli*, causa C-179/90, Racc. I-5889.

La Corte affrontava due questioni pregiudiziali sorte nella lite tra la ditta Merci Convenzionali del porto di Genova e la Siderurgica Gabrielli. La prima era una società adilita a svolgere il compito prescritto dagli artt. 110 del codice della navigazione e 152 e 156 del regolamento per la navigazione marittima. Queste norme prevedono che, in Italia, le operazioni di sbarco, trasbordo, deposito e movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale nel porto sono riservate a compagnie portuali i cui lavoratori devono possedere la cittadinanza italiana. Per l'esecuzione delle operazioni portuali queste imprese devono servirsi esclusivamente delle compagnie portuali.

In applicazione della normativa italiana, la Siderurgica Gabrielli, si rivolgeva alla Merci Convenzionali, titolare del diritto esclusivo per l'espletamento nel porto di Genova delle operazioni relative alle merci convenzionali, per lo sbarco di una partita di acciaio importato dalla Germania. La società Merci si rivolgeva a sua volta alla compagnia portuale di Genova.

Lo sbarco delle merci avveniva con ritardo a causa degli scioperi dei lavoratori della compagnia portuale. La Siderurgica chiedeva il risarcimento del danno subito a causa del ritardo e la ripetizione degli importi versati, da essa considerati sproporzionati rispetto alle prestazioni rese.

La Corte ha osservato:

«25 Con la seconda questione il giudice nazionale domanda in sostanza se l'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE] debba essere interpretato nel senso che un'impresa o una compagnia portuale che si trovi nella situazione descritta nella prima questione vada considerata incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale, ai sensi di questa disposizione.

26. Per risolvere detta questione occorre ricordare che la deroga all'applicazione delle norme del Trattato prevista dall'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE] stesso è subordinata non solo al fatto che i pubblici poteri abbiano affidato all'impresa di cui trattasi la gestione di un servizio economico d'interesse generale, ma anche al fatto che l'applicazione delle norme del Trattato osti all'adempimento della specifica missione affidatale e che non venga compromesso l'interesse della Comunità (v. sentenza 3 ottobre 1985, CBEM, punto 17 della motivazione, causa 311/84, Racc. pag. 3261; sentenza 23 aprile 1991, Hoefner, già citata, punto 24 della motivazione).

27. Si deve rilevare in proposito che non risulta dagli atti di causa trasmessi dal giudice nazionale né dalle osservazioni presentate alla Corte che l'interesse economico generale legato alle operazioni portuali abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica e nemmeno che, se così fosse, l'applicazione delle norme del Trattato, in particolare di quelle in materia di concorrenza e in materia di libera circolazione, osterebbe all'adempimento di siffatta missione.

28. La seconda questione va pertanto risolta dichiarando che l'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE] deve essere interpretato nel senso che un'impresa o compagnia portuale che si trovi nella situazione descritta nella prima questione non può essere considerata, unicamente in base agli elementi risultanti da tale descrizione, incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale ai sensi di detta disposizione ».

19 maggio 1993, *Procedimento penale c. Paul Corbeau*, causa C-320/91, Racc. I 2533.

In Belgio la Régie des postes, ente statale istituito con legge del 21 marzo 1991, ha il monopolio su tutto il territorio per quanto concerne la raccolta, il trasporto e la distribuzione della posta in qualsiasi forma e sono previste sanzioni penali in caso di violazione di siffatto diritto esclusivo. Sono eccettuati dal monopolio postale gli invii per corriere accelerato, alle condizioni da stabilirsi con regio decreto.

Il signor Paul Corbeau, commerciante in Liegi, veniva sottoposto a procedimento penale, su richiesta della Régie des postes, avanti al Tribunal correctionnel di Liegi per una presunta violazione del diritto esclusivo relativamente al periodo intercorso tra il 1987 e il 1991. Costui, infatti, forniva, nell'area geografica di Liegi, un servizio di raccolta della posta al domicilio del mittente e consegna al recapito del destinatario entro le ore 12 del mattino seguente, mentre per la posta indirizzata all'esterno dell'area geografica di cui trattasi si impegnava a raccoglierla dal domicilio del mittente e a inoltrarla tramite il servizio postale.

Ritenendo che detto procedimento penale sollevasse un problema di compatibilità della normativa belga con quella comunitaria, in particolare con gli artt. 90, 85 e 86 del Trattato CE, il giudice belga poneva varie questioni, sulle quali la Corte si è fra l'altro pronunciata sulla nozione di impresa.

La Corte ha osservato:

«12. Di conseguenza, l'art. 90, n. 1 [ora art. 106 TFUE], prevede che gli Stati membri, per quanto riguarda le imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, non emanino né mantengano in vigore alcuna misura in contrasto, in particolare, con le norme del Trattato in materia di concorrenza.

13. Questa disposizione dev'essere interpretata congiuntamente al n. 2 dello stesso articolo che prevede che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale siano sottoposte alle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica funzione loro affidata.

14. Quest'ultima disposizione consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi.

15. Per quanto concerne i servizi di cui trattasi nella causa principale, è indiscutibile che la Régie des postes sia incaricata di un servizio di interesse economico generale che consiste nell'obbligo di effettuare la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza, a favore di tutti gli utenti, su tutto il territorio dello Stato membro interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione.

16. Di conseguenza, si tratta di esaminare in quale misura sia necessaria una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, per consentire al titolare del diritto esclusivo di esercitare la sua funzione d'interesse generale, ed in particolare di beneficiare di condizioni economicamente accettabili.

17. Ai fini di questa analisi si deve premettere che l'obbligo del titolare di questa funzione di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi.

18. Gli imprenditori privati, se fossero infatti autorizzati a fare concorrenza al titolare dei diritti esclusivi nei settori di loro scelta corrispondenti a detti diritti, sarebbero in grado di concentrarsi sulle attività economicamente redditizie e di offrirvi tariffe più vantaggiose di quelle praticate dai titolari dei diritti esclusivi poiché, diversamente da questi ultimi, essi non sono tenuti economicamente ad effettuare una compensazione fra le perdite subite nei settori non redditizi e i profitti realizzati nei settori più redditizi.

19. L'esclusione della concorrenza non si giustifica tuttavia qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale, che rispondono ad esigenze specifiche di operatori economici e che richiedono determinate prestazioni supplementari che il servizio postale tradizionale non offre, quali la raccolta a domicilio, una maggiore rapidità o affidabilità nella distribuzione, o anche la possibilità di modificare la destinazione durante l'inoltro, nella misura in cui questi servizi, per loro natura e per le condizioni in cui sono offerti, quali l'area geografica in cui sono prestati, non

pregiudichino l'equilibrio economico del servizio di interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo ».

18 giugno 1998, *Corsica Ferries SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl e altri*, causa C-266/96, Racc. I-3981.

Per i fatti che hanno dato origine alla controversia si veda la medesima sentenza citata al capitolo V, paragrafo 4.2 (p.000).

La Corte di giustizia, analizzando la rilevanza di un eventuale abuso di posizione dominante da parte delle compagnie di ormeggiatori, constatava che il servizio reso dalle stesse era giustificato dall'art. 90 n. 2 del Trattato CE (ora art. 106 TFUE).

Infatti la salvaguardia del porto, delle navi, del personale e il corretto funzionamento del traffico portuale rientrava nell'ambito di un servizio economico generale svolto dagli ormeggiatori.

La Corte ha osservato:

« 33. Con la terza questione, che occorre esaminare prima della seconda al fine di utilizzare in maniera ottimale gli elementi del contesto di fatto e di diritto presenti nel fascicolo, il giudice nazionale chiede in sostanza se gli artt. 3, 5, 85, 86 e 90 del Trattato si oppongano ad una normativa di uno Stato membro che conferisce ad imprese stabilite in questo Stato il diritto esclusivo di assicurare il servizio di ormeggio, impone il ricorso a questo servizio ad un prezzo superiore al costo effettivo delle prestazioni e prevede tariffe differenti a seconda dei porti per prestazioni equivalenti.

34. Le regole di concorrenza del Trattato si applicano al settore dei trasporti (v. sentenze 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. I-5801, punto 12, e 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 12).

35. Gli artt. 85 e 86 del Trattato, di per se stessi, riguardano esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri. Da una costante giurisprudenza emerge tuttavia che il combinato disposto degli artt. 85 e 86 con l'art. 5 del Trattato fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le norme sulla concorrenza applicabili alle imprese (sentenza Centro Servizi Spediporto, sopra menzionata, punto 20, e giurisprudenza ivi menzionata).

Sugli artt. 86 e 90 del Trattato

36. Il giudice nazionale si chiede se non sussista, da parte dei gruppi di ormeggiatori di Genova e di La Spezia, un abuso della posizione dominante che essi detengono su una parte sostanziale del mercato comune grazie ai diritti esclusivi che sono stati loro conferiti dalle autorità pubbliche italiane.

37. L'abuso fatto valere nella fattispecie rivestirebbe tre aspetti. Esso risiederebbe nella concessione di diritti esclusivi ai gruppi locali di ormeggiatori, che impedirebbe alle imprese di navigazione di far ricorso al proprio personale per procedere alle operazioni di ormeggio, nel carattere eccessivo del prezzo del servizio, che non avrebbe alcun nesso con il costo reale del servizio effettivamente reso, e nella fissazione di tariffe diverse a seconda dei porti per prestazioni equivalenti.

38. Per quanto riguarda la delimitazione del mercato di cui trattasi, dall'ordinanza di rinvio risulta che il detto mercato è quello dell'esecuzione per conto terzi delle operazioni di ormeggio nei porti di Genova e di La Spezia. Tenuto conto in particolare del volume del traffico nei porti di cui trattasi e della rilevanza di questi porti rispetto agli scambi intracomunitari, ciascuno di questi mercati può essere considerato costituire una parte sostanziale del mercato comune (sentenze 10 dicembre 1991, C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Racc. pag. I-5889, punto 15, e 12 febbraio 1998, C-163/96, Raso e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26).

39. Per quanto riguarda l'esistenza di diritti esclusivi, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, un'impresa che fruisce di un monopolio legale su una parte sostanziale del mercato comune può essere considerata un'impresa che occupa una posizione dominante ai sensi

dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] (sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 28; 18 giugno 1991, C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 31; Merci convenzionali porto di Genova, sopra menzionata, punto 14, e Raso e a., sopra menzionata, punto 25).

40. Occorre precisare poi che, sebbene il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106 TFUE] non sia di per sé incompatibile con l'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui tale impresa è indotta a commettere abusi del genere (sentenze Höfner e Elser, sopra menzionate, punto 29; ERT, citata, punto 37; Merci convenzionali porto di Genova, citata, punto 17, e 5 ottobre 1994, C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Racc. pag. I-5077, punto 18, e Raso e a., citata, punto 27).

41. Ne deriva che uno Stato membro può, senza violare l'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE], concedere diritti esclusivi per la prestazione dei servizi di ormeggio nei suoi porti a gruppi locali di ormeggiatori in quanto questi ultimi non sfruttino abusivamente la loro posizione dominante o non siano necessariamente indotti a commettere abusi del genere.

42. Per escludere l'esistenza di tali abusi, i gruppi di ormeggiatori di Genova e di La Spezia fanno valere l'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE]. Da questa disposizione risulta in particolare che le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico-generale sono sottoposte alle norme del Trattato, in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. L'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE] precisa poi che, affinché esso trovi applicazione, occorre inoltre che lo sviluppo degli scambi non sia compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

43. Essi sostengono che le tariffe applicate sono indispensabili per il mantenimento di un servizio universale di ormeggio. Da un lato, le tariffe conterrebbero una componente corrispondente al supplemento di costo che il mantenimento di un servizio universale di ormeggio comporta. Dall'altro, le differenze tariffarie tra un porto e l'altro, che, secondo quanto risulta dal fascicolo, risultano dalla presa in considerazione, nel calcolo delle tariffe, di fattori di correzione che riflettono l'influenza delle situazioni locali – il che tenderebbe a indicare che le prestazioni fornite non sono equivalenti –, sarebbero giustificate dalle caratteristiche del servizio e dalla necessità di assicurare la copertura universale di quest'ultimo.

44. Occorre dunque accertare se la deroga all'applicazione delle regole del Trattato prevista all'art. 90, n. 2 [ora art. 106 TFUE], dello stesso possa trovare applicazione. A tale riguardo occorre esaminare se il servizio di ormeggio possa essere considerato un servizio di interesse economico generale ai sensi di questa disposizione e, in caso affermativo, da un lato, se l'adempimento di questa missione particolare possa essere assicurato solo mediante servizi il cui corrispettivo è superiore al costo effettivo delle prestazioni e le cui tariffe differiscono a seconda dei porti e, dall'altro, se lo sviluppo degli scambi non sia compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità (v. in tal senso sentenza 23 ottobre 1997, C-157/94, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-5699, punto 32).

45. Dal fascicolo della causa a qua risulta che le operazioni di ormeggio rivestono un interesse economico generale che presenta caratteristiche specifiche rispetto a quello che rivestono altre attività economiche e che può farle rientrare nel campo di applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE]. Infatti, gli ormeggiatori sono tenuti a prestare in ogni momento e a qualsiasi utente un servizio universale di ormeggio, e questo per motivi di sicurezza nelle acque portuali. In ogni caso, la Repubblica italiana ha potuto ritenere che fosse necessario a fini di pubblica sicurezza concedere a gruppi locali di ormeggiatori il diritto esclusivo di assicurare il servizio universale di ormeggio.

46. Alla luce di queste considerazioni non è incompatibile con gli artt. 86 e 90, n. 1, del Trattato [ora art. 102 e 106 TFUE] inserire nel prezzo del servizio una componente destinata a coprire il costo del

mantenimento del servizio universale di ormeggio, in quanto corrisponda al supplemento di costo che le caratteristiche specifiche di questo servizio comportano, e di prevedere, per questo servizio, tariffe diverse a seconda delle caratteristiche proprie di ciascun porto.

47. Di conseguenza, quando i gruppi di ormeggiatori sono stati effettivamente incaricati dallo Stato membro della gestione di un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106 TFUE] e sono soddisfatte le altre condizioni di applicazione della deroga all'applicazione delle norme del Trattato prevista da questa disposizione, una normativa quale quella della presente fattispecie non costituisce una violazione del combinato disposto dell'art. 86 e dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora artt. 102 e 106 TFUE] ».

25 ottobre 2001, Firma Ambulanz Glo" ckner c. Landkreis Su" dwestpfalz, causa C-475/99, Racc. I-8089.

Nel 1994, il distretto territoriale competente (Landkreis Su" dwestpfalz, in prosieguito: « Landkreis ») negava all'impresa di diritto privato Firma Ambulanz Glo" ckner (in prosieguito: la « Ambulanz Glo" ckner »), con sede a Pirmasens (Germania), il rinnovo dell'autorizzazione (rilasciata nel 1990) a fornire servizi di trasporto di malati in ambulanza. Tale diniego veniva motivato, sulla base del parere richiesto a due delle organizzazioni sanitarie incaricate, nel Land Renania-Palatinato, della gestione del servizio pubblico di soccorso medico d'urgenza nel settore di Pirmasens, ovvero l'Arbeiter-Samariter-Bund Landesverband Rheinland Pfalz eV (la « ASB ») e la Deutsches Rotes Kreuz Landesverband Rheinland-Pfalz eV (la « DRK »), in ragione del fatto che, in tale settore, nell'anno precedente a quello della richiesta (1993) il servizio di soccorso medico d'urgenza aveva funzionato solo al 26% e, pertanto, in perdita. Vedendosi rigettato il reclamo dal Landkreis, la Firma Ambulanz Glo" ckner presentava ricorso dinanzi al competente giudice tedesco (Verwaltungsgericht Neu- stadt) che, con sentenza 28 gennaio 1998, ordinava al Landkreis di rilasciare l'autorizzazione richiesta, ritenendo che l'art. 18, n. 3, della legge relativa al servizio di soccorso, nella versione del 1991 (Rettungsdienstgesetz, in prosieguito: il « RettDG 1991 »), concernente il rilascio delle autorizzazioni in parola, dovesse essere interpretato nel senso che il legislatore del Land intendeva in linea di principio permettere che talune imprese private (come la ricorrente che aveva effettuato trasporti di malati per piu` di sette anni) fossero autorizzate ad effettuare trasporti di malati al di fuori del servizio pubblico di soccorso medico d'urgenza, sebbene cio` comportasse un aumento dei costi. Il Landkreis proponeva appello contro tale sentenza e il giudice adito (Oberverwaltungsgericht Rheinland Pfalz), osservando che le organizzazioni sanitarie dovevano essere considerate imprese con diritti esclusivi o speciali, nel senso di cui all'art. 90, par. 1 Trattato CE (ora art. 106 TFUE), per il compito di trasporto medico d'urgenza loro affidato, ma ritenendo comunque che ragioni legate all'espletamento di un compito d'interesse economico generale ai sensi di tale disposizione non avrebbero giustificato l'esclusione della concorrenza per le prestazioni di trasporto di malati, sollevava una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendole se la concessione di un monopolio in materia di servizi di trasporto di malati in una determinata zona geografica (come quello di cui alla disciplina nazionale) fosse compatibile con l'art. 90, par. 1, e gli artt. 85 e 86 Trattato CE (ora artt. 106, 101 e 102 TFUE). In proposito, la Corte ha osservato:

« 18. Prima di esaminare la questione pregiudiziale occorre verificare se l'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n.1 TFUE] sia applicabile alle organizzazioni sanitarie, come quelle di cui trattasi nella causa principale, alle quali le autorità pubbliche competenti hanno delegato il servizio di soccorso medico d'urgenza, e cio` alla luce della particolare tutela loro accordata dall'art. 18, n. 3, del RettDG 1991. Quest'ultima questione equivale a chiedersi, da un lato, se tali organizzazioni sanitarie costituiscano imprese e, dall'altro, se esse siano titolari di diritti speciali od esclusivi.

19. A tal proposito, in primo luogo, occorre rammentare che, nel contesto del diritto della

concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle modalità del suo finanziamento (v. sentenza 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 – C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, punto 74), e che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenza Pavlov e a., citata, punto 75).

20. Nella fattispecie, le organizzazioni sanitarie forniscono servizi, pagati dagli utenti, sul mercato del trasporto d'urgenza e del trasporto di malati. Tali attività non sono sempre state e non sono necessariamente esercitate da dette organizzazioni o da autorità pubbliche. Emerge così dagli atti che in passato la Ambulanz Glogner ha essa stessa fornito questi due tipi di servizi. La fornitura di tali servizi costituisce quindi un'attività economica ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza.

21. È vero che taluni obblighi di servizio pubblico possono rendere i servizi forniti da una data organizzazione sanitaria meno competitivi degli analoghi servizi effettuati da altri operatori non vincolati da tali obblighi, ma tale circostanza non può impedire che le attività di cui trattasi siano considerate attività economiche.

22. Ne consegue che, per quanto riguarda la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati, entità come le organizzazioni sanitarie devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato.

23. In secondo luogo, occorre rilevare che, in forza dell'art. 18, n. 3, del RettDG 1991, l'autorizzazione necessaria per fornire servizi di trasporto in ambulanza può essere negata dall'autorità competente nel caso in cui il suo uso possa avere effetti negativi sul funzionamento e sulla redditività del servizio di soccorso medico d'urgenza, la cui gestione è stata affidata ad organizzazioni sanitarie.

24. In quest'ultima ipotesi il fatto di riservare alle organizzazioni sanitarie incaricate del servizio di soccorso medico d'urgenza i servizi di trasporto dei malati è sufficiente a qualificare tale misura come diritto esclusivo o speciale ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 1 TFUE]. Infatti, una tutela viene conferita attraverso un provvedimento legislativo ad un limitato numero di imprese ed è tale da incidere sostanzialmente sulla capacità delle altre imprese di esercitare l'attività economica di cui trattasi nello stesso territorio, in circostanze sostanzialmente equivalenti.

25. Di conseguenza, occorre considerare che l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991 ha conferito alle organizzazioni sanitarie un diritto speciale o esclusivo ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [...].

26. La Ambulanz Glogner sostiene che l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991 è incompatibile con l'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 1 TFUE] in combinato disposto con l'art. 85, n. 1, lett. c), di quest'ultimo [ora art. 101, n.1, lett. c TFUE], in quanto permette alle organizzazioni sanitarie, chiamate a pronunciarsi su qualsiasi domanda d'accesso al mercato presentata da un operatore indipendente, di ripartirsi il mercato delle prestazioni di trasporto di malati per mezzo di una concertazione tra esse e con le autorità pubbliche.

27. A tal proposito si deve rilevare che l'ordinanza di rinvio non fornisce alcuna indicazione sull'esistenza di un qualsiasi accordo, vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], tra le organizzazioni sanitarie.

28. Peraltro, non è nemmeno comprovato che le autorità pubbliche, invitate a rilasciare un'autorizzazione a fornire servizi di trasporto in ambulanza diversi da quelli che rientrano nel servizio di soccorso medico d'urgenza, si accordino con le dette organizzazioni sanitarie. È vero che queste ultime sono consultate dalle autorità competenti e tale circostanza, come emerge dal punto 43 della presente sentenza, può essere presa in considerazione ai fini dell'analisi dell'esistenza di un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 1 TFUE], in combinato disposto con l'art. 86 di quest'ultimo [ora art. 102 TFUE]. Tuttavia come ha rilevato l'avvocato generale nel paragrafo 103 delle sue conclusioni, la decisione di rilasciare o di negare l'autorizzazione viene presa unilateralmente dalle autorità competenti e sotto la loro

esclusiva responsabilità, in base alle condizioni stabilite dal RettDG 1991.

