CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE NIAL FENNELLY

presentate il 29 ottobre 1998 *

Indice

I — Introduzione I-1373
II — Il contesto di fatto e di diritto I-1373
A — La decisione contestata I-1373
B — Il regolamento del 1986 ..... I-1376
III — Quadro complessivo del ricorso avverso la sentenza del Tribunale di primo grado I-1378
IV — L'accertamento della posizione dominante collettiva I-1378
A — Introduzione I-1378
B — Gli argomenti delle ricorrenti I-1379
C — La natura della posizione dominante collettiva I-1380
D — Il carattere sufficiente della motivazione I-1386
E — Conclusione I-1390
V — Gli abusi confermati a carico della Cewal I-1390
A — L'abuso dell'Ogefrem I-1390
i) Sfondo I-1390
ii) Sintesi delle osservazioni presentate nell'ambito dell'impugnazione I-1393
iii) Analisi dei motivi delle ricorrenti I-1394
a) I diritti della difesa I-1394
b) Il motivo relativo all'esortazione ad agire rivolta ad un governo I-1394
— Introduzione I-1394
— La pertinenza della dottrina dell'«atto di sovranità» I-1395
— La vera natura dell'accordo Ogefrem I-1399
c) La presunta contraddittorietà della sentenza impugnata I-1401
d) L'ammissibilità del comportamento dell'Ogefrem ai sensi dell'art. 86 . I-1401
B — Utilizzazione delle «fighting ships» I-1401
i) Introduzione I-1401
ii) I motivi di impugnazione relativi alla procedura I-1402
a) Sfondo I-1402

* Lingua originale: l'inglese.

b) La sentenza impugnata I-1405
c) Gli argomenti addotti nel presente ricorso I-1405
d) Analisi I-1406
iii) Il carattere abusivo del comportamento contestato I-1409
a) I problemi sollevati I-1409
b) Analisi I-1411
— Il carattere multilaterale dell'abuso I-1411
— L'intento di eliminare la concorrenza I-1412
— Scostamento rispetto alle tariffe conferenziate I-1413
— Ripartizione delle riduzioni delle entrate I-1413
— La giurisprudenza relativa ai prezzi «predatori» I-1414
— La natura abusiva della pratica delle «fighting ships» I-1417
C — L'imposizione di contratti di fedeltà al 100% I-1421
i) Introduzione I-1421
ii) Contenuto I-1422
iii) Primo argomento: erronea interpretazione del regolamento del 1986 — «imposizione» di fedeltà I-1423
a) Primo argomento addotto in subordine — vendite FOB I-1424
b) Secondo argomento addotto in subordine — liste nere I-1425
iv) Secondo argomento: la Commissione non può infliggere sanzioni senza aver prima revocato l'esenzione I-1428
VI — Ammende I-1431
A — Introduzione I-1431
B — Competenza della Corte I-1431
C — I motivi delle ricorrenti I-1432
D — Analisi I-1433
i) Violazione dei diritti della difesa I-1433
ii) Altri argomenti I-1437
iii) Il tasso d'interesse I-1438
E — Sintesi delle proposte I-1439
VII — La CEDU I-1440
VIII — Spese I-1440
IX — Conclusione I-1441

I – Introduzione

1. Il presente ricorso consente alla Corte di esaminare per la prima volta l'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato alle conferenze marittime. Esso riguarda l'accertamento di un abuso di posizione dominante collettiva commesso dai membri di una conferenza marittima, la Central and West African Conference (in prosieguo: la «Cewal»), che opera tra lo Zaire e taluni porti nord europei. Le ricorrenti contestano il carattere collettivo della posizione dominante accertato dalla Commissione. Il ricorso solleva inoltre questioni relative al motivo difensivo relativo all'incitamento ad agire rivolto ad uno Stato, alle procedure da seguire ai sensi della vigente normativa che ha trasposto le norme sulla concorrenza nel settore dei trasporti marittimi e all'applicazione dell'art. 86 al sistema di fissazione dei prezzi noto come pratica delle «fighting ships». Le ricorrenti sollevano poi varie censure in materia procedurale relative al modo in cui la questione è stata trattata da parte della Commissione e del Tribunale di primo grado.