29. Pertanto non sussiste violazione dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 1 TFUE], in combinato disposto con l'art. 85, n. 1, lett. c) di quest'ultimo [ora art. 101, n.1, lett. c TFUE]. [...]

30. Il giudice a quo chiede in sostanza se una disposizione come l'art. 18, 3, del RettDG 1991 possa creare una situazione nella quale le organizzazioni sanitarie sono indotte a commettere abusi di posizione dominante in contrasto con l'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE]. [...]

31. Per risolvere tale questione il giudice a quo deve previamente verificare se le organizzazioni sanitarie di cui trattasi occupino effettivamente una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato comune, il che presuppone che siano definiti sia il mercato di servizi di cui trattasi sia l'estensione geografica di quest'ultimo.

5) A tal proposito, la Commissione sostiene che esistono due mercati di servizi distinti, vale a dire quello del trasporto d'urgenza e quello del trasporto di malati.

6) Tale giudizio va approvato. Infatti, anche se i servizi di cui trattasi sono simili, non per questo sono intercambiabili o sostituibili a causa delle loro caratteristiche, dei loro prezzi o dell'uso al quale sono destinati. Non solo i servizi di trasporto non di urgenza non offrono necessariamente una valida soluzione alternativa ai servizi di trasporto d'urgenza, che richiede, 24 ore su 24, personale altamente qualificato e un'attrezzatura particolarmente sofisticata, ma il trasporto d'urgenza, particolarmente costoso, non può nemmeno essere considerato una valida alternativa al trasporto non urgente.

7) Quanto all'estensione geografica del mercato di servizi di cui trattasi, occorre richiamare l'attenzione del giudice a quo sulla necessità di prendere in considerazione il mercato sul quale le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, vale a dire una zona nella quale le condizioni obiettive di concorrenza dei servizi di cui trattasi e in particolare la domanda dei consumatori siano identiche per tutti gli operatori economici (sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands/Commissione, Racc. pag. 207, punto 44).

8) Tocca al giudice a quo verificare nel caso di specie se tale mercato

11. sia limitato al settore operativo considerato, al quale si riferiva la domanda di autorizzazione, o

12. si estenda a tutto il Land Renania-Palatinato, come sostenuto dalla Commissione, dal momento che l'ambito normativo, le strutture organizzative e le tariffe del servizio di soccorso medico d'urgenza sarebbero identiche in tutto il Land, o ancora

13. se esso copra il territorio della Repubblica federale di Germania nel suo insieme, come sostenuto dalla Ambulanz Glosener, dal momento che le leggi che disciplinano la prestazione di servizi di trasporto in ambulanza nei diversi Länder sarebbero simili [...].

9) Una volta determinati il mercato di servizi e l'estensione geografica di quest'ultimo, toccherà altresì al giudice a quo, eventualmente, verificare l'esistenza di una posizione dominante individuale, o eventualmente collettiva, che sia prevista dall'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] e valutare se tale posizione esista su una « parte sostanziale del mercato comune », il che rientra in una valutazione di fatto spettante al detto giudice.

10) A tal proposito, il giudice a quo potrebbe utilmente verificare l'esattezza delle indicazioni di fatto che figurano nel paragrafo 121 delle conclusioni dell'avvocato generale, a proposito delle attività della DRK che si svolgerebbero in una gran parte del Land Renania-Palatinato, indicazioni che, se confermate, potrebbero dimostrare che tale organizzazione sanitaria occupa una posizione dominante sui mercati dei servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto dei malati.

11) Nell'ipotesi in cui il giudice a quo dovesse effettivamente accertare l'esistenza di una posizione dominante, almeno nell'intero Land Renania-Palatinato, occorrerebbe considerare che tale posizione interessa una parte sostanziale del mercato comune, come osserva l'avvocato generale nel paragrafo 129 delle sue conclusioni, data la vasta superficie del territorio di detto Land, che è di circa 20 000 Km quadrati, e dato il numero molto elevato dei suoi abitanti, che è di circa quattro milioni, cifra superiore alla popolazione di taluni Stati membri. [...]

12) Occorre rammentare che il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n.1, TFUE], non è in se' e per se', incompatibile con l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] di quest'ultimo. Uno Stato membro viola i divieti sanciti da queste due disposizioni solo quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio di diritti speciali o esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando questi diritti sono idonei a creare una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere tali abusi (v. sentenza Pavlov e a., citata, punto 127).

13)A tal proposito, secondo una giurisprudenza costante, costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 del Trattato [ora art. 102 TFUE] il fatto che l'impresa che detiene una posizione dominante su un determinato mercato si riserva senza necessità obbiettiva un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una impresa terza nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa (sentenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88, GB-Inno-BM, Racc. pag. I-5941, punto 18). Se l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa alla quale lo Stato ha concesso diritti speciali o esclusivi è dovuta ad un provvedimento statale, tale provvedimento integra una violazione del combinato disposto dell'art. 90 e dell'art. 86 del Trattato [ora artt. 106 e 102 TFUE] (v. sentenze GB-Inno-BM, citata, punto 21, e 25 giugno 1998, causa C-203/96, Dusseldorp e a., Racc. pag. I-4075, punto 61).

14)Nella causa principale la Ambulanz Glo¨ ckner sostiene per l'appunto che la sua esclusione dal mercato del trasporto di malati in ambulanza risulta dall'applicazione dell'art. 18, n. 3, del RettDG 1991, che permetterebbe alle organizzazioni sanitarie, che agiscono in concertazione con le autorità pubbliche, di limitare l'accesso a tale mercato.

15)La Commissione sostiene anch'essa che l'estensione della posizione dominante del mercato del trasporto d'urgenza a quello simile, ma distinto, del trasporto di malati è dovuta alle modifiche intervenute nella normativa federale che disciplina quest'ultimo tipo di trasporto, e successivamente in quella del Land Renania-Palatinato, in particolare, all'adozione dell'art. 18, n. 3, del RettDG 1991. Tale restrizione della concorrenza costituirebbe una violazione dell'art. 90 del Trattato [ora art. 106 TFUE], in combinato disposto con l'art. 86 di quest'ultimo [ora art. 102 TFUE].

16) A tal proposito si deve rilevare che il legislatore del Land Renania- Palatinato, adottando l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991, la cui applicazione comporta la consultazione previa delle organizzazioni sanitarie su qualsiasi domanda di autorizzazione a fornire servizi di trasporto non urgente di malati presentata da un operatore indipendente, ha favorito dette organizzazioni, già titolari di un diritto esclusivo sul mercato del trasporto d'urgenza, permettendo loro altresì di fornire esclusivamente tali servizi. L'applicazione dell'art. 18 n. 3, del RettDG 1991 ha quindi la conseguenza di limitare gli « sbocchi (...) a danno dei consumatori », ai sensi dell'art. 86, secondo comma, lett. b), del Trattato [ora art. 102, secondo comma, lett. b) TFUE], riservando alle dette organizzazioni sanitarie un'attività ausiliaria di trasporto che potrebbe essere esercitata da un operatore indipendente. [...]

17) Perché una misura come l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991 sia riconosciuta incompatibile con l'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106 TFUE], in combinato disposto con l'art. 86 di quest'ultimo [ora art. 102 TFUE], occorre inoltre accertare che la sua attuazione leda il commercio tra Stati membri. [...]

47. [...] emerge dalla giurisprudenza della Corte che l'interpretazione e l'applicazione della condizione relativa agli effetti sul commercio fra Stati membri, che figura negli artt. 85 e 86 del Trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE], devono assumere come punto di partenza lo scopo di tale condizione, che è quello di delimitare, in materia di disciplina della concorrenza, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello degli Stati membri. Rientrano perciò nell'ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sulla libertà del commercio fra Stati membri in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un

mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune (sentenza 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione, Racc. pag. 1869, punto 17).

48. Perché una decisione, un accordo o una pratica possa pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi di fatto o di diritto, appaia sufficientemente probabile che essi sono atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in un modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri. Tale influenza non deve, inoltre, essere irrilevante (sentenza 28 aprile 1998, causa C-306/96, Javico, Racc. pag. I-1983, punto 16).

49. In materia di servizi, questa influenza può consistere, in particolare, come la Corte ha già rilevato, nell'organizzare le attività di cui trattasi in modo tale che abbiano effetto di suddividere il mercato comune ed ostacolare quindi la libera prestazione di servizi, che è uno degli scopi del Trattato (v. sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87, Bodson, Racc. pag. 2479, punto 24). Parimenti, il commercio tra Stati membri può essere pregiudicato da una misura che impedisca ad un'impresa di stabilirsi in un altro Stato membro per ivi fornire servizi sul mercato di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza 28 gennaio 1986, causa 161/84, Pronuptia, Racc. pag. 353, punto 26).

50. Spetta così al giudice a quo verificare, alla luce delle caratteristiche economiche dei mercati del trasporto d'urgenza e del trasporto dei malati, se esista una probabilità sufficiente che una norma come l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991 impedisca effettivamente ad operatori stabiliti in Stati membri diversi dallo Stato membro considerato sia di effettuare servizi di trasporto in ambulanza in quest'ultimo, sia anche di stabilirvisi. [...]

51. Anche ammettendo che sia dimostrato, alla luce di quanto precede, che l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991 sia in contrasto con l'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 1 TFUE], in combinato disposto con l'art. 86 di quest'ultimo [ora art. 102 TFUE], occorre inoltre esaminare se tale disposizione nazionale possa essere giustificata dall'esistenza di un compito di gestione di un servizio d'interesse economico generale ai sensi dell'art. 90, n. 2, del detto Trattato [ora art. 106, n.2 TFUE]. [...]

55. [...] non si può contestare che le organizzazioni sanitarie sono incaricate di un compito d'interesse economico generale che consiste nell'obbligo di garantire in permanenza il trasporto d'urgenza di persone malate o ferite in tutto il territorio interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, senza riguardo per le situazioni particolari o per il grado di redditività economica di ciascuna operazione individuale.

56. Orbene, l'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE], in combinato disposto con il n. 1 di tale disposizione, consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, in quanto restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi. (v. sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, Racc. pag. I-2533, punto 14).

57. Di conseguenza occorre verificare se sia necessaria una restrizione della concorrenza per consentire al titolare di un diritto esclusivo di esercitare la sua funzione di interesse generale in condizioni economicamente accettabili. Ai fini di questa analisi, la Corte ha statuito che si deve premettere che l'obbligo del titolare di questa funzione di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi e giustifica, quindi, una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati al livello dei settori economicamente redditizi (sentenza Corbeau, citata, punti 16 e 17).

58. Nella causa principale [...] risulta che il sistema istituito dalla RettDG 1991 è tale da permettere alle organizzazioni sanitarie di espletare il loro compito in condizioni

economicamente accettabili. In particolare, emerge dagli atti che gli introiti del trasporto non urgente contribuiscono a coprire le spese connesse al servizio del trasporto d'urgenza.

59. E' vero che al punto 19 della citata sentenza Corbeau la Corte ha considerato che l'esclusione della concorrenza non e' giustificata in taluni casi qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio d'interesse economico generale, di cui trattasi, purché questi servizi non pregiudichino l'equilibrio economico del servizio di interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo.

60. Tuttavia non si tratta di cio' per quanto riguarda i due servizi di cui alla causa principale, in particolare per due motivi. In primo luogo, a differenza dei fatti della causa che hanno dato luogo alla sentenza Corbeau, citata, i due tipi di servizi di cui trattasi, assunti tradizionalmente dalle organizzazioni sanitarie, sono così strettamente collegati che i servizi di trasporto non urgente di malati sono difficilmente scindibili dal compito d'interesse economico generale costituito dai servizi di trasporto d'urgenza e con il quale presentano peraltro caratteristiche comuni.

61. In secondo luogo, l'estensione dei diritti esclusivi delle organizzazioni sanitarie al settore del trasporto non urgente di malati permette loro per l'appunto di espletare il loro compito d'interesse generale, riguardante il trasporto d'urgenza, in condizioni di equilibrio economico. La possibilità che avrebbero gli imprenditori privati di concentrarsi nei settori di trasporto non urgente su tragitti più redditizi potrebbe compromettere la redditività economica del servizio fornito dalle organizzazioni sanitarie e, di conseguenza, mettere in discussione la qualità e l'affidabilità del detto servizio.

62. Tuttavia come ha osservato l'avvocato generale nel paragrafo 188 delle sue conclusioni, solo nel caso in cui fosse dimostrato che le organizzazioni sanitarie incaricate della gestione del servizio di soccorso medico d'urgenza fossero manifestamente e incontestabilmente incapaci di soddisfare sempre la domanda di trasporto medico d'urgenza e di trasporto di malati, non potrebbe essere ammessa la giustificazione dell'estensione dei loro diritti esclusivi relativa al compito d'interesse generale.

63. A tal proposito la *Ambulanz Glöckner* sostiene che l'art. 18, n. 3, della *RettdG* 1991 favorisce per l'appunto una situazione nella quale le organizzazioni sanitarie non sono sempre in grado di soddisfare pienamente e a prezzi accettabili la domanda presente sul mercato del trasporto dei malati (v., per analogia, sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, Racc. pag. I-1979, punto 31, e 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre*, Racc. pag. I-7119, punto 35). Per contro, il *Landkreis* e l'*ASB* sostengono che il servizio pubblico di soccorso medico d'urgenza e' incontestabilmente in grado di soddisfare sia la domanda di trasporto d'urgenza che quella relativa al trasporto di malati, anche in mancanza di imprese private.

64. Spetta al giudice a quo verificare se effettivamente le organizzazioni sanitarie che occupano una posizione dominante sui mercati di cui trattasi siano in grado di soddisfare la domanda e di adempiere non solo il loro obbligo giuridico di fornire servizi di soccorso medico d'urgenza in tutte le situazioni, 24 ore su 24, ma anche di offrire efficientemente i servizi di trasporto di malati.

65. Di conseguenza, una disposizione come l'art. 18, n. 3, del *RettdG* 1991 e' giustificata alla luce dell'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106, n. 2 *TFUE*] purché non osti al rilascio di un'autorizzazione ad operatori indipendenti nel caso in cui sia dimostrato che le organizzazioni sanitarie incaricate della gestione del servizio di soccorso medico d'urgenza non sono manifestamente in grado di soddisfare la domanda nel settore dei servizi di trasporto medico d'urgenza e di trasporto di malati.

66. Tenuto conto di quanto precede, occorre risolvere la questione pregiudiziale nel senso che:

a. - una disposizione nazionale, come l'art. 18, n. 3, del *RettdG* 1991, secondo la quale l'autorizzazione necessaria per fornire servizi di trasporto in ambulanza viene negata dall'autorità competente nel caso in cui il suo utilizzo possa pregiudicare il funzionamento e la redditività del

servizio di soccorso medico d'urgenza, la cui gestione e' stata affidata ad organizzazioni sanitarie come quelle di cui alla causa principale, e' tale da conferire a queste ultime un diritto speciale od esclusivo ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE];

b. - poiche' la decisione di concedere o di negare la detta autorizzazione viene presa unilateralmente dalle autorita' competenti e soltanto sotto la loro responsabilita', in funzione delle condizioni fissate dalla legge e in mancanza di accordo o di concertazione delle dette autorita' con le organizzazioni sanitarie stesse, o di queste ultime tra loro, non sussiste violazione dell'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE], in combinato disposto con l'art. 85, n. 1, lett. c) di quest'ultimo [ora art. 102, n. 1, lett. c) TFUE];

- una disposizione nazionale come l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991 viola l'art. 90, n. 1, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE], in combinato disposto con l'art. 86 [ora art. 102 TFUE] di quest'ultimo, qualora venga dimostrato che le organizzazioni sanitarie occupano una posizione dominante sul mercato dei servizi di trasporto d'urgenza, tale posizione dominante esiste su una parte sostanziale del mercato comune, e sussiste un grado sufficiente di probabilita', considerate le caratteristiche economiche del mercato di cui trattasi, che tale disposizione impedisca effettivamente alle imprese stabilite in Stati membri diversi dallo Stato membro considerato di effettuare servizi di trasporto in ambulanza in quest'ultimo o anche di stabilirvisi;

- tuttavia, una disposizione come l'art. 18, n. 3, del RettDG 1991 e' giustificata alla luce dell'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE] purché non osti al rilascio di un'autorizzazione ad operatori indipendenti nel caso in cui sia dimostrato che le organizzazioni sanitarie incaricate della gestione del servizio di soccorso medico d'urgenza non sono manifestamente in grado di soddisfare la domanda nel settore dei servizi di trasporto medico d'urgenza e di trasporto di malati».

22 novembre 2001, Ferring SA c. Agence centrale des organismes de se'curite' sociale (ACOSS), C-53/00, Racc. I-9067.

La Ferring SA (in prosiegua: la «Ferring»), appartenente ad un gruppo farmaceutico multinazionale, e' una societa' di diritto francese, con sede in Francia, che distribuisce in tale Stato, attraverso un sistema di vendite dirette alle farmacie, un farmaco (il Lutrelef) prodotto in Germania da un'altra societa' del gruppo. Per tale attivita' la Ferring e' stata assoggettata, ai sensi della legge 19 dicembre 1997, n. 97-1164, relativa al finanziamento della previdenza sociale per il 1998 (che ha inserito l'art. L. 245-6-1 nel codice di previdenza sociale), al c.d. « contributo sulle vendite dirette », pari al 2,5% del fatturato al netto di imposte ottenuto in Francia dai laboratori farmaceutici presso farmacie, presso farmacie legate alle casse di assicurazione malattia e presso farmacie di societa' di mutuo soccorso minerario, a titolo delle vendite all'ingrosso di specialita' farmaceutiche. Essa ha cosi' dovuto pagare la somma di FRF 40 155 all'Agence centrale des organismes de se'curite' sociale (in prosiegua: l'« ACOSS »), ma, ritenendo il contributo illegittimo, ha proposto ricorso, per ottenere il rimborso della somma versata, dinanzi al giudice francese (Tribunal des affaires de se'curite' sociale di Cre'teil). A sostegno del suo ricorso, essa affermava che l'imposizione di tale contributo sulle sole vendite dei laboratori farmaceutici, oltre ad introdurre un ostacolo alla libera circolazione dei servizi in violazione dell'art. 59 (ora art. 56 TFUE) Trattato CE, costituiva un aiuto di Stato accordato ai grossisti distributori in violazione dell'obbligo di notifica preventiva di cui all'art. 93, par. 3 (ora art. 108, par. 3 TFUE) Trattato CE. L'ACOSS non concordava sulla configurazione del regime fiscale in parola quale aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, par. 1 (ora art. 107, par. 1 TFUE) Trattato CE e lo riteneva comunque giustificato in base alla natura ed alla struttura del sistema francese di distribuzione dei farmaci, per cui, laddove anche fosse qualificato come aiuto, rientrerebbe nella deroga prevista dall'art. 90, n. 2 (ora art. 106, par. 2 TFUE) Trattato CE. Il giudice adito, ritenendo necessario un intervento interpretativo della Corte di giustizia, sospendeva il procedimento, sottoponendole diverse questioni pregiudiziali. In particolare, il giudice chiedeva alla Corte se il contributo in questione potesse essere considerato

aiuto pubblico ai sensi dell'art. 92 Trattato CE (ora art. 107 TFUE) e, in caso di risposta affermativa, se tale contributo potesse essere giustificato dalla natura e dall'economia del sistema; se i grossisti distributori fossero incaricati della gestione di un servizio di interesse economico generale, ai sensi dell'art. 90, par. 2, Trattato CE (ora art. 106, par. 2 TFUE); e, ancora, nel caso in cui il contributo istituito potesse essere qualificato come aiuto pubblico, se esso dovesse compensare esclusivamente le spese aggiuntive risultanti dagli obblighi imposti ai grossisti distributori affinché fosse applicabile la deroga di cui alla norma da ultimo menzionata. In proposito, la Corte ha affermato:

« 14. Si deve ricordare che l'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE] dispone che, « salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza ».

15. Come la Corte ha già dichiarato, la nozione di aiuto è più ampia della nozione di sovvenzione, poiché comprende non soltanto prestazioni positive come le sovvenzioni stesse, ma anche interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri che di regola gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono effetti identici (v. sentenze 15 marzo 1994, causa C-387/92, Banco Exterior de Espana, Racc. pag. I-877, punto 13, e 17 giugno 1999, causa C-295/97, Piaggio, Racc. pag. I-3735, punto 34).

16. Il termine « aiuti », ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE], designa necessariamente vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali o che costituiscono un onere supplementare per lo Stato o per gli enti designati o istituiti a tal fine (v., in particolare, sentenza 7 maggio 1998, cause riunite da C-52/97 a C-54/97, Viscido e a., Racc. pag. I-2629, punto 13).

17. Tuttavia, l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE] non può essere automaticamente dedotta dalla differenza di trattamento che subiscono le imprese interessate. Infatti, un siffatto vantaggio manca qualora detta differenza di trattamento sia giustificata da ragioni attinenti alla logica del sistema (v., in tal senso, sentenza 9 dicembre 1997, causa C-353/95 P, Tierce' Ladbroke/Commissione, Racc. pag. I-7007, in particolare punti 33 e 35).

18. Occorre quindi [...] esaminare anzitutto se, a prescindere dagli obblighi di servizio previsti dal legislatore francese, la non imposizione ai grossisti distributori del contributo sulle vendite dirette possa, in via di principio, configurare un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE] e, in caso affermativo, si dovrà esaminare se la natura di aiuto di tale regime debba essere esclusa in virtù degli specifici obblighi di servizio pubblico imposti ai grossisti distributori dal sistema francese di approvvigionamento di medicinali delle farmacie.