II — Il contesto di fatto e di diritto

A — *La decisione contestata*

2. L'art. 1, n. 3, lett. b), del regolamento (CEE) del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 4056, che determina le modalità di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato ai trasporti marittimi (in prosieguo: il «regolamento del 1986») [1], definisce la «conferenza marittima» come «un gruppo di due o più trasportatori armatori che assicura servizi internazionali di linea per il trasporto di merci su una o più linee entro limiti geografici determinati e in base ad accordi o intese di qualunque natura, nell'ambito dei quali essi gestiscono in comune applicando tassi di nolo uniformi o comuni e ogni altra condizione concordata nei riguardi della fornitura di detti servizi di linea».

3. La decisione della Commissione 23 dicembre 1992, 93/82/CEE, relativa ad un procedimento in forza degli artt. 85 del Trattato CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal, Cowac e Ukwal) e 86 del Trattato CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal) (in prosieguo: la «decisione») [2], costituisce l'oggetto del presente procedimento. Essa è stata adottata ai sensi del regolamento del 1986. La Commissione vi descrive la Cewal come una conferenza marittima i cui membri eserciscono «un servizio di linea regolare tra i porti dello Zaire [3] e dell'Angola e quelli del Mare del Nord (tranne il Regno Unito)» [4]. Agendo sulla base di denunce ricevute nel luglio del 1987, la Commissione ha indagato su vari asseriti comportamenti anticoncorrenziali dei membri della Cewal e di altre conferenze marittime operanti tra l'Europa e l'Africa occidentale e centrale. Nella decisione, essa ha accer-

1 — GU L 378, pag. 4.

2 — GU L 34, pag. 20.

3 — Ora Repubblica democratica del Congo.

4 — Punto 1 della motivazione della decisione. La motivazione contiene in tutto 119 punti, che, per comodità, verranno in prosieguo designati semplicemente come punti della decisione.

tato che tre conferenze marittime avevano violato l'art. 85 e che i membri della conferenza Cewal avevano abusato di una posizione dominante collettiva in contrasto con l'art. 86. Essa ha comminato ammende a quattro membri della conferenza Cewal (vale a dire alla Compagnie maritime belge, alla Dafra-Lines, alla Deutsche Afrika-Linien e alla Nedlloyd Lijnen), sebbene l'ammenda più elevata (9,6 milioni di ECU, ovvero il 95% del totale di tutte le ammende) sia stata inflitta alla Compagnie maritime belge (in prosieguo: la «CMB»).

4. I suddetti quattro membri della conferenza Cewal proponevano ricorso dinanzi al Tribunale, in forza dell'art. 173 del Trattato, chiedendo l'annullamento della decisione. Con sentenza 8 ottobre 1996 (in prosieguo: la «sentenza impugnata»), il Tribunale, pur riducendo del 10% ciascuna delle quattro ammende inflitte [5], respingeva tuttavia i ricorsi [6]. Sebbene con questi ultimi si chiedesse l'annullamento degli accertamenti della Commissione relativi all'esistenza di violazioni degli artt. 85 e 86 del Trattato, la CMB e la Dafra-Lines (in prosieguo: la «Dafra») hanno limitato i loro ricorsi alla Corte ora in esame alle parti della sentenza impugnata che confermano gli accertamenti della Commissione relativi all'abuso di posizione dominante in contrasto con l'art. 86 e che sostanzialmente giustificano le ammende inflitte a questo titolo dalla Commissione [7].

5. Secondo un codice di condotta per le conferenze marittime concordato nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo nel 1974 (in prosieguo: il «codice UNCTAD») la ripartizione dei carichi tra le conferenze marittime è soggetta al criterio del «40: 40: 20» (in prosieguo: il «criterio dell'UNCTAD del 40: 40: 20»), per il quale gli armatori nazionali dei paesi situati ai due estremi di un determinato collegamento marittimo si vedono assegnare ciascuno il 40% dei carichi conferenziati, mentre il restante 20% viene attribuito agli armatori dei paesi terzi, membri della medesima conferenza. Taluni paesi africani hanno chiesto, come verrà esaminato più estesamente in seguito, che il criterio dell'UNCTAD si applicasse a tutti i carichi, e non soltanto a quelli della conferenza. Per quanto riguarda le rotte marittime tra il Nord Europa e lo Zaire, la ripartizione dei carichi secondo il criterio dell'UNCTAD è stata attuata nella seconda metà degli anni ottanta con vari strumenti, il più importante dei quali, ai fini del presente procedimento, è un accordo di cooperazione (in prosieguo: l'«accordo Ogefrem») concluso nel 1985 tra l'Office Zaïrois de gestion du fret maritime (Ufficio zairese di gestione del trasporto marittimo, in prosieguo: l'«Ogefrem») e la Cewal. Ai sensi dell'art. 1, primo comma, dell'accordo Ogefrem, la Cewal e l'Ogefrem erano tenute a garantire che «l'insieme delle merci da trasportare ricomprese nel campo d'azione della conferenza Cewal [fosse] affidato alle società armatrici facenti parte di questa conferenza marittima», mentre, ai sensi del secondo comma, le deroghe potevano essere accordate soltanto «con l'accordo esplicito delle due parti interessate». Nonostante queste disposizioni, nel 1986 l'Ogefrem decideva unilateralmente di cedere ad un consorzio marittimo concorrente, la Grimaldi e Cobelfret (in prosieguo: la «G & C»), una quota pari al 2% circa del traffico avente come destinazione o provenienza lo

5 — L'ammenda inflitta alla CMB è stata ridotta di 960 000 ECU e le altre ammende di 20 000 ECU sia nel caso della Dafra-Lines che in quello della Deutsche Afrika-Linien e di 10 000 ECU nel caso nella Nedlloyd Lijnen.

6 — V. sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, Compagnie maritime belge transports e a./Commissione (Racc. pag. II-1201).

7 — In prosieguo tutti i riferimenti agli «articoli 85 e 86» riguarderanno gli artt. 85 e 86 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea.

Zaire, quota che risulta essere aumentata negli anni successivi, anche se non in maniera sufficiente ad intaccare la posizione dominante della Cewal [8].

6. Soltanto le parti della decisione della Commissione relative all'art. 86 e alle ammende inflitte sono pertinenti ai fini dei ricorsi contro la sentenza del Tribunale di primo grado proposti dalla CMB e dalla Dafra (in prosieguo: le «ricorrenti») [9]. La Commissione ha rilevato che «l'insieme delle rotte marittime tra lo Zaire e i porti dell'Europa settentrionale serviti dai membri di Cewal costituisce un mercato specifico» [10]. Essa ha fatto inoltre riferimento ai vantaggi che la Cewal traeva dall'accordo Ogefrem, alla sua rete capillare di collegamenti, alle capacità della sua flotta e alla frequenza dei servizi che essa poteva garantire, nonché all'esperienza acquisita nell'ambito di un servizio svolto sul mercato per decenni. La Commissione ha ritenuto che i membri della Cewal detenessero collettivamente un'assai rilevante posizione dominante su tale mercato, sia per la loro amplissima quota di mercato che per altri fattori.