19. A tale proposito, è importante rilevare che in Francia la distribuzione dei medicinali avviene attraverso due canali direttamente concorrenti, da un lato, quello dei grossisti distributori e, dall'altro, quello dei laboratori farmaceutici che praticano la vendita diretta. Inoltre, è pacifico che il contributo sulle vendite dirette mira in particolare a riequilibrare le condizioni di concorrenza tra i due canali di distribuzione dei medicinali, falsate, secondo il legislatore francese, dall'esistenza di obblighi di servizio pubblico imposti ai soli grossisti distributori. Peraltro, non viene contestato che, in seguito all'introduzione di detto contributo dalla legge n. 97-1164, non solo si è interrotta la crescita registrata dalle vendite dirette negli anni immediatamente precedenti, ma la tendenza si è addirittura invertita in quanto vi è stato un recupero di quote di mercato da parte dei grossisti distributori.

20. Sembra quindi che il non assoggettamento dei grossisti distributori al contributo sulle vendite dirette, destinato a finanziare la Cassa nazionale di assicurazione malattia, equivalga a concedere loro

un'esenzione fiscale. Così, le autorità francesi hanno in pratica rinunciato, a favore dei grossisti distributori, a riscuotere entrate fiscali e, di conseguenza, hanno concesso a questi ultimi un vantaggio economico. Pertanto, si deve constatare che tale vantaggio è stato concesso mediante risorse statali ed ha rafforzato la posizione concorrenziale dei grossisti distributori nei confronti dell'altro canale di distribuzione dei medicinali.

21. Peraltro, si deve ricordare che, allorché un vantaggio concesso da uno Stato membro rafforza la posizione di una categoria di imprese nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati da tale vantaggio (v., in particolare, sentenza 17 settembre 1980, causa 730/79, Philip Morris/Commissione, Racc. pag. 2671, punto 11). Ora, poiché i mercati farmaceutici sono caratterizzati dalla presenza di un gran numero di imprese multinazionali che distribuiscono i loro prodotti negli Stati membri, non vi è dubbio che una misura quale il contributo sulle vendite dirette possa influenzare le correnti di scambi tra questi ultimi.

22. Tenuto conto di quanto precede, si deve constatare che, a prescindere dagli obblighi di servizio pubblico previsti dal legislatore francese, il contributo sulle vendite dirette, in quanto non si applica ai grossisti distributori, può configurare un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE].

23. Tuttavia, si deve esaminare se la natura di aiuto di tale regime debba essere esclusa in ragione degli specifici obblighi di servizio pubblico imposti ai grossisti distributori dal sistema francese di approvvigionamento delle farmacie in medicinali.

24. Occorre ricordare che la normativa francese impone soltanto ai grossisti distributori l'obbligo di disporre in permanenza di un assortimento di medicinali sufficiente a soddisfare le esigenze di un territorio geograficamente determinato e di assicurare la consegna dei medicinali richiesti in tempi brevissimi su tutto il territorio in questione, di modo che sia garantito in ogni momento un adeguato approvvigionamento di medicinali all'insieme della popolazione.

25. Ora, l'assolvimento di detti obblighi comporta, per i grossisti distributori, un costo addizionale che i laboratori farmaceutici non devono sostenere.

26. A tale riguardo, occorre ricordare ciò che la Corte ha dichiarato a proposito di un'indennità prevista dalla direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/439/CEE, concernente l'eliminazione degli oli usati (GU L 194, pag. 23). Tale indennità, finanziata in base al principio chi inquina paga, eventualmente con una tassa percepita sui prodotti trasformati in oli usati o sugli oli usati, e che non superi le spese annuali ed effettive, poteva essere concessa alle imprese di raccolta e/o di eliminazione degli oli usati come contropartita dei loro obblighi di raccolta e/o eliminazione dei prodotti offerti dai detentori. La Corte ha dichiarato che un tale tipo di indennità non configura un aiuto ai sensi dell'art. 92 e seguenti del Trattato [artt. 107 e ss. TFUE], ma una contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese di raccolta o di eliminazione (v. sentenza 7 febbraio 1985, causa 240/83, ADBHU, Racc. pag. 531, punto 18).

27. In modo analogo, purché il contributo sulle vendite dirette imposto ai laboratori farmaceutici corrisponda ai costi aggiuntivi effettivamente sostenuti dai grossisti distributori per l'assolvimento dei loro obblighi di servizio pubblico, il non assoggettamento di questi ultimi a detto contributo può essere considerato la contropartita delle prestazioni effettuate e, pertanto, una misura che non configura un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE]. Del resto, qualora tale condizione di equivalenza tra l'esonero concesso e i costi aggiuntivi indicati sia soddisfatta, i grossisti distributori non beneficiano, in realtà, di un vantaggio ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE], in quanto la misura di cui trattasi avrà come solo effetto di mettere questi ultimi e i laboratori farmaceutici in condizioni di concorrenza comparabili.

28. Nella fattispecie, spetta al giudice a quo valutare se detta condizione sia soddisfatta.

29. Occorre pertanto rispondere che l'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE] deve essere interpretato nel senso che una misura quale quella prevista dall'art. 12 della legge n. 97-1164, in

quanto grava unicamente sulle vendite dirette di medicinali realizzate dai laboratori farmaceutici, configura un aiuto statale ai grossisti distributori solo qualora il vantaggio che essi traggono dal non assoggettamento al contributo sulle vendite dirette di medicinali ecceda i costi aggiuntivi che sostengono per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico imposti loro dalla normativa nazionale. [...]

30. Nel caso in cui il vantaggio che i grossisti distributori traggono dal mancato assoggettamento al contributo sulle vendite dirette di medicinali eccedesse i costi aggiuntivi che essi sostengono per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, il giudice a quo chiede, in sostanza, se un siffatto vantaggio rientri nell'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE].

31. Ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE], le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del Trattato, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità`.

32. Pertanto, se risulta che i grossisti distributori traggono dal non assoggettamento al contributo sulle vendite dirette di medicinali un vantaggio che ecceda i costi aggiuntivi che essi sostengono per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico imposti loro dalla normativa nazionale, tale vantaggio, per la parte che eccede tali costi aggiuntivi, non puo` , comunque, essere considerato necessario per consentire a tali operatori di adempiere la loro specifica missione.

33. Di conseguenza, occorre rispondere che l'art. 90, n. 2, del Trattato [ora art. 106, n. 2 TFUE] deve essere interpretato nel senso che esso non si applica ad un vantaggio fiscale di cui beneficiano imprese incaricate della gestione di un servizio pubblico quali quelle di cui trattasi nella causa principale, in quanto tale vantaggio eccede i costi aggiuntivi del servizio pubblico».

24 luglio 2003, Altmark Trans GmbH e Regierungspra`sidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, causa C-280/00, Racc. I-7747.

Il governo della regione di Magdeburg (il Regierungspra`sidium Magdeburg, in prosiegua: il « Regierungspra`sidium ») aveva rilasciato alla Altmark Trans GmbH (in prosiegua: la « Altmark Trans ») concessioni relative a servizi di linea su autobus nel Landkreis (circonscrizione) di Stendal (Germania) e sovvenzioni pubbliche per l'esecuzione di tali servizi, ritenendo che essa soddisfacesse le condizioni di autorizzazione prescritte dall'art. 13, n. 1, punti 1 e 2, della legge relativa ai trasporti terrestri di persone (il « PbefG »). Analoghe concessioni e sovvenzioni non erano invece state rilasciate alla nuova offerente Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (in prosiegua: la « Nahverkehrsgesellschaft »), che proponeva cosı̀ reclamo contro il provvedimento favorevole alla Altmark Trans, sostenendo che le condizioni di cui alla disposizione richiamata non sussistessero in capo alla concessionaria, non potendo essa considerarsi un'impresa economicamente sana giacche' non avrebbe potuto sopravvivere senza sovvenzioni pubbliche, e che, quindi, le concessioni rilasciatele erano illegittime. Tale reclamo veniva respinto dal Regierungspra`sidium, cosı̀ come il ricorso promosso dinanzi al tribunale amministrativo di primo grado (Verwaltungsgericht) di Magdeburg. Il giudice amministrativo d'appello (Oberverwaltungsgericht) della Sassonia-Anhalt accoglieva invece l'impugnazione della Nahverkehrsgesellschaft avverso la sentenza del giudice di prime cure, annullando il rilascio delle concessioni alla Altmark Trans e sostenendo, tra l'altro, che, data la sua assenza di efficienza economica, le sovvenzioni ad essa accordate non erano compatibili con il diritto comunitario relativo agli aiuti di Stato. Avverso tale decisione, la Altmark Trans proponeva ricorso per cassazione e il giudice adito (Bundesverwaltungsgericht), ritenendo necessario un intervento della Corte di giustizia per chiarire la problematica inerente la compatibilita` della normativa nazionale con quella comunitaria in materia di aiuti, le ha posto una questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 92 e 77 (ora artt. 107 e 93 TFUE) Trattato CE e del regolamento n. 1191/1969, relativo

all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, come modificato dal regolamento n. 1893/1991 (in prosieguo: il « regolamento n. 1191/69 »). In particolare, la Corte ha osservato:

« 32. [...] il rilascio di concessioni alla Altmark Trans viene contestato solo in quanto quest'ultima aveva bisogno di sovvenzioni pubbliche per adempiere agli obblighi di servizio pubblico derivanti dalle suddette concessioni. Dunque tale controversia riguarda essenzialmente la questione se le sovvenzioni pubbliche che la Altmark Trans ha in tal modo ottenuto siano state concesse legittimamente.

33. Dopo aver constatato che il pagamento di sovvenzioni alla Altmark Trans per l'esercizio delle concessioni di cui trattasi [...] in regime di autonomia finanziaria non era contrario al diritto nazionale, il giudice a quo si interroga sulla compatibilità delle suddette sovvenzioni con il diritto comunitario.

34. Le principali disposizioni del Trattato che disciplinano le sovvenzioni pubbliche sono quelle relative agli aiuti di Stato, ossia gli artt. 92 e segg. del Trattato CE [ora artt. 107 e segg. TFUE]. L'art. 77 del Trattato CE [ora art. 93 TFUE] introduce nel settore dei trasporti una deroga alle norme generali applicabili agli aiuti di Stato, disponendo che gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio sono compatibili con il Trattato.

35. Orbene, occorre constatare che il Consiglio ha adottato il regolamento n. 1191/69 sul fondamento degli artt. 75 del Trattato CE [ora art. 91 TFUE] e 94 del Trattato CE [ora art. 109 TFUE], quindi sia sulla base delle disposizioni del Trattato relative alla politica comune dei trasporti sia di quelle relative agli aiuti di Stato.

36. Il regolamento n. 1191/69 sancisce un regime comunitario applicabile agli obblighi di servizio pubblico nel settore dei trasporti. Tuttavia, in forza del suo art. 1, n. 1, secondo comma, gli Stati membri possono escludere dal suo campo di applicazione le imprese la cui attività è limitata esclusivamente alla fornitura di servizi di trasporto urbani, extraurbani o regionali.

37. Di conseguenza, occorre subito esaminare se il regolamento n. 1191/69 sia applicabile ai servizi di trasporto di cui trattasi nella causa principale. Solo in caso negativo occorrerà verificare l'applicazione delle disposizioni generali del Trattato riguardanti gli aiuti di Stato alle sovvenzioni di cui trattasi [...]. Pertanto, occorre risolvere in primo luogo la terza parte della questione pregiudiziale. [...]

38. Con la terza parte della questione pregiudiziale il giudice a quo chiede in sostanza se il regolamento n. 1191/69, più in particolare il suo art. 1, n. 1, secondo comma, possa essere interpretato nel senso che consente a uno Stato membro di non applicare tale regolamento all'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali che dipendano necessariamente da sovvenzioni pubbliche e di limitarne l'applicazione ai casi in cui non sia altrimenti possibile fornire un servizio di trasporto sufficiente. [...]

43. Al fine di risolvere tale parte della questione, occorre determinare in via preliminare se il regolamento n. 1191/69 imponga un regime vincolante al quale gli Stati membri sono imperativamente tenuti ad attenersi quando prevedono di imporre obblighi di servizio pubblico nel settore dei trasporti terrestri.

44. Sia dai considerando del suddetto regolamento sia dal suo dispositivo risulta chiaramente che quest'ultimo impone effettivamente un regime obbligatorio agli Stati membri.

158. Infatti, in base al primo considerando del regolamento n. 1191/69, uno degli obiettivi della politica comune dei trasporti è l'eliminazione delle disparità che derivano dagli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico imposti alle imprese di trasporto da parte degli Stati membri e che possono falsare in misura sostanziale le condizioni di concorrenza. Ai sensi del secondo considerando del suddetto regolamento è quindi necessario sopprimere gli obblighi di

servizio pubblico definiti in quest'ultimo anche se, tuttavia, il mantenimento di tali obblighi può essere indispensabile in alcuni casi per assicurare la fornitura di servizi di trasporto sufficienti.

159. A tale scopo, l'art. 1, n. 3, del regolamento n. 1191/69 prevede che le competenti autorità degli Stati membri sopprimano gli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico, come definiti dal suddetto regolamento, imposti nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Ai sensi del n. 4 dello stesso articolo, per garantire servizi di trasporto sufficienti tenendo conto segnatamente dei fattori sociali, ambientali e di assetto del territorio o per offrire particolari condizioni tariffarie a favore di determinate categorie di passeggeri, tali autorità possono concludere contratti di servizio pubblico con un'impresa di trasporto secondo le condizioni e le modalità definite nella sezione V del suddetto regolamento. Al n. 5 di tale norma si aggiunge peraltro che le suddette autorità possono mantenere o imporre obblighi di servizio pubblico per i servizi urbani, extraurbani e regionali di trasporto di passeggeri in base alle condizioni e alle modalità, ivi compresi i metodi di compensazione, definite nelle sezioni II-IV di tale regolamento.

160. Pertanto, dato che le concessioni di cui trattasi nella causa principale impongono obblighi di pubblico servizio e sono legate a sovvenzioni volte a contribuire al finanziamento dell'assolvimento di questi ultimi, il rilascio di tali concessioni e sovvenzioni in linea di principio era soggetto alle disposizioni del regolamento n. 1191/69.

161. Tuttavia, l'art. 1, n. 1, secondo comma, di tale regolamento autorizza gli Stati membri a escludere dall'ambito di applicazione di quest'ultimo le imprese la cui attività è limitata esclusivamente alla fornitura di servizi di trasporto urbani, extraurbani o regionali.

162. In un primo momento, ossia fino al 31 dicembre 1995, la Repubblica federale di Germania si è avvalsa della deroga prevista dall'art. 1, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 1191/69 escludendo esplicitamente nella normativa nazionale l'applicazione di tale regolamento alle imprese di trasporto urbano, extraurbano e regionale.

163. Dal 1° gennaio 1996 la normativa tedesca non prevede più in modo espresso una siffatta deroga. Al contrario, il suddetto regolamento è stato dichiarato applicabile al rilascio di concessioni di trasporto con autobus in Germania da gestire in regime di servizio pubblico, sulla base degli artt. 8, n. 4, terza frase, e 13 bis del PBefG. Tuttavia, la normativa tedesca non definisce esplicitamente se tale regolamento sia altresì applicabile al rilascio di concessioni di trasporto con autobus da gestire in regime di autonomia finanziaria.

164. A tale proposito occorre accertare se il fatto di non applicare il regolamento n. 1191/69 al regime di autonomia finanziaria, nel caso venga provato, risulti contrario al suddetto regolamento.

165. La Altmark Trans, il Regierungspräsidium e la Nahverkehrsgesellschaft osservano che, se è vero che l'art. 1, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 1191/69 consente di escludere dall'ambito di applicazione di quest'ultimo un'intera categoria di servizi di trasporto, la suddetta disposizione deve, a maggior ragione, consentire di sottrarre una parte limitata di tali servizi all'applicazione di tale regolamento.

166. Occorre rammentare che, come è stato illustrato ai punti 44-47 della presente sentenza, il regolamento n. 1191/69 instaura un regime cui gli Stati membri sono tenuti ad attenersi quando prevedono di imporre obblighi di servizio pubblico alle imprese di trasporto terrestre.

167. Tuttavia, gli Stati membri possono stabilire una deroga alle disposizioni del regolamento n. 1191/69, in forza del suo art. 1, n. 1, secondo comma, a favore di imprese che forniscono servizi urbani, extraurbani o regionali. Il legislatore tedesco si è avvalso in modo generale di tale deroga fino al 31 dicembre 1995.

168. Pertanto occorre ritenere che la modifica del PBefG, in vigore dal 1° gennaio 1996, contribuisca alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 1191/69.

169. Infatti, mediante tale modifica, il legislatore tedesco ha introdotto, per il rilascio delle concessioni relative al trasporto di persone con autobus, una distinzione tra la gestione in regime di autonomia finanziaria e quella in regime di servizio pubblico. In forza dell'art. 13 bis del PBefG il

regolamento

n. 1191/69 e' divenuto applicabile al rilascio delle concessioni gestite in regime di servizio pubblico. Tale modifica del PBefG ha quindi ridotto l'ambito di applicazione della deroga prevista dall'art. 1, n. 1, secondo comma, del suddetto regolamento. Pertanto, la normativa tedesca si e' avvicinata agli obiettivi perseguiti da quest'ultimo.

170. Da tali considerazioni risulta che uno Stato membro, sulla base della facolta' di deroga prevista dall'art. 1, n. 1, secondo comma, del regolamento 1191/69, e' legittimato non solo a escludere completamente i servizi di linea urbani, extraurbani o regionali dall'ambito di applicazione di tale regolamento, ma anche ad applicare tale deroga in modo piu' limitato. In altri termini, tale disposizione consente in linea di principio al legislatore tedesco di prevedere che, per servizi di trasporto forniti in regime di autonomia finanziaria, possano essere prescritti obblighi di servizio pubblico e accordate sovvenzioni senza rispettare le condizioni e le modalita' stabilite da tale regolamento.

171. Tuttavia la normativa nazionale deve chiaramente delimitare l'uso di tale facolta' di deroga affinche' sia possibile determinare in quale situazione si applica la suddetta deroga e in quale situazione e' applicabile il regolamento n. 1191/69.

172. Infatti, come risulta da una costante giurisprudenza, e' particolarmente importante, per garantire la certezza del diritto, che i singoli possano contare su una situazione giuridica chiara e precisa, che consenta loro di sapere esattamente quali sono i loro diritti e di farli valere, se del caso, dinanzi ai giudici nazionali (v. sentenze 23 maggio 1985, causa 29/84, Commissione/Germania, Racc. pag. 1661, punto 23; 9 aprile 1987, causa 363/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 1733, punto 7; 30 maggio 1991, causa C-59/89, Commissione/Germania, Racc. pag. I-2607, punto 18, e 19 settembre 1996, causa C-236/95, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-4459, punto 13).

173. La decisione di rinvio comporta un certo numero di indizi che consentono di dubitare del fatto che nel caso di specie siano state rispettate tali esigenze di chiarezza.

174. Infatti, da un lato risulta dall'ordinanza di rinvio che il regime di autonomia finanziaria si puo' applicare anche a imprese che necessitano di sovvenzioni pubbliche per l'esercizio di concessioni relative a servizi di trasporto. Dall'altro, il giudice a quo ha constatato che « nel caso di servizi di trasporto di linea a carattere urbano, extraurbano o regionale ampiamente deficitari, questa facolta' di scelta, che il legislatore ha lasciato all'operatore, praticamente viene meno poiche' la necessita' di sovvenzioni pubbliche comporta automaticamente l'assoggettamento al regime di servizio pubblico ».

175. Da quanto precede sembra risultare che le concessioni di servizi di trasporto che per il loro esercizio necessitano di sovvenzioni pubbliche possono essere assoggettate sia al regime dell'autonomia finanziaria sia a quello del servizio pubblico. Se cio' accadesse effettivamente, le disposizioni della normativa nazionale interessata non determinerebbero in modo chiaro e preciso in quale situazione siffatte concessioni rientrino nell'uno o nell'altro dei regimi in questione. Orbene, se il regolamento n. 1191/69 non fosse applicabile al regime dell'autonomia finanziaria, un'eventuale incertezza sulla delimitazione di tale regime rispetto a quello del servizio pubblico si estenderebbe anche all'ambito di applicazione del suddetto regolamento in Germania.

176. Al giudice nazionale compete verificare se l'applicazione fatta dal legislatore tedesco della facolta' di deroga prevista dall'art. 1, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 1191/69 risponde alle esigenze di chiarezza e di precisione imposte dall'osservanza del principio di certezza del diritto.

177. Occorre pertanto risolvere la terza parte della questione pregiudiziale nel senso che il regolamento n. 1191/69, piu' in particolare il suo art. 1, n. 1, secondo comma, deve essere interpretato nel senso che consente a uno Stato membro di non applicare tale regolamento all'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali dipendenti necessariamente da sovvenzioni pubbliche e di limitarne l'applicazione ai casi in cui non sia altrimenti possibile fornire un servizio di trasporto sufficiente, purché venga debitamente rispettato il principio di certezza

del diritto.

178. Occorre precisare inoltre che, qualora il giudice a quo statuisca che non si è osservato il principio di certezza del diritto nella fattispecie della causa principale, esso dovrà ritenere che il regolamento n. 1191/69 sia pienamente applicabile in Germania e che quindi sia valido anche per il regime di autonomia finanziaria. In una tale ipotesi occorrerà verificare che le concessioni di cui trattasi nella causa principale siano state rilasciate in conformità a tale regolamento e, in caso affermativo, accertare se le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale siano state concesse in conformità a quest'ultimo. Qualora tali concessioni e sovvenzioni non rispondano alle condizioni stabilite dal suddetto regolamento, il giudice nazionale dovrà concludere che non sono compatibili con il diritto comunitario senza che occorra esaminarle alla luce delle disposizioni del Trattato.

179. Pertanto, solo qualora il giudice a quo giunga alla conclusione che il regolamento n. 1191/69 non si applica al regime di autonomia finanziaria e che l'uso fatto dal legislatore tedesco della facoltà di deroga prevista dal suddetto regolamento è conforme al principio della certezza del diritto, esso dovrà esaminare se le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale siano state concesse in conformità alle disposizioni del Trattato relative agli aiuti di Stato. [...]

180. Con la prima parte della questione pregiudiziale il giudice a quo chiede in sostanza se sovvenzioni destinate a ripianare il passivo di un servizio pubblico di trasporto urbano, extraurbano o regionale rientrino generalmente nell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107 TFUE] o se, alla luce della natura locale o regionale dei servizi di trasporto forniti e, all'occorrenza, dell'importanza del settore di attività interessato, tali sovvenzioni non siano idonee a pregiudicare gli scambi tra Stati membri. [...]

74. Per risolvere la prima parte della questione occorre esaminare i vari elementi della nozione di aiuto statale figurante all'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107 TFUE]. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, la qualificazione di « aiuto » richiede che sussistano tutti i presupposti previsti da tale disposizione (v. sentenze 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione, detta « Tubemeuse », Racc. pag. I-959, punto 25; 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, Spagna/Commissione, Racc. pag. I-4103, punto 20, e 16 maggio 2002, causa C-482/99, Francia/Commissione, Racc. pag. I-4397, punto 68).

75. L'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE] enuncia le seguenti condizioni. In primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio al suo beneficiario. In quarto luogo deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza.

76. La questione sottoposta dal giudice nazionale riguarda più precisamente la seconda delle suddette condizioni.

77. A tale proposito, occorre anzitutto osservare che non è affatto escluso che una sovvenzione pubblica concessa a un'impresa attiva solo nella gestione di servizi di trasporto locale o regionale e non di servizi di trasporto al di fuori del suo Stato d'origine possa, tuttavia, incidere sugli scambi tra Stati membri.

78. Infatti, quando uno Stato membro concede una sovvenzione pubblica a un'impresa, la fornitura di servizi di trasporto da parte della suddetta impresa può risultarne invariata o incrementata, con la conseguenza che le possibilità delle imprese aventi sede in altri Stati membri di fornire i loro servizi di trasporto sul mercato di tale Stato membro ne risultano diminuite (v., in tal senso, sentenze 13 luglio 1988, causa 102/87, Francia/Commissione, Racc. pag. 4067, punto 19; 21 marzo 1991, causa C-305/89, Italia/Commissione, Racc. pag. I-1603, punto 26, e Spagna/Commissione, cit., punto 40).

79. Nella fattispecie, tale constatazione non è soltanto di natura ipotetica in quanto, come emerge in particolare dalle osservazioni della Commissione, diversi Stati membri a partire dal 1995 hanno iniziato ad aprire alcuni mercati di trasporto alla concorrenza di imprese stabilite in altri Stati

membri, cosicché' piu' di un'impresa offre già i propri servizi di trasporto urbani, extraurbani o regionali in Stati membri diversi da[1] suo Stato di origine.

80. Inoltre, la comunicazione della Commissione 6 marzo 1996, relativa agli aiuti de minimis (GU C 68, pag. 9), non riguarda il settore dei trasporti, come emerge dal suo quarto comma. Parimenti, il regolamento (CE) della Commissione 12 gennaio 2001, n. 69, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti d'importanza minore (« de minimis ») (GU L 10, pag. 30), non si applica a tale settore conformemente al suo terzo considerando e al suo art. 1, lett. a).

81. Infine, secondo la giurisprudenza della Corte, non esiste una soglia o una percentuale al di sotto della quale si possa ritenere che gli scambi tra Stati membri non siano stati pregiudicati. Infatti, l'entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria non escludono a priori l'eventualità che vengano influenzati gli scambi tra Stati membri (v. citate sentenze Tubemeuse, punto 43, e Spagna/Commissione, punto 42).

82. Pertanto, la seconda condizione per l'applicazione dell'art. 92, n. 1, [ora art. 107, n.1 TFUE] del Trattato, in base alla quale l'aiuto deve essere tale da incidere sugli scambi tra Stati membri, non dipende dalla natura locale o regionale dei servizi di trasporto forniti o dall'importanza del settore di attività interessato.

83. Tuttavia, affinché un intervento statale possa rientrare nell'art. 92, n. 1, [ora art. 107, n.1 TFUE] del Trattato, lo si deve altresì poter considerare, come è stato illustrato al punto 75 della presente sentenza, come un vantaggio concesso all'impresa beneficiaria.

84. A tale riguardo, vengono considerati aiuti gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese (sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa, Racc. pag. 1127, in particolare pag. 1146) o che devono ritenersi un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato (sentenze 11 luglio 1996, causa C-39/94, SFEI e a., Racc. pag. I-3547, punto 60, e 29 aprile 1999, causa C-342/96, Spagna/Commissione, Racc. pag. I-2459, punto 41).

85. Occorre tuttavia rammentare ciò che la Corte ha statuito a proposito di un'indennità prevista dalla direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/439/CEE, concernente l'eliminazione degli oli usati (GU L 194, pag. 23).

Tale indennità poteva essere concessa alle imprese di raccolta e/o di eliminazione di oli usati come contropartita degli obblighi di raccolta e/o eliminazione che venivano loro imposti dallo Stato membro, a condizione di non superare le spese annuali non coperte ed effettivamente accertate delle imprese, tenuto conto di un margine di utile ragionevole. La Corte ha statuito che un tale tipo di indennità non configurava un aiuto ai sensi degli artt. 92 e segg. del Trattato [ora art. 107 e segg. TFUE], ma una contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese di raccolta o di eliminazione (v. sentenza 7 febbraio 1985, causa 240/83, ADBHU, Racc. pag. 531, punti 3, ultima frase, e 18).

86. In modo analogo, la Corte ha giudicato che, nei limiti in cui una tassa sulle vendite dirette imposta a laboratori farmaceutici corrisponda ai costi aggiuntivi effettivamente sostenuti dai grossisti distributori per l'assolvimento dei loro obblighi di servizio pubblico, il non assoggettamento di questi ultimi a detta tassa può essere considerata la contropartita delle prestazioni effettuate e, pertanto, una misura che non configura un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE]. La stessa Corte ha considerato che, qualora tale condizione di equivalenza tra l'esonero concesso e i costi aggiuntivi indicati sia soddisfatta, i grossisti distributori non beneficiano, in realtà, di un vantaggio ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE], in quanto la misura di cui trattasi avrà come solo effetto di mettere questi ultimi e i laboratori farmaceutici in condizioni di concorrenza comparabili (sentenza Ferring, [22 novembre 2001, causa C-53/00, Racc. pag. I-9067], punto 27).

87. Da tale giurisprudenza discende che, nei limiti in cui un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali

imprese non traggono, in realta` , un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale piu` favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE].

88. Tuttavia, affinche` , in un caso concreto, una siffatta compensazione possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti.

89. In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro. Nella causa principale il giudice a quo dovra` pertanto esaminare se i suddetti obblighi imposti alla Altmark Trans risultino distintamente dalla normativa nazionale e/o dalle concessioni di cui trattasi nella causa principale.

90. In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti.

91. Inoltre, la compensazione da parte di uno Stato membro delle perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri di detta compensazione, allorché in un secondo tempo risulta che la gestione di alcuni servizi nell'ambito dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non e` stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE].

92. In terzo luogo, la compensazione non puo` eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonche` di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. L'osservanza di una siffatta condizione e` indispensabile al fine di garantire che all'impresa beneficiaria non venga concesso alcun vantaggio tale che falsi o minacci di falsare la concorrenza rafforzando la posizione concorrenziale di detta impresa.

93. In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettivita` , il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonche` di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi.

94. Dalle considerazioni di cui sopra risulta che, qualora sovvenzioni pubbliche concesse a determinate imprese cui sono stati esplicitamente attribuiti obblighi di servizio pubblico al fine di compensare i costi originati dall'adempimento di tali obblighi rispondano alle condizioni indicate ai punti 89-93 della presente sentenza, siffatte sovvenzioni non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE]. Per contro, l'intervento statale che non soddisfa una o piu` delle suddette condizioni dovra` essere ritenuto un aiuto di Stato ai sensi di tale disposizione.

95. Occorre pertanto risolvere la prima parte della questione pregiudiziale nel senso che la condizione di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE], in base alla quale l'aiuto deve essere tale da incidere sugli scambi tra Stati membri, non dipende dalla natura locale o regionale dei servizi di trasporto forniti o dall'importanza del settore di attivita` interessato.

Tuttavia, sovvenzioni pubbliche volte a consentire l'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali non ricadono nella sfera di tale disposizione qualora debbano essere considerate una compensazione che rappresenta la contropartita delle prestazioni fornite dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizio pubblico. Ai fini dell'applicazione di tale criterio incombe al giudice a quo verificare il ricorrere delle seguenti condizioni:

- in primo luogo, l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro;
- in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente;
- in terzo luogo, la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento;
- in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. [...]

96. Con la seconda parte della questione pregiudiziale il giudice nazionale chiede in sostanza se l'art. 77 del Trattato [ora art. 93 TFUE] possa essere applicato a sovvenzioni pubbliche che ripianano i costi aggiuntivi sostenuti per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico senza tener conto del regolamento n. 1191/69. [...]

101. L'art. 77 del Trattato [ora art. 93 TFUE] prevede che gli aiuti richiesti dalle necessita` del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitu` inerenti alla nozione di pubblico servizio sono compatibili con il Trattato.

102. Al punto 37 della presente sentenza si e` affermato che, qualora non esistesse un regolamento applicabile alla controversia principale, occorrerebbe verificare se le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale ricadano nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato riguardanti gli aiuti di Stato.

103. Orbene, dai punti 65 e 66 della presente sentenza emerge che il regolamento n. 1191/69 potrebbe essere applicabile alla controversia principale qualora il legislatore tedesco non abbia escluso l'applicazione del suddetto regolamento al regime dell'autonomia finanziaria o non l'abbia fatto in osservanza del principio di certezza del diritto. In caso affermativo, le disposizioni del suddetto regolamento sono applicabili alle sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale e il giudice nazionale non deve verificare se queste ultime siano compatibili con le disposizioni del diritto primario.

104. Tuttavia, nel caso in cui il regolamento n. 1191/69 non fosse applicabile alla controversia principale, dalla risposta alla prima parte della questione pregiudiziale emerge che, qualora le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale siano da considerarsi una compensazione che rappresenta la contropartita delle prestazioni di trasporto effettuate per adempiere obblighi di servizio pubblico e che soddisfa le condizioni formulate ai punti 89-93 della presente sentenza, le dette sovvenzioni non ricadrebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE], cosicche` non occorrerebbe invocare la deroga a detta disposizione prevista dall'art. 77 del Trattato [ora art. 93 TFUE].

105. Ne consegue che le disposizioni del diritto primario riguardanti gli aiuti di Stato e la politica comunitaria dei trasporti sarebbero applicabili alle sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale solo qualora, da un lato, non rientrassero nell'ambito delle disposizioni del regolamento n. 1191/69 e, dall'altro – nei limiti in cui tali sovvenzioni sono state concesse al fine di ripianare i costi aggiuntivi sostenuti per l'adempimento di obblighi di servizio – non ricorressero tutte le condizioni formulate ai punti 89-93 della presente sentenza.

106. Tuttavia, anche se le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale si dovessero esaminare alla luce delle disposizioni del Trattato riguardanti gli aiuti di Stato, la deroga prevista dall'art. 77 di quest'ultimo [ora art. 93 TFUE] non potrebbe essere applicata alle stesse in quanto tale.

107. Infatti, il 4 giugno 1970 il Consiglio ha adottato il regolamento (CEE) del Consiglio 4

giugno 1970, n. 1107, relativo agli aiuti accordati nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile (GU L 130, pag. 1). L'art. 3 di tale regolamento dispone che « [s]alve le disposizioni del regolamento (CEE) n. 1192/69 (...) e del regolamento (CEE) n. 1191/69 (...), gli Stati membri adottano misure di coordinamento ovvero impongono servitu` inerenti alla nozione di servizio pubblico comportanti la concessione di aiuti ai sensi dell'articolo 77 del trattato [ora art. 93 TFUE] soltanto nei casi ed alle condizioni seguenti (...) ». Ne consegue che gli Stati membri non sono piu` autorizzati a invocare l'applicazione dell'art. 77 del Trattato [ora art. 93 TFUE] al di fuori dei casi previsti dal diritto comunitario derivato.

108. Pertanto, dal momento che il regolamento n. 1191/69 non e` applicabile nella fattispecie e che le sovvenzioni di cui trattasi nella causa principale ricadono nella sfera dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107, n.1 TFUE], il regolamento n. 1107/70 enuncia, in modo esaustivo, le condizioni in base alle quali le autorità degli Stati membri possono concedere aiuti ai sensi dell'art. 77 del Trattato [ora art. 93 TFUE].

109. Occorre quindi risolvere la seconda parte della questione pregiudiziale nel senso che l'art. 77 del Trattato [ora art. 93 TFUE] non puo` essere applicato a sovvenzioni pubbliche che ripianano i costi aggiuntivi sostenuti per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico senza tener conto del regolamento n. 1191/69 ».

12 febbraio 2008, BUPA c. Commissione, causa T-289/03, Racc. II-81.

L'assicurazione privata di malattia (in prosieguo: l'«AMP») è stata formalmente introdotta in Irlanda nel 1957 con la creazione del Voluntary Health Insurance Board (in prosieguo: il «VHI»), principalmente al fine di consentire alle persone che non hanno diritto ai servizi del regime pubblico dell'assicurazione malattia di accedere ad una copertura delle spese di ospedalizzazione. All'epoca, il VHI era l'unico operatore che disponeva di un'autorizzazione concessa dal Ministro della Sanità al fine di offrire servizi di assicurazione privata di malattia (in prosieguo: i «servizi AMP»). Il mercato irlandese dell'AMP è stato liberalizzato nel 1994. La BUPA Ireland Ltd, società irlandese di diritto privato, rappresenta la principale concorrente del VHI sul mercato irlandese dell'AMP. Quest'ultimo conservava, comunque, una quota di mercato di circa l'85% in termini di redditi e di circa l'80% in termini di affiliati. Inoltre, circa il 50% della popolazione irlandese era coperto da un'AMP. Nel 1997, il Ministro della Sanità istituì un comitato consultivo al quale conferì l'incarico di emettere raccomandazioni per l'istituzione di un RES di un «Risk equalisation scheme» (sistema di equalizzazione dei rischi, in prosieguo: il «RES»). Il 23 gennaio 2003, le autorità irlandesi hanno formalmente notificato alla Commissione, a norma dell'art. 88, par. 3, CE (oggi art. 108, par. 3, TFUE), il RES. Con decisione del 13 maggio 2003, C (2003) 1322 def. (aiuto di Stato N 46/2003-Irlanda) (in prosieguo: la «decisione impugnata»), la Commissione ha deciso di non sollevare obiezioni, a norma dell'art. 4, par. 2 e 3, del regolamento n. 659/1999, recante modalità di applicazione dell'art. 88 CE (oggi art. 108 TFUE), relative all'istituzione del RES in Irlanda, ritenendo che la misura da un lato soddisfaceva, in linea di principio, le condizioni di cui all'art. 87, par. 1, CE (oggi art. 107, par. 1, TFUE) e che, dall'altro, poteva essere dichiarata compatibile con il mercato comune conformemente all'art. 86, par. 2, CE (oggi art. 106, par. 1, TFUE). La Commissione ha in sostanza osservato che la libertà lasciata in Irlanda agli operatori di fissare i prezzi e di definire i loro prodotti assicurativi non rimetteva in discussione il fatto che gli obblighi previsti dalla normativa pertinente costituivano obblighi SIEG nella misura in cui i detti obblighi servivano a raggiungere gli obiettivi di una missione di servizio economico generale, come l'accesso di ogni persona residente in Irlanda a un certo livello di servizi AMP ad un prezzo accessibile e a condizioni simili di qualità. Avverso la decisione della Commissione, la BUPA Ireland, ed altri, presentavano un ricorso per annullamento davanti al Tribunale di primo grado, il quale, con riguardo, in particolare, alla nozione di servizio di interesse economico generale, ha osservato:

« 161. Secondo la prima condizione enunciata nella sentenza *Altmark* [24 luglio 2003, causa C-280/00, Racc. pag. I-7747] [...] (punto 89), l'impresa beneficiaria deve effettivamente essere incaricata dell'esecuzione di obblighi di servizio pubblico e tali obblighi devono essere chiaramente definiti.

162. Tra le parti non è in contestazione che la nozione di obblighi di servizio pubblico contemplata da tale sentenza corrisponde a quella del SIEG, quale designato nella decisione impugnata, e non diverge da quella contemplata dall'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE].

163. Nel quadro del primo e del secondo motivo, le ricorrenti hanno essenzialmente sostenuto che la nozione di SIEG è una nozione di diritto comunitario avente un carattere stretto e obiettivo, il cui rispetto è soggetto a un intero controllo delle istituzioni comunitarie che non può essere delegato alle autorità nazionali. Per quanto gli Stati membri abbiano una certa libertà di scelta circa il modo in cui intendano assicurare e disciplinare la fornitura di un SIEG, la determinazione del detto SIEG dipenderebbe da una serie di criteri obiettivi, quali l'universalità del servizio e il suo carattere obbligatorio, la cui sussistenza dovrebbe essere verificata dalle istituzioni. Per contro, nella specie, non vi sarebbero obblighi, cioè missioni di interesse generale, imposti agli assicuratori, di fornire taluni servizi AMP e tali servizi non sarebbero accessibili all'insieme della popolazione irlandese. I servizi AMP costituirebbero soltanto servizi finanziari facoltativi, cioè «di lusso», e non sarebbero intesi a sostituirsi ad un regime pubblico della sicurezza sociale. Inoltre, la decisione impugnata designerebbe come SIEG soltanto gli obblighi AMP, ma non i servizi AMP in quanto tali. Orbene, gli obblighi AMP, per quanto adottati nell'interesse generale, sarebbero solo obblighi di regolamento ordinari che si applicano all'esercizio e al controllo dell'attività degli assicuratori AMP, il che, secondo la giurisprudenza e secondo la prassi decisionale della Commissione, non sarebbe sufficiente a qualificarli come SIEG.

164. La convenuta, sostenuta dall'Irlanda, dal Regno dei Paesi Bassi e dal VHI, sostiene che la definizione dei SIEG rientra, in via principale, nella competenza e nel potere discrezionale degli Stati membri e che il controllo, che le istituzioni comunitarie sono autorizzate a esercitare a tal titolo, è limitato a quello dell'esistenza di un errore manifesto di valutazione, che nella specie farebbe difetto. La convenuta e l'Irlanda sottolineano che l'AMP costituisce uno strumento importante della politica sociale e della salute perseguita dall'Irlanda, settore essenzialmente riservato, a norma dell'art. 152 CE [ora art. 168 TFUE], alla competenza degli Stati membri, nonché un complemento importante del regime pubblico dell'assicurazione malattia, senza tuttavia sostituirsi a quest'ultimo. Nella specie, contrariamente a quanto asserito dalle ricorrenti, i servizi AMP, in quanto tali, combinati con gli obblighi AMP, costituirebbero i SIEG pertinenti contemplati dalla decisione impugnata. In particolare, gli obblighi AMP, compresa l'adesione aperta e la tariffazione comune, garantirebbero che i servizi AMP siano accessibili a tutti. A questo proposito, contrariamente al parere delle ricorrenti, non sarebbe necessario che i servizi AMP abbiano carattere universale e obbligatorio in senso stretto, siano gratuiti o economicamente accessibili all'insieme della popolazione irlandese e costituiscano un sostituto del regime pubblico della sicurezza sociale. Inoltre, a parere del Regno dei Paesi Bassi, tenuto conto della nozione dinamica di SIEG, è sufficiente che lo Stato imponga all'insieme degli assicuratori taluni requisiti, come gli obblighi AMP, la cui osservanza è soggetta a un regime di autorizzazione e di controllo, perché possano essere qualificati come obblighi SIEG. Pertanto, la concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un'impresa non sarebbe necessaria. [...]

165. È giocoforza constatare che, nel diritto comunitario, e ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato CE, non esiste né una definizione a norma di regolamento chiara e precisa della nozione di missione SIEG, né un concetto giuridico consolidato che fissi in modo definitivo le condizioni che debbono essere integrate perché uno Stato membro possa validamente invocare l'esistenza e la protezione di una missione SIEG, vuoi ai sensi della prima condizione enunciata nella sentenza *Altmark* [...], vuoi ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE].

166. Per quanto riguarda la competenza per stabilire la natura e la portata di una missione SIEG ai sensi del Trattato, nonché il grado di controllo che le istituzioni comunitarie devono in questo contesto esercitare, dal punto 22 della comunicazione sui servizi d'interesse in generale [...] e dalla

giurisprudenza del Tribunale risulta che gli Stati membri hanno un ampio margine di potere discrezionale quanto alla definizione di ciò che essi considerano SIEG e che la definizione di tali servizi da parte dello Stato membro può essere messa in discussione dalla Commissione solo in caso di errore manifesto (v. sentenza del Tribunale 15 giugno 2005, causa T-17/02, Olsen/Commissione, Racc. pag. II-2031, punto 216 e la giurisprudenza ivi citata).

167. Tale prerogativa dello Stato membro concernente la definizione dei SIEG è confermata dall'assenza sia di competenza specificamente attribuita alla Comunità che di definizione precisa e completa della nozione di SIEG nel diritto comunitario. Infatti, la determinazione della natura e della portata di una missione SIEG in settori di azione particolari, che o non rientrano nella competenza della Comunità, ai sensi dell'art. 5, prima comma, CE, o sono fondati su una competenza comunitaria solo limitata o ripartita, ai sensi del secondo comma di tale articolo, resta, in linea di principio, nell'ambito di competenza degli Stati membri. Orbene, come sostenuto dalla convenuta e dall'Irlanda, il settore della salute rientra in una competenza quasi esclusiva degli Stati membri. In tale settore, la Comunità, a norma dell'art. 152, nn. 1 e 5, CE [ora art. 168 TFUE], può solo procedere ad azioni giuridicamente non vincolanti nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi di salute e di cure mediche. Da ciò consegue che la determinazione di obblighi SIEG in tale contesto rientra egualmente, in via principale, nella competenza degli Stati membri. Tale ripartizione delle competenze è inoltre riflessa, in modo generale, dall'art. 16 CE [ora art. 32 TFUE], secondo il quale, in considerazione del posto che occupano i SIEG tra i valori comuni dell'Unione nonché del ruolo che essi svolgono nella promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione, la Comunità e i suoi Stati membri, ciascuno nei limiti delle rispettive competenze e nei limiti dell'ambito di applicazione del Trattato, vigilano affinché tali SIEG funzionino sulla base di principi e in condizioni che consentano loro di svolgere le loro missioni.

168. A questo proposito, le ricorrenti non possono validamente invocare la sentenza 20 marzo 1985, Italia/Commissione [29 aprile 2004, causa C-298/00 P, Racc. pag. I-4087], [...] (punto 30), per dimostrare la necessità di un controllo pieno e intero da parte delle istituzioni comunitarie dell'esistenza di una missione SIEG nel settore della salute. Infatti, dalla detta sentenza risulta che il potere di agire dello Stato membro, a norma dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE], e, quindi, il suo potere di definizione dei SIEG, non è illimitato e non può essere esercitato in maniera arbitraria al solo fine di sottrarre un settore particolare, quale quello della telecomunicazione, all'applicazione delle regole di concorrenza.

169. Di conseguenza, il controllo che le istituzioni comunitarie sono autorizzate a svolgere sull'esercizio del potere discrezionale dello Stato membro nella determinazione dei SIEG è limitato alla ricerca dell'esistenza di un errore manifesto di valutazione. Orbene, nella decisione impugnata (punto 44), la Commissione ha correttamente esercitato tale controllo esaminando se la valutazione dell'Irlanda circa la presenza di una missione SIEG nonché la qualificazione degli obblighi AMP come obblighi SIEG sia affetta da errore manifesto.

170. Pertanto, la censura che deduce una delega illegittima alle autorità irlandesi della definizione dei SIEG di cui trattasi e l'assenza di pieno e intero controllo delle valutazioni delle dette autorità con riferimento ad una definizione obiettiva e stretta dei SIEG nel diritto comunitario non può essere accolta. [...]

171. Si deve esaminare la questione se nella decisione impugnata la Commissione potesse validamente ritenere che le misure notificate dall'Irlanda si ricollegassero ad una missione SIEG ai sensi sia della prima condizione sancita nella sentenza Altmark [...], sia dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE].

172. Si deve a questo proposito rilevare, in via preliminare, che, anche se lo Stato membro dispone di un ampio potere discrezionale circa la determinazione di ciò che considera un SIEG, ciò non lo dispensa, quando invoca l'esistenza e la necessità di tutela di una missione SIEG, dal vigilare a che quest'ultima soddisfi taluni criteri minimi comuni a tutte le missioni SIEG ai sensi del Trattato CE, come precisati dalla giurisprudenza, e dal dimostrare che tali criteri sono effettivamente soddisfatti

nella specie. Si tratta, in particolare, della presenza di un atto della pubblica autorità che investe gli operatori di cui trattasi di una missione SIEG nonché del carattere universale e obbligatorio di tale missione. Per contro, l'assenza di prova da parte dello Stato membro del fatto che tali criteri siano soddisfatti o la loro inosservanza da parte dello stesso è tale da costituire errore manifesto di valutazione che la Commissione deve sanzionare, a pena di incorrere essa stessa in errore manifesto. Inoltre, dalla giurisprudenza relativa all'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE] risulta che lo Stato membro deve indicare le ragioni per le quali ritiene che il servizio di cui trattasi meriti, per il suo carattere specifico, di essere qualificato come SIEG e distinto da altre attività economiche (v., in questo senso, sentenze *Merci Convenzionali Porto di Genova* [10 dicembre 1991, causa C-179/90, Racc. pag. I-5889] punto 27, e *Enirisorse* [27 novembre 2003, cause da C-34/01 a C-38/01, Racc. pagg. I-14243], punti 33 e 34). Infatti, senza una siffatta motivazione, un controllo, anche marginale, da parte delle istituzioni comunitarie, ai sensi sia della prima condizione enunciata nella sentenza *Altmark* [...], sia dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE], vertente sull'esistenza di un errore manifesto commesso dallo Stato membro nell'ambito del suo potere discrezionale, non sarebbe possibile.

173. Alla luce delle considerazioni di cui supra occorre esaminare le censure dedotte dalle ricorrenti intese a dimostrare che, nella specie, la Commissione ha a torto ammesso l'esistenza di una missione SIEG ».

Il Tribunale si è poi soffermato sull'identità e sulla natura della missione SIEG in oggetto, osservando che:

« 174. Nella specie, vi è disaccordo tra le parti sull'identità e la natura dei SIEG che costituiscono oggetto della decisione impugnata e quindi della misura notificata. Le ricorrenti deducono in sostanza che la decisione impugnata riguarda soltanto gli obblighi AMP la cui qualifica come obblighi SIEG è stata ammessa dalla Commissione. Per contro, la detta decisione non valuterebbe la questione se i servizi AMP in quanto tali costituiscano SIEG, il che, nella specie, non avverrebbe [...]. La convenuta e l'Irlanda replicano che, tenuto conto del nesso indissolubile tra i servizi AMP e gli obblighi AMP che disciplinano la prestazione dei primi, la decisione impugnata, qualificando gli obblighi AMP come obblighi SIEG, riconosce necessariamente parimenti il carattere di SIEG dei servizi AMP in quanto tali.

175. È vero che la decisione impugnata esamina, in via principale, in particolare ai punti 41-49, sotto il titolo «Obblighi di servizio pubblico», gli obblighi AMP, cioè la tariffazione comune, l'adesione aperta, la copertura a vita e le prestazioni minime, precisando le ragioni per le quali essi devono essere qualificati obblighi SIEG. Orbene, benché la decisione impugnata non si pronunci esplicitamente sulla questione se i servizi AMP in quanto tali o il sistema irlandese dell'AMP in generale rappresentino pure SIEG, la detta decisione, ai punti 41 e 47, dichiara che gli «obblighi [AMP] sono intesi a garantire l'esecuzione di una missione di interesse generale, cioè un certo livello di [servizi] AMP a chiunque viva in Irlanda ad un prezzo accessibile e a condizione di qualità simili». Del resto, al punto 48 della decisione impugnata, la Commissione rileva che le autorità irlandesi non sono incorse in errore manifesto «includendo nella loro nozione di SIEG servizi che eccedono quelli offerti dal sistema di sicurezza sociale di base». Queste constatazioni confermano che, nella decisione impugnata, la Commissione ha pure ammesso, quantomeno implicitamente, che i servizi AMP presentavano il carattere di SIEG in quanto tali. Ad ogni modo, tenuto conto del nesso indissolubile tra gli obblighi AMP e i servizi AMP, era per la Commissione impossibile limitare la sua valutazione ai soli obblighi AMP senza prendere pure in considerazione i servizi AMP che ne formano l'oggetto e la cui prestazione è subordinata al rispetto dei detti obblighi.

176. Pertanto, contrariamente al parere delle ricorrenti, la decisione impugnata riconosce allo stesso tempo che gli obblighi AMP costituiscono obblighi SIEG e che i servizi AMP rientrano in una missione SIEG. [...]

177. Le ricorrenti contestano l'esistenza di una missione SIEG, e ritengono che la normativa in considerazione si limiti ad assoggettare l'attività di tutti gli assicuratori AMP a obblighi di regolamento «normali», senza che ciò implichi l'attribuzione di una missione particolare definita da un atto dei pubblici poteri.

178. In primo luogo, come risulta dalla giurisprudenza, la prestazione del servizio di cui trattasi deve, per definizione, rivestire un interesse generale o pubblico. A tale titolo, i SIEG si distinguono in particolare da quelli che servono un interesse privato, benché quest'ultimo possa essere più o meno collettivo o essere riconosciuto dallo Stato come legittimo o benefico (v., in questo senso, sentenze Züchner [14 luglio 1981, causa 172/80, Racc. pag. 2021], punto 7, e GVL/Commissione [2 marzo 1983, causa 7/82, GVL/Commissione, Racc. pag. 483], punti 31 e 32). Inoltre, come sostenuto dalle ricorrenti, l'interesse generale o pubblico invocato dallo Stato membro non deve riassumersi nel bisogno di assoggettare il mercato considerato a talune regole o l'attività commerciale degli operatori interessati ad un'autorizzazione dello Stato. Infatti, la circostanza che il legislatore nazionale imponga, nell'interesse generale in senso lato, talune regole di autorizzazione, di funzionamento o di controllo all'insieme degli operatori di un settore non è di per sé, in linea di principio, costitutiva di una missione SIEG (v., in questo senso, sentenze GVL/Commissione, [13 dicembre 1991, causa C-18/88, Racc. pag. I-5941], punto 32, e GB-Inno-BM [...], punto 22).

179. Per contro, il riconoscimento di una missione SIEG non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla. Dalla lettura combinata dei nn. 1 e 2 dell'art. 86 CE [ora art. 106 TFUE] risulta che si deve distinguere, da un lato, tra un diritto speciale o esclusivo conferito ad un operatore e, dall'altro, la missione SIEG che, se del caso, è ricollegata a tale diritto (v., in questo senso, sentenze Merci Convenzionali Porto di Genova [...], punti 9 e 27; Almelo [27 aprile 1994, causa C-393/92, Racc. pag. I-1477] [...], punti 46-50, e Albany [21 settembre 1999, causa C-67/96, Racc. pag. I-5751], punto 98 e 104-111). La concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG. Pertanto, come sostenuto dal Regno dei Paesi Bassi, la constatazione della Commissione di cui al punto 47 della decisione impugnata, che fa riferimento ai punti 14 e 15 della comunicazione sui servizi di interesse generale, secondo la quale l'attribuzione di una missione SIEG può anche consistere in un obbligo imposto a molti o addirittura a tutti gli operatori attivi sullo stesso mercato (v., per quanto riguarda un compito SIEG affidato nel quadro di una concessione di diritto pubblico non esclusiva, sentenza Almelo, punto 97 supra, punto 47), non è inficiata da errore.

180. Di conseguenza, l'argomento delle ricorrenti secondo cui l'esistenza di una missione SIEG sarebbe esclusa in ragione dell'assoggettamento dell'insieme degli assicuratori AMP a taluni obblighi va disatteso.

181. In secondo luogo, si deve ricordare che, in sostanza, sia la prima condizione enunciata dalla Corte nella sentenza Altmark [...], sia la formulazione dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE], in quanto tale, richiedono che l'operatore di cui trattasi sia incaricato di una missione SIEG con un atto dei pubblici poteri e che questo definisca chiaramente gli obblighi SIEG di cui trattasi (v., in questo senso, sentenze della Corte Züchner [...], punto 7; 11 aprile 1989, causa 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Racc. pag. 803, punto 55; GT-Link, [17 luglio 1997, causa C-242/95, GT-Link, Racc. pag. I-4449], punto 51, e Altmark [...], punto 89; sentenza Olsen/Commissione, punto 166 supra, punto 186).

182. Nella specie, contrariamente alla tesi sostenuta dalle ricorrenti, la normativa irlandese pertinente non costituisce una regolamentazione o un'autorizzazione qualunque circa l'attività dagli assicuratori AMP, ma deve essere qualificata come atto dei pubblici poteri recante creazione e definizione di un compito particolare consistente nella prestazione di servizi AMP nel rispetto degli obblighi AMP. Infatti, gli artt. 7-10 del 1994 Health Insurance Act, come modificati, in ultimo luogo, dal 2001 Health Insurance Act, nonché dalle 1996 Health Insurance Regulations [...], definiscono dettagliatamente gli obblighi AMP, come la tariffazione comune, l'adesione aperta, la copertura a vita

e le prestazioni minime, cui è soggetto l'insieme degli assicuratori AMP ai sensi di tale normativa. Del resto, con l'obiettivo dichiarato di servire l'interesse generale consentendo, attualmente a circa la metà della popolazione irlandese, di fruire di una copertura alternativa per talune cure mediche, in particolare ospedaliere, gli obblighi AMP sopramenzionati restringono la libertà commerciale degli assicuratori AMP in una misura che eccede ampiamente le condizioni di autorizzazione ordinarie per l'esercizio di un'attività in un settore particolare (v. punti 191 e seguenti infra).

183. Parimenti, il Tribunale considera che questa normativa soddisfa la condizione di una definizione chiara e precisa degli obblighi SIEG di cui trattasi ai sensi della prima condizione enunciata nella sentenza *Altmark* [...] (punto 89), il che non è oggetto di contestazione da parte delle ricorrenti. Inoltre, dato che il sistema scelto dall'Irlanda non prevede la concessione di diritti esclusivi o speciali, ma lo svolgimento di tale missione da parte di tutti gli operatori attivi sul mercato irlandese dell'AMP, il che è una possibile scelta dello Stato membro (v. punto 179 supra), non si può pretendere, contrariamente a quanto sembrano volere le ricorrenti, che a ogni operatore soggetto agli obblighi AMP venga conferito separatamente il detto incarico con un atto o un mandato individuale.

184. Pertanto, va respinta la censura che deduce l'assoggettamento dell'attività degli operatori AMP a obblighi di regolamento «normali» e l'assenza di un atto dei pubblici poteri recante creazione e attribuzione di una missione SIEG. [...]

186. Per quanto riguarda l'universalità dei servizi AMP, va constatato in limine che, contrariamente alla tesi sostenuta dalle ricorrenti, dal diritto comunitario non discende che, per essere qualificato come SIEG, il servizio di cui trattasi deve costituire un servizio universale in senso stretto, come il regime pubblico di sicurezza sociale. Infatti, la nozione di servizio universale, ai sensi del diritto comunitario, non implica che il servizio di cui trattasi debba rispondere ad un'esigenza comune all'insieme della popolazione o essere fornito a un territorio nella sua totalità (v., in tal senso, sentenze *Ahmed Saeed Flugreisen*, punto 181 supra, punto 55; *Corsica Ferries France* [18 giugno 1998, causa C-266/96, Racc. pag. I-3949], punto 45, e *Olsen/Commissione*, punto 166 supra, punti 186 e seguenti). Come enunciato al punto 47 della decisione impugnata, facendo riferimento al punto 14 della comunicazione sui servizi di interesse generale, benché tali caratteristiche corrispondano al tipo di SIEG classico e più diffuso negli Stati membri, ciò non esclude l'esistenza di altri tipi di SIEG pure essi leciti che gli Stati membri possono validamente decidere di creare nell'esercizio del loro potere discrezionale.

187. Pertanto, il fatto che gli obblighi SIEG di cui trattasi abbiano un campo di applicazione territoriale o materiale solo ristretto o che dei servizi di cui trattasi benefici solo un gruppo relativamente ristretto di utenti non rimette necessariamente in discussione il carattere universale di una missione SIEG, ai sensi del diritto comunitario. Da ciò consegue che l'interpretazione restrittiva operata dalle ricorrenti del carattere universale di un SIEG, fondata su talune relazioni o documenti della Commissione, il cui contenuto non è, inoltre, giuridicamente vincolante, non è compatibile con la portata del potere discrezionale di cui gli Stati membri dispongono circa la definizione di una missione SIEG. Di conseguenza tale argomento è infondato e dev'essere respinto.

188. Per quanto riguarda l'argomento secondo il quale i servizi AMP rappresentano solo servizi finanziari facoltativi, o addirittura «di lusso», destinati a garantire una copertura complementare o supplementare rispetto ai servizi universali obbligatori previsti dal regime pubblico dell'assicurazione malattia, si deve rilevare che il carattere obbligatorio del servizio di cui trattasi costituisce in effetti una condizione essenziale dell'esistenza di una missione SIEG ai sensi del diritto comunitario. Tale carattere obbligatorio deve essere inteso nel senso che gli operatori incaricati della missione SIEG con un atto dei pubblici poteri sono, in linea di principio, tenuti ad offrire il servizio di cui trattasi sul mercato rispettando gli obblighi SIEG che regolano la prestazione del detto servizio. Dal punto di vista di un operatore incaricato di una missione SIEG, tale carattere obbligatorio – di per sé in contrasto con la libertà commerciale e con il principio della libera concorrenza – può tra l'altro consistere, specie nel caso di concessione di un diritto esclusivo o speciale, in un obbligo di esercitare una certa attività commerciale indipendentemente dai costi a questa connessi (v., altresì, in tale senso,

punto 14 della comunicazione sui servizi di interesse generale). In un caso siffatto, tale obbligo costituisce la contropartita della protezione della missione SIEG e della posizione di mercato che vi si ricollega in virtù dell'atto che ha attribuito tale incarico. In assenza di un diritto esclusivo o speciale, il carattere obbligatorio di una missione SIEG può risiedere nell'obbligo dell'operatore di cui trattasi, previsto da un atto dei pubblici poteri, di offrire taluni servizi a tutti i cittadini che lo richiedano (v., altresì, in tale senso, punto 15 della comunicazione sui servizi d'interesse generale).

189. Tuttavia, contrariamente al parere delle ricorrenti, il carattere cogente della missione SIEG non presuppone che le pubbliche autorità impongano all'operatore interessato l'obbligo di fornire un servizio di un contenuto chiaramente predeterminato, come sarebbe il caso del piano P offerto dal VHI (v. punto 14 supra). Infatti, il carattere obbligatorio della missione SIEG non esclude l'esistenza di una certa libertà di scelta conferita all'operatore sul mercato, nella quale rientrano il contenuto e la fissazione del prezzo dei servizi che egli intende fornire. In tali condizioni, è garantito un minimo di libertà di azione degli operatori e, quindi, di concorrenza circa la qualità e il contenuto dei servizi di cui trattasi, il che è tale da limitare, nell'interesse della Comunità, la portata della restrizione della concorrenza che risulta normalmente dall'attribuzione di una missione SIEG senza che ciò incida sugli obiettivi di quest'ultima.

190. Da ciò consegue che, in assenza di un diritto esclusivo o speciale, per considerare servizio obbligatorio, è sufficiente che l'operatore preposto a una siffatta missione si trovi soggetto all'obbligo di fornire tale servizio a qualsiasi utente che ne faccia richiesta. In altri termini, il carattere obbligatorio del servizio e, quindi, l'esistenza di una missione SIEG sono accertati se il prestatore è obbligato a contrattare a condizioni costanti, senza poter escludere l'altra parte contraente. Quest'ultimo elemento consente di distinguere il servizio rientrante in una missione SIEG da ogni altro servizio fornito sul mercato e quindi da ogni altra attività esercitata in modo completamente libero (v., in tal senso, sentenze *GT-Link* [...], punto 53, e *Merci Convenzionali Porto di Genova* [...], punto 27) ».

1 luglio 2010, *M6 and TF1 c. Commissione*, cause riunite T-568/08 e T-573/08, non ancora pubblicata in Raccolta.

La France Télévisions è una società pubblica francese creata con la legge francese 1^a agosto 2000, n. 719, che modifica la legge 30 settembre 1986, n. 1067, relativa alla libertà di comunicazione (GURF n. 177 del 2 agosto 2000, pag. 11903), proprietaria delle reti di servizio pubblico France 2, France 3, France 4, France 5, France Ô, nonché RFO (Réseau France Outre-mer) che raggruppa le televisioni e le radio pubbliche emittenti nei dipartimenti francesi d'oltremare. In seguito all'annuncio del presidente della Repubblica francese, in data 8 gennaio 2008, della cancellazione a termine della pubblicità televisiva sulla televisione pubblica, la Repubblica francese, l'11 giugno 2008, notificava alla Commissione il proprio progetto di procedere a un conferimento di capitale di 150 milioni di euro alla France Télévisions. Il 16 luglio 2008, la Commissione adottava la decisione C (2008) 3506 def. (in prosieguo: la «decisione impugnata»). Nella valutazione della misura notificata, una volta constatato il soddisfacimento delle condizioni per l'esistenza di un aiuto di Stato - relative a un intervento dello Stato o all'impiego di risorse statali, all'incidenza sugli scambi tra Stati membri, all'esistenza di un vantaggio e, infine, alla distorsione o al pericolo di distorsione della concorrenza (punti 13-33 della decisione impugnata), la Commissione esaminava la compatibilità dell'aiuto di Stato con il mercato comune ai sensi dell'art. 86, par. 2, CE (oggi art. 106, par. 2, TFUE). La Commissione decideva di non sollevare obiezioni riguardo alla misura notificata, in quanto si trattava di un aiuto compatibile con il Trattato, ai sensi dell'art. 86, par. 2, CE (oggi art. 106, par. 2, TFUE), e disponeva che la Repubblica francese le avrebbe dovuto riferire, nei tre mesi successivi alla chiusura dei conti dell'esercizio per il 2008, sull'effettiva destinazione di tale aiuto al finanziamento degli obblighi di servizio pubblico a cui la France Télévisions è tenuta (decisione impugnata, rubrica «5. Decisione»). Con atti introduttivi depositati presso la cancelleria del Tribunale il 17 dicembre

2008, la Métropole télévision (in prosieguo: la «M6») e la Télévision française 1 SA (in prosieguo: la «TF1»), hanno presentato ricorso avverso la decisione della Commissione avanti il Tribunale. Quest'ultimo, riguardo, in particolare, la nozione di servizi di interesse economico generale, ha osservato:

«136. Per quanto riguarda, in secondo luogo, la questione se l'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE] contenga una condizione di efficacia economica dell'operatore incaricato del servizio pubblico nella fornitura di detto servizio, occorre osservare che, ai sensi di tale disposizione, le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale sono sottoposte alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata, purché tuttavia lo sviluppo degli scambi non sia compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità (sentenze della Corte 19 marzo 1991, causa C-202/88, Francia/Commissione, Racc. pag. I-1223, punto 11; 23 ottobre 1997, causa C-157/94, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-5699, punto 28; 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany, Racc. pag. I-5751, punto 102, e 17 maggio 2001, causa C-340/99, TNT Traco, Racc. pag. I-4109, punto 52).

137. L'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE], nel consentire, a talune condizioni, deroghe alle norme generali del Trattato, mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica o sociale, con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune (sentenze Francia/Commissione, cit. supra al punto 136, punto 12; Commissione/Paesi Bassi, cit. supra al punto 136, punto 39, e Albany, cit. supra al punto 136, punto 103).

138. Occorre altresì ricordare che non è necessario, ai fini dell'applicazione dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE], che risultino minacciati l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale. È sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, quali precisate dagli obblighi e dai vincoli imposti, o che il mantenimento dei diritti di cui trattasi sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili (sentenze della Corte Commissione/Paesi Bassi, cit. supra al punto 136, punti 52 e 53; Albany, cit. supra al punto 136, punto 107; TNT Traco, cit. supra al punto 136, punto 54, e 15 novembre 2007, causa C-162/06, International Mail Spain, Racc. pag. I-9911, punto 35; v. anche, in tal senso, sentenza della Corte 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, Racc. pag. I-2533, punti 14-16).

139. Inoltre, in assenza – come nel caso di specie – di una normativa armonizzata in materia, la Commissione non è legittimata a pronunciarsi sui contenuti delle missioni di servizio pubblico incombenti all'esercente pubblico, vale a dire sul livello dei costi connessi a tale servizio, né sull'opportunità delle scelte politiche effettuate al riguardo dalle autorità nazionali, né sull'efficacia economica di tale esercente (v. in tal senso, conclusioni dell'avvocato generale Tesouro nella citata sentenza Corbeau, punto 138 supra, Racc. pag. I-2548, punto 16, e dell'avvocato generale Tizzano nella sentenza della Corte 22 novembre 2001, causa C-53/00, Ferring, Racc. pag. I-9067, I-9069, punto 51, e sentenza del Tribunale 27 febbraio 1997, causa T-106/95, FFSA e a./Commissione, Racc. pag. II-229, punto 108).

140. Ne consegue che la questione se un'impresa preposta al SIEG della radiodiffusione possa adempiere i propri obblighi di servizio pubblico a un costo minore è irrilevante ai fini della valutazione della compatibilità del finanziamento statale di tale servizio alla luce delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato. Ciò che l'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE] intende evitare con la valutazione della proporzionalità dell'aiuto è che l'impresa preposta al SIEG benefici di un finanziamento che ecceda i costi netti del servizio pubblico.

141. Dalle osservazioni che precedono emerge che non soltanto l'efficacia economica della France

Télévisions nella fornitura del SIEG della radiodiffusione non è in discussione nella causa di specie (v. punti 133-135 supra), ma che, in ogni caso, tale efficacia economica è irrilevante ai fini della compatibilità del contributo finanziario con il mercato comune ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE [ora art. 106 TFUE]».

11. Norme sulla concorrenza e comportamenti degli Stati

30 gennaio 1985, *Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC) c. Guy Clair*, causa 123/83, Racc. 391.

Il 7 novembre 1980 il Bureau national interprofessionnel du cognac (in seguito BNIC) adottava all'unanimità un documento intitolato « Accord interprofessionnel relatif aux prix de vins blancs distillables et des eaux-de-vie de cognac ». Questo atto, destinato ad essere applicato nell'intero territorio della Francia metropolitana, fissava un prezzo minimo dei vini da distillare, il prezzo delle acquaviti distillate nel 1980 e anteriormente, come pure un prezzo minimo per il cognac. Esso contemplava la nullità di qualsiasi contratto stipulato in contrasto con le sue disposizioni, come pure le sanzioni contemplate dall'art. 4 della legge 10 luglio 1975 n. 600 (relativa all'organizzazione tra categorie agricole).

Tale accordo, con decreto del Ministro dell'agricoltura 27 novembre 1980, diveniva obbligatorio per tutti i membri del BNIC.

Il signor Clair acquistava da vari viticoltori delle acquaviti di cognac a prezzi inferiori a quelli stabiliti dal decreto, il BNIC lo citava dinanzi al Tribunal de grande instance di Saintes onde ottenere l'annullamento dei relativi contratti.

Adita tramite rinvio pregiudiziale per pronunciarsi sull'applicabilità dell'art. 85 del trattato (ora art. 101 TFUE) al caso di specie, la Corte ha osservato:

« 22. In proposito va rilevato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti dell'accordo, qualora questo abbia l'oggetto di restringere, impedire o alterare il gioco della concorrenza. Orbene, per sua stessa natura, l'accordo che fissi un prezzo minimo per un prodotto e venga trasmesso alle pubbliche autorità affinché questo prezzo minimo sia omologato, onde renderlo obbligatorio per il complesso degli operatori economici del mercato di cui trattasi, ha l'oggetto di alterare il gioco della concorrenza sul mercato stesso.

23. Quanto all'adozione di un atto della pubblica autorità, destinata a rendere obbligatorio l'accordo per tutti gli operatori economici, anche se non hanno partecipato all'accordo stesso, essa non può avere l'effetto di sottrarlo all'applicazione dell'art. 85, n. 1 [ora art. 101 TFUE], come hanno giustamente rilevato il convenuto nella causa principale e la Commissione. (...)

25. Il fatto che il presidente o il direttore di un ente in seno al quale è stato concluso un accordo avente l'oggetto di impedire il libero gioco della concorrenza apponga, mentre ciò non è prescritto dalla legge nazionale, la propria firma in calce all'accordo è irrilevante ai fini dell'applicazione all'accordo stesso dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE]».

18 giugno 1998, *Commissione c. Italia (Spedizionieri doganali)*, causa C- 35/96, Racc. 3851.

Sulle vicende che hanno dato origine alla controversia si veda la medesima sentenza citata in questo capitolo, paragrafo 1 (p. 000).

La Corte affrontava anche il problema dell'applicabilità delle norme sulla concorrenza, contrastando la tesi del Governo italiano.

« 34. All'udienza, il governo italiano ha sostenuto che, sebbene lo spedizioniere doganale sia un

lavoratore indipendente, in quanto esercita una professione liberale, come un avvocato, un geometra o un interprete, egli non può tuttavia essere considerato un'impresa, ai sensi dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE], poiché i servizi da lui forniti sono di natura intellettuale e in quanto l'esercizio della sua professione richiede un'autorizzazione e implica il rispetto di talune condizioni. Il Trattato distinguerebbe del resto fra i lavoratori indipendenti e le imprese, di modo che qualsiasi attività non subordinata non sarebbe necessariamente esercitata nell'ambito di un'impresa. Inoltre, mancherebbe l'elemento organizzativo indispensabile, vale a dire la combinazione di elementi personali, materiali e immateriali durevolmente destinati al perseguimento di un determinato scopo economico.

35. Non essendo imprese gli spedizionieri doganali indipendenti, il CNSD non può costituire, a maggiore ragione, un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE].

36. Occorre ricordare anzitutto che, per giurisprudenza costante, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser, Racc. pag. I-1979, punto 21; 16 novembre 1995, causa C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances e a., Racc. pag. I-4013, punto 14, e 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre, Racc. pag. I-7119, punto 21), e che costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 2599, punto 7).

37. Orbene, l'attività degli spedizionieri doganali presenta natura economica. Infatti, questi offrono, contro retribuzione, servizi che consistono nell'esplicitare formalità doganali, concernenti soprattutto l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario. Inoltre, essi assumono a proprio carico i rischi finanziari connessi all'esercizio di tale attività (sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, Racc. pag. 1663, punto 541). In caso di squilibrio fra uscite ed entrate, lo spedizioniere doganale deve sopportare direttamente i disavanzi.

38. Di conseguenza, il fatto che l'attività di spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE [ora artt. 101 e 102 TFUE]».

17 giugno 1999, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA c. International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH e Ministero della Difesa*, causa C-295/97, Racc. I-3735.

La Piaggio acquistava dalla Dornier tre aeromobili da destinare alle forze armate italiane. Per il pagamento la Piaggio, a partire dal dicembre 1992, effettuava a favore della Dornier vari versamenti, delegazioni di pagamento e cessioni di crediti.

Con decreto emanato il 28 novembre 1994 dal Ministro dell'Industria di concerto con il Ministro del Tesoro (GURI n. 281 del 1 dicembre 1994), la Piaggio è stata posta in amministrazione straordinaria ai sensi della legge 3 aprile 1979, n. 95 (GURI n. 94 del 4 aprile 1979; in la « legge n. 95/79 »). Il detto provvedimento veniva adottato in seguito alla sentenza 29 ottobre 1994 con la quale il Tribunale di Genova dichiarava lo stato di insolvenza della Piaggio e la sua assoggettabilità alla procedura di amministrazione straordinaria.

Successivamente la Piaggio adiva il Tribunale di Genova sia per far dichiarare l'inefficacia nei confronti della massa dei suoi creditori di tutti i pagamenti, le cessioni di credito e le delegazioni di pagamento effettuati a favore della Dornier nel biennio anteriore al suo collocamento in amministrazione straordinaria, sia per far condannare quest'ultima a restituire le somme corrispondenti, oltre agli interessi. La Piaggio ha sostenuto in proposito che la Dornier aveva da essa ricevuto, per la vendita dei tre aeromobili, una serie di pagamenti preferenziali per un totale di LIT

30.028.894.382 in spregio alla par condicio creditorum, pur sapendo che essa si trovava già in situazione di dissesto finanziario.

La Dornier, nella sua difesa, eccepiva l'incompatibilità della legge n. 95/79, con l'art. 92 del Trattato (ora art. 107 TFUE).

La Corte ha osservato:

« 29. Occorre, anzitutto, ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, nell'ambito di un procedimento instaurato ai sensi dell'art. 177 del Trattato [ora art. 267 TFUE] la Corte non è competente ad interpretare il diritto nazionale o a statuire sulla compatibilità di una misura nazionale con il diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 21 gennaio 1993, causa C-188/91, Deutsche Shell, Racc. pag. I-363, punto 27). (...)

32. (...) per essere in grado di determinare se un provvedimento statale adottato nell'inosservanza del procedimento di controllo previo stabilito dall'art. 93, n. 3, del Trattato [ora art. 108 TFUE] dovesse o meno esservi soggetto, un giudice nazionale può trovarsi ad interpretare la nozione di aiuto ai sensi dell'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE]. Qualora, come nel caso di specie – secondo quanto risulta dall'ordinanza di rinvio –, nutra dubbi sulla qualifica di aiuto di Stato del provvedimento di cui trattasi, esso può chiedere alla Commissione chiarimenti su questo punto o, in conformità all'art. 177 [ora art. 267 TFUE], secondo e terzo comma, del Trattato, può o deve sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE] (sentenza SFEI e a., citata, punti 49-51). (...)

49. Quindi, qualora sia dimostrato che un regime come quello istituito dalla legge n. 95/79 è idoneo, di per sé, a generare la concessione di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora art. 107 TFUE], il detto regime non può essere attuato se non è stato notificato alla Commissione e, in caso di notifica, prima di una decisione della Commissione che riconosca la compatibilità del progetto d'aiuto con il mercato comune o, se la Commissione non adotta alcuna decisione entro due mesi a decorrere dalla notifica, prima della scadenza di tale termine (v. sentenza Lorenz, citata, punto 4).

50. La prima questione va quindi risolta come segue:

Nell'ambito di un procedimento instaurato ai sensi dell'art. 177 del Trattato [ora art. 267 TFUE] la Corte non è competente ad interpretare il diritto nazionale o a statuire sulla compatibilità di un provvedimento nazionale con l'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE]. Tuttavia, un giudice nazionale, qualora venga adito con una domanda diretta a fargli trarre le conseguenze dalla violazione dell'art. 93, n. 3, ultima frase, del Trattato, può chiedere chiarimenti alla Commissione o, in conformità all'art. 177 [ora art. 267 TFUE], secondo e terzo comma, del Trattato, può o deve sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 92 del Trattato [ora art. 107 TFUE] al fine di determinare se i provvedimenti statali di cui trattasi costituiscano aiuti di Stato che avrebbero dovuto essere notificati alla Commissione. (...) »

1° ottobre 1998, Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C. c. Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl, causa C-38/97, Racc. I-5955.

La società Autotrasporti Librandi Snc (in prosieguo: la «Librandi») era stata incaricata dalla società Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl (in prosieguo: la «Cuttica») di effettuare alcuni trasporti di contenitori. Dopo l'esecuzione dei trasporti, la Cuttica versava alla Librandi una somma inferiore a quella risultante dai decreti ministeriali italiani 24 marzo e 26 giugno 1995, che fissano le tariffe obbligatorie per gli autotrasporti di merci per conto terzi. La Librandi adiva allora il giudice competente (Giudice di pace di Genova) chiedendo di condannare la Cuttica al pagamento della differenza tra la somma versata e la somma dovuta, conformemente alla tariffa obbligatoria secondo i citati decreti. Il giudice adito, dubitava, fra l'altro, della compatibilità dei suddetti decreti ministeriali con i principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sentenza 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto (Racc. pag. I-2883) e, quindi, del fatto che una normativa nazionale la quale prevede che le tariffe obbligatorie dei trasporti di merci su

strada siano approvate e rese esecutive dalla pubblica autorità sulla base della proposta di un Comitato composto da una maggioranza di operatori economici interessati sia compatibile con gli artt. 3, lett. f) e g) (abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE) 10 (abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE), 81 e 82 Trattato CE (ora artt. 101 e 102 TFUE) e si interrogava sul fatto che queste ultime disposizioni ostino ad una normativa nazionale (art. 3, del decreto legge 29 marzo 1993, n. 82) che estende le tariffe obbligatorie in materia di contratti per servizi di autotrasporto ad altri tipi di contratti riferibili a differenti servizi quali, in particolare, l'appalto e/o il noleggio. Pertanto, decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di giustizia tali questioni in via pregiudiziale. La Corte, in proposito, ha osservato:

« 25. Con le due prime questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice a quo domanda sostanzialmente se gli artt. 3, lett. f) e g) [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE], 5 [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], 85, 86 e 90 del Trattato [ora artt. 101, 102 e 106 TFUE] ostino a una normativa di uno Stato membro che preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive dai pubblici poteri, sulla base di proposte di un comitato centrale composto in maggioranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e che estenda le tariffe obbligatorie applicabili in materia di contratti di trasporto di merci su strada ad altri tipi di contratti, relativi a servizi diversi, quali, in particolare, i contratti su gara d'appalto e i contratti di noleggio.

107. A questo proposito occorre ricordare, in primo luogo, che, secondo una costante giurisprudenza, si è in presenza di una violazione degli artt. 5 [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE] e 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85 [ora art. 101 TFUE], o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. pag. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. I-5801, punto 14, e 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 14).

108. Occorre ricordare, di seguito, che la Corte ha dichiarato che gli artt. 3, lett. g) [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE], 5 [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE] e 86 [ora art. 102 TFUE] del Trattato possono applicarsi ad una normativa del tipo della legge italiana nella sola ipotesi in cui fosse provato che siffatta legge conferisce ad un'impresa una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori (sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffman-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 38).

109. Occorre infine ricordare che nella [...] sentenza Centro Servizi Spediporto [5 ottobre 1995, causa C-96/94, Racc. pag. I-2883] la Corte era stata investita di una questione analoga rispetto alla normativa italiana in vigore all'epoca, la quale si distingueva in sostanza da quella applicabile nella causa a qua per il solo fatto che le associazioni nazionali di categoria dei trasportatori di merci su strada avevano dodici rappresentanti in seno al comitato centrale in luogo di diciassette.

110. Orbene, in quella sentenza la Corte ha dichiarato che gli artt. 3, lett. g) [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE], 5 [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], 85, 86 e 90 [ora artt. 101, 102 e 106 TFUE] nonché l'art. 30 del Trattato CE [ora art. 34 TFUE] non ostano a che la normativa di uno Stato membro preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive dalla pubblica autorità, sulla base di proposte di un comitato, se quest'ultimo è composto da una maggioranza di rappresentanti dei pubblici poteri, a fianco di una minoranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e deve rispettare nelle sue proposte determinati criteri di interesse pubblico e se, peraltro, i pubblici

poteri non rinunciano alle loro prerogative tenendo conto, prima dell'approvazione delle proposte, dei rilievi di altri enti pubblici e privati, o addirittura fissando le tariffe d'ufficio.

111. Per concludere, in primo luogo, che, in un regime di fissazione delle tariffe dei trasporti di merci su strada come quello instaurato dalla legge italiana, le proposte deliberate in seno al comitato non potevano essere considerate alla stregua di intese tra operatori economici che i pubblici poteri hanno imposto o favorito o delle quali hanno rafforzato gli effetti, la Corte ha rilevato, ai punti da 22 a 24 della citata sentenza Centro Servizi Spediporto, che il comitato centrale era composto da una maggioranza di rappresentanti dei pubblici poteri e da una minoranza di rappresentanti delle associazioni degli operatori economici e che doveva osservare, allorché adottava le sue proposte, un certo numero di criteri di interesse pubblico definiti nella legge.

112. Per dichiarare, in secondo luogo, che i pubblici poteri non avevano delegato le loro competenze in materia di fissazione delle tariffe ad operatori economici privati, la Corte ha constatato, ai punti da 26 a 28 della citata sentenza Centro Servizi Spediporto, che, secondo la legge italiana, il comitato centrale propone al ministro competente le tariffe di trasporto e le loro condizioni particolari di esecuzione. La legge investe peraltro il ministro del potere di approvarle, di respingerle o di modificarle prima di renderle esecutive e prevede che il ministro, prima di approvare e di rendere esecutive le tariffe, consulti le regioni nonché i rappresentanti dei settori economici interessati e tenga conto delle direttive del comitato interministeriale dei prezzi.

113. Infine, per decidere che una normativa nazionale che prevede la determinazione delle tariffe dei trasporti di merci su strada da parte dei pubblici poteri non porti ad attribuire agli operatori economici una posizione dominante collettiva che sarebbe caratterizzata dall'assenza di rapporti concorrenziali tra loro, la Corte ha rilevato, ai punti 33 e 34 della citata sentenza Centro Servizi Spediporto, l'assenza di un legame sufficiente tra le imprese interessate ad adottare una stessa linea d'azione comune sul mercato.

114. Orbene, quanto sopra constatato non viene rimesso in questione dalla circostanza che, a seguito del decreto ministeriale 2 febbraio 1994, che ha elevato da dodici a diciassette il numero dei rappresentanti delle associazioni nazionali di categoria dei trasportatori di merci su strada in seno al comitato centrale, i rappresentanti degli operatori economici non sono più in minoranza in seno a detto comitato; che, secondo le informazioni fornite dal governo italiano, l'organo consultivo, che era il « comitato interministeriale dei prezzi », è stato sostituito da un organismo denominato « osservatorio italiano dei prezzi e delle tariffe » e che la legge italiana ha mantenuto l'estensione delle tariffe a diversi servizi, quali i contratti su gara d'appalto e i contratti di noleggio.

115. Da un lato, infatti, la modifica dei rapporti di maggioranza in seno al comitato centrale non consente di concludere nel senso dell'esistenza di un'intesa ai sensi dell'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] dal momento che, conformemente alla normativa nazionale in esame, il comitato centrale deve continuare a rispettare, nell'adottare le sue proposte, i criteri di pubblico interesse definiti dalla legge italiana.

116. Dall'altro, la modifica della legge italiana non comporta una delega da parte dei poteri pubblici delle loro competenze ad operatori economici privati, dal momento che la facoltà per il ministro competente di respingere o modificare le tariffe dei trasporti propostegli dal comitato centrale nonché il suo obbligo di consultare le regioni e i rappresentanti dei settori economici restano immutati.

117. Spetta tuttavia al giudice nazionale controllare, nell'ambito della sua competenza, che, nella pratica, le tariffe siano determinate nel rispetto dei criteri d'interesse pubblico definiti dalla legge e che i pubblici poteri non rinuncino alle proprie prerogative a vantaggio di operatori economici privati.

118. Occorre quindi risolvere le prime due questioni nel senso che gli artt. 3, lett. f) e g) [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 3, lett. b TFUE], 5 [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], 85, 86 e 90 [ora artt. 101, 102 e 106 TFUE], del Trattato non ostano a una normativa di uno Stato membro che preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese

esecutive ad opera dei pubblici poteri, sulla base di proposte di un comitato centrale, composto in maggioranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e che estenda le tariffe obbligatorie applicabili in materia di contratti di trasporto di merci su strada ad altri tipi di contratti, relativi a diversi servizi, quali, in particolare, i contratti su gara d'appalto e i contratti di noleggio, a condizione che le tariffe siano determinate nel rispetto dei criteri di interesse pubblico definiti dalla legge e che i pubblici poteri non rinuncino alle proprie prerogative a favore di operatori economici privati, ma tengano conto, prima dell'approvazione delle proposte, delle osservazioni di altri organismi pubblici e privati, o addirittura fissino le tariffe d'ufficio ».

30 marzo 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) c. Commissione, causa T-513/93, Racc. II-1807.

L'art. 3 della tariffa fissata nel corso della seduta 21 marzo 1988 del CNSD prevedeva che le somme da corrispondere agli spedizionieri doganali dovevano essere calcolate per ogni operazione doganale o prestazione professionale individuale, vietando così l'applicazione di una tariffa forfettaria. Siffatto obbligo limitava la libertà degli spedizionieri doganali per quanto concerne la loro organizzazione interna, impediva loro di ridurre i costi di fatturazione ed escludeva l'eventuale applicazione di riduzioni tariffarie ai loro clienti.

La normativa nazionale non prevedeva espressamente la possibilità di stabilire deroghe alla tariffa, ma nell'adottare la tariffa controversa, il CNSD si è attribuito la facoltà di accordare deroghe ai prezzi minimi in essa previsti e di creare in tal guisa una concorrenza dei prezzi nei settori considerati. Tale facoltà veniva stata concretamente utilizzata in varie occasioni.

In merito a tale situazione la Commissione adottava la decisione 93/438/CEE, nella quale sosteneva che tale sistema era suscettibile di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

Il CNSD chiedeva al Tribunale di dichiarare la nullità della decisione.

Il Tribunale ha osservato:

« 58. Emerge dalla giurisprudenza che gli artt. 85 del Trattato e 86 del Trattato (divenuto art. 82 CE [ora art. 102 TFUE]) riguardano soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa (sentenze della Corte 20 marzo 1985, causa 41/83, Italia/Commissione, Racc. pag. 873, punti 18-20; 19 marzo 1991, causa C-202/88, Francia/Commissione, Racc. pag. I-1223, punto 55; GB-Inno-BM, citata, punto 20, e Commissione e Francia/Ladbroke Racing, citata, punto 33). Se un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle imprese da una normativa nazionale, o se quest'ultima crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro, gli artt. 85 e 86 [ora artt. 101 e 102 TFUE] non trovano applicazione. In una situazione del genere la restrizione alla concorrenza non trova origine, come queste norme implicano, in comportamenti autonomi delle imprese (sentenza Commissione e Francia/Ladbroke Racing, citata, punto 33, e sentenza del Tribunale 7 ottobre 1999, causa T-228/97, Irish Sugar/Commissione, Racc. pag. II-2969, punto 130).

59. Gli artt. 85 e 86 del Trattato [ora artt. 101 e 102 TFUE] si applicano invece nel caso in cui la normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese (sentenze della Corte 29 ottobre 1980, cause riunite 209/78-215/78 e 218/78, Van Landewyck e a./Commissione, Racc. pag. 3125, punto 126, e Commissione e Francia/Ladbroke, citata, punto 34, e Irish Sugar/Commissione, citata, punto 130).

60. Va inoltre ricordato che la possibilità di escludere un determinato comportamento anticoncorrenziale dall'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 101 TFUE], per via del fatto che esso è stato imposto alle imprese in questione dalla normativa nazionale esistente o che quest'ultima ha eliminato ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro, è stata applicata in modo restrittivo dai giudici comunitari (sentenze Van Landewyck e a./Commissione, citata, punti 130 e 133; Italia/Commissione, citata, punto 19; sentenza della Corte 10 dicembre 1985, cause riunite 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82, 269/82, Stichting Sigarettenindustrie e

a./Commissione, Racc. pag. 3831, punti 27-29, e sentenza del Tribunale 18 settembre 1996, causa T-387/94, Asia Motor France e a./Commissione, Racc. pag. II-961, punti 60 e 65) ».

19 febbraio 2002, Procedimento penale a carico di Manuele Arduino, causa C-35/99, Racc. I-1529.

Il signor Arduino veniva penalmente perseguito dinanzi al giudice italiano (Pretore di Pinerolo) per aver effettuato, in violazione delle disposizioni del codice della strada, un sorpasso su una strada in cui tale manovra non era consentita, ed essere così entrato in collisione con la vettura del signor Dessi, che si costituiva parte civile. In sede di liquidazione delle spese giudiziali sostenute dal signor Dessi e poste a carico del signor Arduino (che veniva condannato), il Pretore disapplicava la tariffa professionale corrispondente alla tabella degli onorari prevista in Italia per le prestazioni degli avvocati, emanata con decreto ministeriale 5 ottobre 1994, n. 585. Adita con ricorso, la Corte di Cassazione, considerando illegittima tale disapplicazione, annullava la sentenza del Pretore di Pinerolo per quanto riguardava le spese e rinviava la causa sul punto allo stesso giudice. Il Pretore di Pinerolo rilevava che nell'ordinamento giuridico italiano esistono due tendenze giurisprudenziali contraddittorie circa la questione se la tariffa forense in questione costituisca o meno un accordo che limita la concorrenza ai sensi dell'art. 85 Trattato CE (ora art. 101 TFUE). Secondo la prima, il giudice deve disapplicare la tariffa, presentando essa caratteristiche analoghe alla tariffa degli spedizionieri doganali, su cui la Corte di giustizia si è pronunciata nel 1998; il Consiglio nazionale forense (« CNF ») sarebbe considerato alla stregua di una associazione di imprese e non sarebbe vincolato, nella determinazione degli onorari, all'interesse pubblico. In base alla seconda, invece, tale tabella non costituirebbe una decisione discrezionale del CNF, bensì un atto della pubblica autorità, che interviene in maniera determinante nel procedimento di determinazione delle tariffe. Il giudice decideva così di sospendere il procedimento e rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia, chiedendole di fatto di verificare se gli artt. 5 (abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE) e 85 Trattato CE (ora art. 101 TFUE) ostino all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana. Pronunciandosi, anche sulla nozione di «impresa», la Corte ha osservato:

« 34. Sebbene, di per sé, l'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] riguardi esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, cioè non toglie che tale articolo, in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese [sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. pag. 4769, punto 16, 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. I-5801, punto 14, 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 14, 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Racc. pag. I-2883, punto 20, e Commissione/Italia, [18 giugno 1998, causa C-35/96, Racc. pag. I-3851], punto 53; v. anche, per quanto riguarda l'art. 86 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE), sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-Inno-BM, Racc. pag. 2115, punto 31].

181. La Corte ha dichiarato che si è in presenza di una violazione degli artt. 5 [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE] e 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85 [ora art. 101 TFUE], o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia

economica (v. precitate sentenze Van Eycke, punto 16, Reiff, punto 14, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, punto 14, Centro Servizi Spediporto, punto 21, e Commissione/Italia, punto 54).

182. Al riguardo, il fatto che uno Stato membro prescriva ad un'organizzazione di categoria l'elaborazione di un progetto di tariffa per le prestazioni non priva automaticamente la tariffa infine redatta del suo carattere di normativa statale.

183. Lo stesso vale quando i membri dell'organizzazione di categoria possono essere qualificati come esperti, indipendenti dagli operatori economici interessati, e sono tenuti dalla legge a fissare le tariffe prendendo in considerazione non soltanto gli interessi delle imprese o delle associazioni di imprese del settore che li ha designati, ma anche l'interesse generale e gli interessi delle imprese degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi (v., in tal senso, precitate sentenze Reiff, punti 17-19 e 24; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, punti 16-18 e 23, 17 ottobre 1995, cause riunite da C-140/94 a C-142/94, DIP e a., Racc. pag. I-3257, punti 18 e 19, e Commissione/Italia, precitata, punto 44).

184. Dalla descrizione dell'ambito normativo nazionale nella causa principale risulta che lo Stato italiano obbliga il CNF, composto esclusivamente di avvocati eletti da appartenenti alla categoria, a presentare ogni biennio un progetto di tariffa degli onorari di avvocato contenente limiti minimi e massimi. Anche se, ai sensi dell'art. 58 del regio decreto legge, gli onorari e le indennità devono essere fissati con riferimento al valore delle controversie, al grado dell'autorità chiamata a conoscerle e, per il settore penale, alla durata dei procedimenti, il regio decreto legge non indica, in realtà, criteri di interesse pubblico di cui il CNF dovrebbe tener conto.

185. Pertanto, la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale non contiene modalità procedurali, né prescrizioni di merito idonee a garantire, con una probabilità ragionevole, che il CNF si comporti, in sede di elaborazione del progetto di tariffa, come un'articolazione del pubblico potere che agisce per obiettivi di interesse pubblico.

186. Tuttavia, non risulta che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'applicazione della tariffa [...].

187. Da un lato, il CNF è incaricato soltanto di approntare un progetto di tariffa privo, in quanto tale, di forza vincolante. In mancanza di approvazione da parte del Ministro, il progetto di tariffa non entra in vigore, e resta in vigore la tariffa precedentemente approvata. Per questo motivo, il Ministro ha il potere di far emendare il progetto dal CNF. Inoltre, il Ministro è assistito da due organi pubblici, il Consiglio di Stato ed il CIP [Comitato interministeriale prezzi], dai quali deve ottenere il parere prima di qualsiasi approvazione della tariffa.

188. Dall'altro, l'art. 60 del regio decreto legge dispone che la liquidazione degli onorari è effettuata dagli organi giudiziari in base ai criteri stabiliti dall'art. 57 del regio decreto legge, tenuto conto della gravità e del numero di questioni trattate. Inoltre, in talune circostanze eccezionali, il giudice può, con una decisione debitamente motivata, derogare ai limiti minimi e massimi fissati in applicazione dell'art. 58 del regio decreto legge.

189. Pertanto, non si può affermare che lo Stato italiano abbia delegato ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni di intervento nel settore economico, il che porterebbe a privare del suo carattere statale la normativa di cui trattasi nella causa principale. Per i motivi esposti ai punti 41 e 42 della presente sentenza, non gli si può neanche contestare di imporre o di favorire la conclusione di intese in contrasto con l'art. 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] o di rafforzarne gli effetti.

190. Occorre quindi risolvere le questioni pregiudiziali nel senso che gli artt. 5 [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE] e 85 del Trattato [ora art. 101 TFUE] non ostano all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana».

5 dicembre 2006, Federico Cipolla c. Rosaria Portolese in Fazari e Stefano Macrino e Claudia Capodarte c. Roberto Meloni, cause riunite C-94/04 e C-202/04, non ancora pubblicata in Raccolta.

Per la parte in fatto si rinvia al capitolo V relativo a cittadinanza, persone e servizi, segnatamente alla sezione dedicata alle deroghe alla libera prestazione dei servizi. Chiamata anche a verificare, in sostanza, se gli artt. 10 (abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE), 81 e 82 Trattato CE (ora artt. 101 e 102 TFUE) ostino all'adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale forense come il Consiglio Nazionale Forense (« CNF »), una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari degli avvocati e a cui, in linea di principio, non sia possibile derogare ne' per le prestazioni riservate agli avvocati, ne' per quelle, come le prestazioni di servizi stragiudiziali, che possono essere svolte anche da altri operatori economici non vincolati da tale tariffa, la Corte di giustizia ha osservato:

« 45. Si deve preliminarmente osservare che, interessando l'intero territorio di uno Stato membro, tale tariffa e' in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ai sensi degli artt. 81, n. 1, CE e 82 CE [ora artt. 101, n. 1 e 102 TFUE] (v., in tal senso, sentenze 17 ottobre 1972, causa 8/72, Vereniging van Cementhan- delaren/Commissione, Racc. pag. 977, punto 29; 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Racc. pag. I-5889, punti 14 e 15, e 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Arduino, Racc. pag. I-1529, punto 33).

32. Secondo costante giurisprudenza, sebbene di per se' gli artt. 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, e' pur vero che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (v., in particolare, ordinanza 17 febbraio 2005, causa C-250/03, Mauri, Racc. pag. I-1267, punto 29, e giurisprudenza ivi citata).

33. La Corte ha in particolare dichiarato che si e' in presenza di una violazione degli artt. 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE] e 81 CE [ora art. 101 TFUE] qualora uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], o rafforzi gli effetti di tali accordi, o revochi alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilita' di adottare decisioni di intervento in materia economica (ordinanza Mauri, cit., punto 30, e giurisprudenza ivi citata).

34. A tale proposito, la circostanza che uno Stato membro affidi ad un'organizzazione professionale composta di avvocati, come il CNF, l'elaborazione di un progetto di tariffa per gli onorari non appare, nelle circostanze della causa principale, tale da poter affermare che tale Stato abbia revocato alla tariffa infine adottata il suo carattere statale, delegando ad avvocati la responsabilita' di assumere decisioni in materia.

35. Infatti, sebbene la normativa nazionale in discussione nella causa principale non contenga modalita' procedurali, ne' prescrizioni di merito idonee a garantire, con una probabilita' ragionevole, che il CNF si comporti, in sede di elaborazione del progetto di tariffa, come un'articolazione del potere pubblico che agisce per obiettivi di interesse generale, non risulta che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'applicazione di tale tariffa (v. sentenza Arduino, cit., punti 39 e 40).

36. Da un lato, il CNF e' incaricato soltanto di approntare un progetto di tariffa privo, in quanto tale, di forza vincolante. In mancanza di approvazione da parte del Ministro della Giustizia, il progetto di tariffa non entra in vigore, e resta in vigore la tariffa precedentemente approvata. Per questo motivo, tale Ministro ha il potere di far emendare il progetto da parte del CNF. Inoltre, il

Ministro e' assistito da due organi pubblici, il Consiglio di Stato ed il CIP [Comitato interministeriale prezzi], dai quali deve ottenere il parere prima di qualsiasi approvazione della tariffa (v. sentenza Arduino, cit., punto 41).

37. Dall'altro, l'art. 60 del regio decreto legge dispone che la liquidazione degli onorari e' effettuata dagli organi giudiziari in base ai criteri stabiliti dall'art. 57 del medesimo regio decreto legge, tenuto conto della gravita` e del numero di questioni trattate. Inoltre, in talune circostanze eccezionali, il giudice puo`, con una decisione debitamente motivata, derogare ai limiti minimi fissati in applicazione dell'art. 58 del citato regio decreto legge (v., in tal senso, sentenza Arduino, cit., punto 42).

38. Pertanto, non si puo` ritenere che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il proprio potere delegando ad operatori privati la responsabilita` di prendere decisioni di intervento nel settore economico, il che avrebbe portato a privare del suo carattere pubblico la normativa di cui trattasi nella causa principale (v. sentenza Arduino, cit., punto 43, e ordinanza Mauri, cit., punto 36).

39. Per le ragioni indicate ai punti 50 e 51 della presente sentenza, non puo` essere nemmeno contestato allo Stato in questione di imporre o di favorire la conclusione, da parte del CNF, di intese in contrasto con l'art. 81 CE [ora art. 101 TFUE], o di rinforzarne gli effetti, ne' di imporre o di favorire abusi di posizione dominante in contrasto con l'art. 82 CE [ora art. 102 TFUE] o di rafforzarne gli effetti (v., in tal senso, sentenza Arduino, cit., punto 43, e ordinanza Mauri, cit., punto 37).

40. Le prime tre questioni sollevate nell'ambito della causa C-94/04 e la questione sollevata nell'ambito della causa C-202/04 devono dunque essere risolte dichiarando che gli artt. 10 CE [abrogato e sostituito nella sostanza dall'art. 4 TUE], 81 CE e 82 CE [ora artt. 101 e 102 TFUE] non ostano all'adozione, da parte di uno Stato membro, di un provvedimento normativo che approvi, sulla base di un progetto elaborato da un ordine professionale forense quale il CNF, una tariffa che fissi un limite minimo per gli onorari degli avvocati e a cui, in linea di principio, non sia possibile derogare ne' per le prestazioni riservate agli avvocati ne' per quelle, come le prestazioni di servizi stragiudiziali, che possono essere svolte anche da qualsiasi altro operatore economico non vincolato da tale tariffa ».

12. Extraterritorialità

27 febbraio 2014, *InnoLux*, causa T-91/11, ECLI:EU:T:2014:92

La Chi Mei Optoelectronics Corp. (in prosiegua: la «CMO») era la società di diritto taiwanese che controllava un gruppo di società con sedi in tutto il mondo operanti nella produzione di schermi a cristalli liquidi a matrice attiva (in prosiegua: gli «LCD»). Il 20 novembre 2009 la CMO ha stipulato un accordo di concentrazione con le società InnoLux Display Corp. e la TPO Displays Corp. In forza di tale accordo, a partire dal 18 marzo 2010, la TPO Displays e la CMO hanno cessato di esistere. L'entità giuridica rimasta in essere ha cambiato denominazione due volte, passando dapprima da InnoLux Display Corp. a Chimei InnoLux Corp. e, da ultimo, a InnoLux Corp., la ricorrente. In data [riservato] (1), la società di diritto coreano Samsung Electronics Co. Ltd (in prosiegua: la «Samsung») ha presentato alla Commissione una domanda volta ad ottenere un'immunità dalle ammende a titolo della comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (GU 2002, C 45, pag. 3; in prosiegua: la «comunicazione del 2002 sul trattamento favorevole»). In quella sede, la Samsung ha denunciato l'esistenza di un cartello tra numerose imprese, fra cui la ricorrente, riguardante alcuni tipi di LCD. Il 23 novembre 2006 la Commissione ha concesso alla Samsung

l'immunità condizionale ai sensi del punto 15 della comunicazione del 2002 sul trattamento favorevole, mentre l'ha negata a un'altra partecipante al cartello, la società di diritto coreano LG Display Co. Ltd, in precedenza denominata LG Philips LCD Co. Ltd (in prosieguo: la «LGD»). Il 27 maggio 2009 la Commissione ha avviato il procedimento amministrativo e, in data 8 dicembre 2010, la Commissione ha adottato la decisione C (2010) 8761 def., relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 [TFUE] e dell'articolo 53 dell'accordo sullo Spazio economico europeo (caso COMP/39.309 - LCD). La decisione impugnata è indirizzata a sei delle sedici società destinatarie della comunicazione degli addebiti, fra cui la ricorrente. Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 21 febbraio 2011, la ricorrente ha proposto ricorso. In particolare sui limiti della competenza territoriale della Commissione in tema di concorrenza, il Tribunale ha osservato:

« [...] 57. Occorre anzitutto ricordare i principi affermati dalla giurisprudenza sulla competenza territoriale della Commissione nella constatazione di infrazioni al diritto della concorrenza.

58. In proposito, la Corte ha riconosciuto che quando talune imprese, con sede all'esterno del SEE ma che producono beni venduti a terzi all'interno del SEE, si accordano sui prezzi che praticano ai loro clienti stabiliti nel SEE e attuano questo accordo vendendo a prezzi effettivamente coordinati, esse partecipano ad una concertazione che ha come oggetto e come effetto quello di restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno, ai sensi dell'articolo 101 TFUE, e che la Commissione è territorialmente competente a perseguire (v., in tal senso, sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e da 125/85 a 129/85, Racc. pag. 5193; in prosieguo: la «sentenza pasta di legno I», punti 13 e 14).

59. La giurisprudenza ha altresì precisato che una violazione dell'articolo 101 TFUE implica due comportamenti, vale a dire la formazione dell'intesa e la sua attuazione. Far dipendere l'applicabilità dei divieti previsti dal diritto della concorrenza dal luogo di conclusione dell'intesa finirebbe chiaramente col fornire alle imprese un facile mezzo per sottrarsi a detti divieti. Quello che conta è, dunque, il luogo in cui l'intesa viene posta in atto. Inoltre, al fine di stabilire se tale luogo sia situato nel SEE, è di scarsa rilevanza il fatto che i partecipanti al cartello si siano avvalsi o meno di controllate, agenti, subagenti o succursali con sede all'interno del SEE al fine di creare dei contatti fra essi e gli acquirenti che vi sono stabiliti (v., in tal senso, sentenza pasta di legno I, punti 16 e 17).

60. Dal momento che il requisito dell'attuazione è soddisfatto, la competenza della Commissione ad applicare le norme dell'Unione in materia di concorrenza nei confronti di tali operazioni trae fondamento nel principio di territorialità che è universalmente accolto nel diritto internazionale pubblico (sentenza pasta di legno I, punto 18).

61. La giurisprudenza derivante dalla sentenza pasta di legno I è stata ripresa dalla sentenza del Tribunale del 25 marzo 1999, *Gencor/Commissione* (T-102/96, Racc. pag. II-753), avente ad oggetto una decisione in merito a una concentrazione ai sensi del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU 1990, L 257, pag. 13), sostituito dal regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24, pag. 1).

62. In quella occasione, il Tribunale ha certamente rilevato che, qualora sia prevedibile che una concentrazione progettata produca un effetto immediato e sostanziale nell'Unione, l'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione relative al controllo delle concentrazioni è giustificata con riferimento al diritto internazionale pubblico (sentenza *Gencor/Commissione*, cit., punto 90).

63. Nondimeno, al punto 87 della citata sentenza *Gencor/Commissione*, il Tribunale ha sottolineato, in sostanza, che il criterio dell'attuazione di un'intesa come elemento di collegamento della stessa col territorio dell'Unione viene soddisfatto con la semplice vendita del prodotto oggetto del cartello all'interno di quest'ultima, a prescindere dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento e degli impianti di produzione. Di conseguenza, il Tribunale ha respinto l'argomento che la ricorrente, nella fattispecie decisa con la suddetta sentenza, aveva cercato di dedurre dal fatto che la concentrazione in

causa non era sorta né era stata attuata nel territorio dell'Unione, bensì in Sudafrica, e che pertanto non risultavano soddisfatti i requisiti di competenza territoriale definiti nella sentenza pasta di legno I (sentenza Gencor/Commissione, cit., punti 56, 61 e 87).

64. Ne consegue che il ragionamento seguito dal Tribunale nella citata sentenza Gencor/Commissione non rimette in discussione la giurisprudenza derivante dalla sentenza pasta di legno I.

65. Nel presente caso è dunque sufficiente concentrarsi sulla questione se la Commissione potesse utilizzare la categoria delle «vendite dirette nel SEE attraverso prodotti trasformati» senza con ciò violare i principi enunciati nella sentenza pasta di legno I.

66. A tal riguardo, si deve in primo luogo osservare che, quando un cartello di dimensioni mondiali ha uno scopo anticoncorrenziale, esso è attuato nel mercato interno, ai sensi della sentenza pasta di legno I, per il semplice fatto che i prodotti oggetto del cartello sono commercializzati su tale mercato.

67. Occorre infatti rilevare che l'attuazione di un cartello non comporta necessariamente che esso produca effetti concreti (sentenza del Tribunale del 12 settembre 2007, Prym e Prym Consumer/Commissione, T-30/05, non pubblicata nella Raccolta, punto 110; v. inoltre, in tal senso, sentenza della Corte del 24 settembre 2009, Erste Group Bank e a./Commissione, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Racc. pag. I-8681, punti 116 e 117). In realtà, il fatto che il cartello abbia prodotto effetti concreti sui prezzi praticati dai partecipanti è rilevante solo nell'ambito della determinazione della gravità del cartello, ai fini del calcolo dell'ammenda, sempre che la Commissione decida di fondarsi su questo criterio (v., in tal senso, sentenza della Corte del 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands e a., C-8/08, Racc. pag. I-4529, punto 31) tra quelli che può prendere in considerazione in tale contesto. Orbene, ciò non si è verificato nel caso di specie (v. punto 416 della decisione impugnata).

68. Allo stesso modo, è di scarsa rilevanza il fatto che i partecipanti al cartello non si siano sempre conformati alle decisioni adottate in materia di prezzi. Infatti, la fissazione di un prezzo – sia pure meramente indicativo – pregiudica il gioco della concorrenza perché consente a tutti i partecipanti all'intesa di prevedere con un ragionevole grado di certezza quale sarà la politica dei prezzi dei loro concorrenti. Più in generale, intese siffatte comportano un intervento diretto sui parametri essenziali della concorrenza nel mercato considerato. Difatti, esprimendo una volontà comune di applicare un determinato livello di prezzi ai loro prodotti, i produttori di cui trattasi non determinano più in modo autonomo la loro politica sul mercato comune, contravvenendo in tal modo ai principi insiti nelle norme del Trattato relative alla concorrenza (v. sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione, T-224/00, Racc. pag. II-2597, punto 120, e giurisprudenza ivi citata).

69. In secondo luogo, si deve osservare che il concetto di attuazione ai sensi della sentenza pasta di legno I si fonda in sostanza sulla nozione di impresa nel diritto della concorrenza risultante dalla giurisprudenza richiamata al precedente punto 6 (v. anche, in tal senso, sentenze della Corte del 12 luglio 1984, Hydrotherm Gerätebau, 170/83, Racc. pag. 2999, punto 11, e del 29 marzo 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commissione e Commissione/ArcelorMittal Luxembourg e a., C-201/09 P e C-216/09 P, Racc. pag. I-2239, punto 95), alla quale deve riconoscersi un ruolo decisivo nella determinazione dei limiti della competenza territoriale della Commissione per applicare tale diritto.

70. In particolare, se l'impresa cui appartiene la ricorrente ha partecipato a un cartello concepito all'esterno del SEE, la Commissione deve poter perseguire le ripercussioni che il comportamento di tale impresa ha avuto sul gioco della concorrenza nel mercato interno e infliggerle un'ammenda proporzionata alla lesività di tale cartello rispetto al gioco della concorrenza in detto mercato. A tal fine, quando gli LCD oggetto del cartello prodotti dalla ricorrente sono stati incorporati in prodotti finiti da parte di società appartenenti alla medesima impresa della ricorrente e tali prodotti finiti sono stati venduti da detta impresa all'interno del SEE, si deve ritenere che l'intesa ha influenzato le transazioni che sono state effettuate sino al momento di tale vendita incluso.

71. In tale contesto, non è determinante sapere se le vendite interne alla suddetta impresa siano state o meno effettuate a prezzi maggiorati a motivo dell'intesa. Infatti, in caso affermativo, la lesività dell'intesa si rifletterebbe in tali maggiorazioni. In caso negativo, tale lesività consisterebbe nel vantaggio competitivo di cui gode l'impresa partecipante all'intesa rispetto alle altre imprese che realizzano prodotti finiti incorporanti taluni LCD oggetto del cartello ma che acquistano tali LCD a un prezzo non risultante dalle normali condizioni di mercato. Al riguardo, dalla giurisprudenza risulta che non tener conto del valore delle cessioni interne a un'impresa finirebbe necessariamente con l'avvantaggiare in modo ingiustificato le società integrate verticalmente, dato che, in una tale situazione, il profitto derivante dall'intesa potrebbe non essere preso in considerazione e, in tal modo, l'impresa interessata sarebbe sottratta a una sanzione proporzionata alla sua importanza sul mercato dei prodotti oggetto dell'infrazione (v., in tal senso, sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, Europa Carton/Commissione, T-304/94, Racc. pag. II-869, punti 127 e 128).

72. La ricorrente non contesta tale giurisprudenza, ma sottolinea che la mera trasposizione di quest'ultima al caso di specie avrebbe consentito alla Commissione di raggiungere l'obiettivo di non favorire le imprese verticalmente integrate. Quindi, a differenza di quanto affermato dalla Commissione nella decisione impugnata, non sarebbe stato necessario a tali fini ricorrere alla nozione di «vendite dirette nel SEE attraverso prodotti trasformati». Secondo la ricorrente, la Commissione non può fondarsi sulla citata sentenza Europa Carton/Commissione per prendere in considerazione il valore degli LCD oggetto del cartello incorporati, all'esterno del SEE, in prodotti finiti venduti nel SEE. Dovrebbe negarsi qualsiasi assimilazione fra la vendita di un prodotto finito e quella di un LCD oggetto del cartello. Per contro, le vendite interne a un'impresa verticalmente integrata dovrebbero essere assimilate alle vendite a terzi ed essere pertanto contabilizzate come se fossero fatte all'interno del SEE.

73. Si deve constatare che, come osserva la Commissione, nella giurisprudenza derivante dalla citata sentenza Europa Carton/Commissione non vi è nulla che possa essere interpretato nel senso che la competenza territoriale della Commissione debba essere esclusa quando i prodotti oggetto di un cartello, prima di raggiungere il mercato interno, siano assoggettati ad una transazione fra due società con sede all'esterno del SEE e appartenenti all'impresa che ha partecipato al cartello.

74. Nel caso di specie, i partecipanti al cartello che, come la ricorrente, erano imprese verticalmente integrate, incorporavano, all'esterno del SEE, taluni LCD oggetto del cartello in prodotti finiti venduti all'interno del SEE. Pertanto, il caso che la Commissione aveva di fronte non si prestava alla trasposizione pura e semplice della giurisprudenza derivante dalla citata sentenza Europa Carton/Commissione. Di conseguenza, la Commissione aveva il diritto di adattare gli insegnamenti di quest'ultima alle circostanze del caso di specie, così da raggiungere lo scopo, evidenziato da tale giurisprudenza, di non privilegiare le imprese verticalmente integrate che hanno partecipato a un cartello.

75. In considerazione di quanto precede, si deve concludere che la Commissione, avvalendosi della contabilizzazione delle «vendite dirette nel SEE attraverso prodotti trasformati», non ha illegittimamente esteso la sua competenza territoriale a perseguire le infrazioni alle regole di concorrenza enunciate nei trattati [...] ».

12 giugno 2014, Intel Corp. c. Commissione europea, causa T-286/09, Raccolta, non ancora pubblicata.

La Intel Corp. è una società di diritto americano che assicura la progettazione, lo sviluppo, la fabbricazione e la commercializzazione di microprocessori (i «CPU»), «chipsets» e altri componenti di semiconduttori, nonché soluzioni per piattaforme nell'ambito del trattamento dei dati e dei dispositivi di comunicazione. Con decisione del 13 maggio 2009, la Commissione ha accertato che Intel ha commesso un'infrazione unica e continuata dell'articolo 82 CE e dell'articolo 54 dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) fra l'ottobre 2002 e il dicembre 2007, mediante

una strategia volta a precludere ad un concorrente, ossia AMD, il mercato dei processori basati sull'architettura x86 (i «CPU x86»). Nel chiedere l'annullamento della decisione, la Intel ha sostenuto davanti al tribunale l'incompetenza della Commissione in ragione del fatto che gli effetti della condotta anticoncorrenziale si erano prodotti al di fuori dell'Unione europea. Sul punto il Tribunale ha osservato:

«231 Anzitutto, occorre sottolineare che, nella giurisprudenza della Corte e del Tribunale, vengono seguiti due approcci per dimostrare che la competenza della Commissione era giustificata sotto il profilo delle norme del diritto internazionale pubblico.

232 Il primo approccio si fonda sul principio di territorialità. Tale approccio è stato seguito nella sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione* (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e da 125/85 a 129/85, Racc. pag. 5193; in prosieguo: la «sentenza Pasta di legno»). Al punto 16 di tale sentenza, la Corte ha rilevato che occorre distinguere due atti, vale a dire la formazione dell'intesa e la sua messa in pratica. Subordinare l'applicazione dei divieti posti dal diritto sulla concorrenza al luogo di formazione dell'intesa si risolverebbe chiaramente nel fornire alle imprese un facile mezzo per sottrarsi a detti divieti. La Corte ha dunque rilevato che quello che contava era il luogo in cui l'intesa veniva posta in atto.

233 Il secondo approccio si fonda sugli effetti qualificati delle pratiche nell'Unione. Tale approccio è stato seguito nella sentenza del Tribunale del 25 marzo 1999, *Gencor/Commissione* (T-102/96, Racc. pag. II-753; in prosieguo: la «sentenza Gencor»). Al punto 90 di tale sentenza, il Tribunale rileva che, qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nell'Unione, l'applicazione del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395, pag. 1), come rettificato (GU 1990, L 257, pag. 13), è giustificata sotto il profilo del diritto internazionale pubblico.

234 Sostenendo che, in presenza di scambi commerciali con paesi terzi, anche qualora la realizzazione delle pratiche di cui trattasi avvenga all'interno dell'Unione, la Commissione deve altresì dimostrare l'esistenza di effetti immediati, sostanziali, diretti e prevedibili nell'Unione, il ragionamento della ricorrente equivale ad affermare che la realizzazione e gli effetti qualificati nell'Unione sono condizioni cumulative.

235 La Commissione ha sottolineato, in udienza, che, nella specie, la sua competenza era giustificata, da un lato, in forza della teoria dell'attuazione delle pratiche di cui trattasi nel SEE, seguita nella sentenza *Pasta di legno*, citata al punto 232 supra, e, dall'altro, in virtù della teoria degli effetti, seguita nella sentenza *Gencor*, citata al punto 233 supra.

236 A tal riguardo occorre rilevare che il fatto di dimostrare l'attuazione delle pratiche di cui trattasi nel SEE o il fatto di dimostrare effetti qualificati sono approcci alternativi e non cumulativi al fine di provare che la competenza della Commissione è giustificata sotto il profilo delle norme del diritto internazionale pubblico.

237 Infatti, nella sentenza *Pasta di legno*, citata al punto 232 supra, la Corte si è unicamente basata sulla realizzazione del comportamento di cui trattasi nel territorio dell'Unione.

238 La ricorrente non può trarre alcun argomento dal fatto che l'avvocato generale Darmon ha indicato, nelle conclusioni presentate in relazione alla sentenza *Pasta di legno*, citata al punto 232 supra (Racc. pag. 5214, paragrafo 82), che sarebbe compito della Corte, «per stabilire se la Commissione abbia con ragione esercitato la propria competenza nei confronti delle ricorrenti, accertare se gli effetti del comportamento che essa allega fossero sostanziali, diretti e prevedibili». Infatti, l'avvocato generale ha proposto alla Corte di fondarsi sugli effetti del comportamento di cui trattasi nel territorio dell'Unione per accertare la competenza della Commissione. La Corte non ha seguito la proposta dell'avvocato generale e si è fondata sull'attuazione dell'intesa nell'Unione. Risulta in tal senso dalla sentenza della Corte in tale causa che, qualora la competenza della Commissione

possa essere accertata sulla base della realizzazione del comportamento di cui trattasi nell'Unione, non è necessario esaminare l'esistenza degli effetti per stabilire tale competenza.

239 La ricorrente si basa, in tale ambito, anche sulla sentenza Gencor, citata al punto 233 supra.

240 Tuttavia, nella sentenza Gencor, citata al punto 233 supra (punti da 89 a 101), il Tribunale si è unicamente fondato sugli effetti qualificati per dimostrare che la competenza della Commissione era giustificata sotto il profilo delle norme del diritto internazionale pubblico.

241 È ben vero che, al punto 87 di tale sentenza, il Tribunale ha rammentato che, secondo la sentenza Pasta di legno, citata al punto 232 supra, il criterio dell'attuazione dell'intesa veniva soddisfatto con la semplice vendita nell'Unione. Cionondimeno, detto punto 87 si inserisce nel ragionamento del Tribunale con il quale quest'ultimo ha rilevato che il regolamento n. 4064/89 non privilegiava, ai fini della delimitazione del suo ambito di applicazione territoriale, le attività di produzione rispetto alle attività di vendita (sentenza Gencor, cit. al punto 233 supra, punti da 85 a 88). In tale contesto, il Tribunale ha respinto un argomento della ricorrente tratto dalla sentenza Pasta di legno, citata al punto 232 supra, rilevando che, secondo tale sentenza, il criterio dell'attuazione dell'intesa veniva soddisfatto da semplici vendite. Il Tribunale ha pertanto respinto l'argomento della ricorrente secondo il quale risulterebbe dalla sentenza Pasta di legno, citata al punto 232 supra, che le attività di produzione verrebbero privilegiate rispetto alle attività di vendita.

242 Il Tribunale ha poi verificato, nella sentenza Gencor, citata al punto 233 supra (punti da 89 a 101), se l'applicazione del regolamento n. 4064/89 in tale causa fosse conforme al diritto internazionale pubblico. In tale contesto, il Tribunale si è limitato ad esaminare se i criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile fossero soddisfatti.

243 Si evince pertanto dalla sentenza Gencor, citata al punto 233 supra, che, per giustificare la competenza della Commissione secondo le norme del diritto internazionale pubblico, è sufficiente che i criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile nell'Unione siano soddisfatti.

244 Risulta da quanto precede che, per giustificare la competenza della Commissione sotto il profilo del diritto internazionale pubblico, è sufficiente dimostrare o gli effetti qualificati della pratica o la sua attuazione nell'Unione.

245 Inoltre, occorre rilevare che, nella decisione impugnata, la Commissione non tratta esplicitamente la questione se la competenza della Commissione sia giustificata sotto il profilo delle norme del diritto internazionale pubblico. A tal riguardo, la Commissione sottolinea di aver trattato, ai considerando da 1749 a 1753 della decisione impugnata, la questione del pregiudizio per il commercio fra gli Stati membri.

246 Inoltre, la Commissione sottolinea, senza essere contraddetta sul punto dalla ricorrente, che, nel procedimento amministrativo, la ricorrente non ha mai rimesso in discussione la competenza internazionale della Commissione.

247 In tale ambito, occorre sottolineare che il testo dell'articolo 82 CE contiene due elementi relativi ad un collegamento con il territorio dell'Unione. In primo luogo, l'articolo 82 CE esige l'esistenza di una posizione dominante «sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo». In secondo luogo, esso esige che il comportamento di cui trattasi possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri. Nella decisione impugnata, la Commissione ha constatato l'esistenza di una posizione dominante della ricorrente a livello mondiale, il che include il mercato comune. Inoltre, ai considerando da 1749 a 1753 della suddetta decisione, essa ha esaminato in maniera esplicita il pregiudizio del commercio fra Stati membri.

248 È vero che la questione se la competenza della Commissione sia giustificata sotto il profilo del diritto internazionale pubblico costituisce una questione distinta da quella dei criteri previsti dall'articolo 82 CE. A tal riguardo, occorre rilevare che il criterio del pregiudizio del commercio fra gli Stati membri è inteso a delimitare la sfera di applicazione delle norme comunitarie in rapporto alle leggi nazionali (v., in tal senso, sentenza della Corte del 6 marzo 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, 6/73 e 7/73, Racc. pag. 223, punto 31).

[...]

250 La ricorrente fa valere che la mancata verifica, da parte della Commissione, dell'esistenza di effetti sostanziali, diretti e prevedibili nell'Unione è particolarmente grave allorché la Commissione dichiara, al considerando 1685 della decisione impugnata, di non essere tenuta a «dimostrare gli effetti concreti di un abuso ai sensi dell'articolo 82 [CE]».

251 A tal riguardo, occorre sottolineare che la Commissione non è obbligata a dimostrare l'esistenza di effetti concreti al fine di giustificare la propria competenza sotto il profilo del diritto internazionale pubblico. I criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile non significano che l'effetto debba anche essere concreto. Infatti, incombe alla Commissione assicurare la protezione della concorrenza all'interno del mercato comune contro le minacce al suo funzionamento effettivo.

252 In tali circostanze, non si può ritenere che la Commissione debba limitarsi a perseguire e a sanzionare comportamenti abusivi che hanno raggiunto l'obiettivo atteso e in relazione ai quali la minaccia nei confronti del funzionamento della concorrenza si è realizzata. La Commissione non può essere condannata ad una posizione passiva nel caso in cui esista una minaccia gravante sulla struttura della concorrenza effettiva nel mercato comune, e può dunque intervenire parimenti in casi in cui la minaccia non si è realizzata o non lo si è ancora.

253 A ciò si aggiunge il fatto che, nella specie, il comportamento nei confronti di Acer e Lenovo era destinato ad esplicare effetti all'interno del mercato comune.

254 Infatti, il comportamento assunto nei confronti di Acer è consistito nell'accordare pagamenti a condizione che Acer ritardasse il lancio di un computer portatile munito di un CPU AMD nel mondo intero. Un tale incentivo finanziario mirava a che, per un certo periodo, un certo modello di computer di Acer non fosse disponibile sul mercato in nessuna parte del mondo, compreso il SEE.

255 Il comportamento assunto nei confronti di Lenovo è consistito, da un lato, nell'accordare allo stesso pagamenti a condizione che questi ritardasse e alla fine annullasse il lancio dei suoi computer portatili muniti di CPU x86 di AMD. Tale comportamento mirava dunque a che taluni modelli di computer di Lenovo muniti di CPU AMD non fossero disponibili in nessuna parte del mondo, compreso il SEE. Dall'altro, il comportamento assunto nei confronti di Lenovo è consistito nell'accordare sconti il cui livello era subordinato alla condizione che Lenovo acquistasse la totalità dei CPU x86 destinati ai suoi computer portatili presso Intel. Tale comportamento mirava a che nessun computer portatile di Lenovo munito di un CPU AMD fosse disponibile sul mercato, compreso il SEE. Il comportamento di Intel era dunque inteso ad esplicare effetti anche nel SEE. In tali circostanze, la questione se la ricorrente abbia raggiunto il risultato atteso non rileva nell'ambito dell'esame della giustificazione della competenza della Commissione sotto il profilo del diritto internazionale pubblico.

256 Inoltre, occorre rilevare che la ricorrente stessa si fonda sulla sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, Haladjian Frères/Commissione (T-204/03, Racc. pag. II-3779), e segnatamente sul suo punto 167, nel quale il Tribunale ha rilevato quanto segue:

«[P]er giustificare l'applicazione delle regole di concorrenza ad un accordo riguardante prodotti acquistati negli Stati Uniti per essere venduti nella Comunità, tale accordo deve, sulla base di un insieme di elementi di fatto e di diritto, permettere di prevedere con un grado di probabilità sufficiente che esso possa esercitare un'influenza più che insignificante sulla concorrenza nella Comunità e sul commercio tra Stati membri (v., in tal senso, sentenza [della Corte del 28 aprile 1998,] *Javico*, [C-306/96, Racc. pag. I-1983], punti 16 e 18). Il semplice fatto che un comportamento produca determinati effetti, quali che essi siano, sull'economia della Comunità non costituisce in sé un nesso sufficientemente stretto per permettere di fondare la competenza comunitaria. Per potere essere preso in considerazione è necessario che tale effetto sia sostanziale, cioè sensibile e non trascurabile».

257 Tale sentenza non esige dunque l'esistenza di effetti concreti sulla concorrenza nell'Unione, ma unicamente che sia sufficientemente probabile che l'accordo di cui trattasi possa ivi esercitare un'influenza più che insignificante. In tale ambito, occorre rilevare che tale considerazione non riguardava esplicitamente la questione della giustificazione della competenza della Commissione

sotto il profilo del diritto internazionale pubblico, bensì che essa è stata effettuata nell'ambito dell'esame della questione se i criteri previsti all'articolo 81 CE fossero soddisfatti. Cionondimeno, tale sentenza invocata dalla ricorrente costituisce un elemento che conferma la circostanza che gli effetti di un comportamento sulla concorrenza non devono necessariamente essere concreti per instaurare un vincolo sufficientemente stretto con l'Unione, idoneo a dar fondamento alla competenza della Commissione».