7. La Commissione ha accertato che «Cewal ha abusato della sua posizione dominante mediante tre diversi strumenti (...) per eliminare il suo principale concorrente (G & C) [11]. Tali strumenti, quali descritti all'art. 2 della decisione, consistevano nei seguenti comportamenti:

— «partecipa[re] all'esecuzione dell'accordo di cooperazione [con Ogefrem] e invita[re] in modo reiterato e con atti diversi al suo rigoroso adempimento»;

— «modifica[re] i propri noli in deroga alle tariffe vigenti al fine di offrire noli identici o inferiori a quelli del principale concorrente indipendente per delle navi in partenza alla stessa data o in date vicine (pratica delle "fighting ships"/navi da combattimento)»; e

— «stipula[re] accordi di fedeltà imposti al 100% (comprese le merci vendute con la clausola FOB) [12] che eccedono i limiti di quanto previsto dall'articolo 5, paragrafo 2, del [regolamento del 1986] unitamente allo specifico uso,

8 — Al punto 14 della versione pubblicata della decisione (citata supra, nota 2), la Commissione ha omesso di pubblicare, ai sensi dell'art. 24, n. 2, del regolamento del 1986 relativo alla non divulgazione dei segreti d'affari, le cifre relative alle quote di traffico registrate dalla Cewal rispettivamente nel 1989 e nel 1991. Nel loro ricorso le ricorrenti stesse fanno riferimento, senza contestarle, alle informazioni omesse.

9 — Andrebbe osservato, comunque, che all'art. 1 della decisione la Commissione ha accertato che gli accordi sulla ripartizione del traffico tra Africa settentrionale ed Europa del Nord che coinvolgevano tre conferenze marittime, vale a dire la Cewal, la Cewac e la Ukwal, con cui ciascuna conferenza operava su una rete separata di linee, violavano l'art. 85, n. 1, del Trattato e non avevano titolo ad essere esentati ai sensi dell'art. 85, n. 3, o dell'art. 3 del regolamento del 1986.

10 — Punto 56 della decisione.

11 — Punto 62 della decisione.

12 — Nelle vendite FOB il venditore sopporta solo le spese relative al caricamento delle merci.

descritto nella presente decisione, delle "liste nere" dei caricatori che ricorrevano ad altre compagnie» [13].

All'art. 3, secondo comma, la Commissione ha ingiunto alle imprese aderenti alla Cewal di «por fine alle infrazioni constatate nell'articolo 2», mentre all'art. 5 essa ha «raccomanda[to]» loro di conformare i termini stabiliti nei loro contratti di fedeltà «all'articolo 5, punto 2 del regolamento [del 1986]». All'art. 6 sono state inflitte le ammende cui ho già fatto riferimento (vedi supra, paragrafo 3).

B — *Il regolamento del 1986*

8. Il regolamento (CEE) del Consiglio n. 17/62 [14] non è applicabile ai trasporti. Pertanto, il regolamento del 1986 stabilisce che «il presente regolamento determina le modalità di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato ai trasporti marittimi» [15]. Come indica il suo sedicesimo 'considerando', esso prevede «le procedure, i poteri di decisione e le sanzioni necessari per assicurare il rispetto dei divieti previsti dall'articolo 85, paragrafo 1, e dall'articolo 86, nonché delle condizioni di applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3».

9. L'art. 3 del regolamento del 1986 prevede una «esenzione delle intese tra vettori riguardanti l'esercizio di servizi regolari di trasporto marittimo» (in prosieguo: l'«esenzione»), formulata nei seguenti termini:

«Sono esonerati dal divieto sancito all'articolo 85, paragrafo 1, del trattato, alle condizioni previste dall'articolo 4 del presente regolamento, gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate tra tutti o parte dei membri di una o più conferenze marittime intesi a perseguire la fissazione dei prezzi e delle condizioni di trasporto e, a seconda dei casi, uno o più dei seguenti obiettivi:

a) il coordinamento degli orari delle navi o delle loro date di partenza o di scalo;

b) la determinazione della frequenza dei viaggi o degli scali;

c) il coordinamento o la ripartizione dei viaggi o degli scali fra membri della conferenza;

d) la regolazione della capacità di trasporto offerta da ciascuno dei membri;

e) la ripartizione fra i membri del tonnellaggio trasportato o delle entrate».

13 — Vale a dire, liste di caricatori che utilizzavano, anche solo occasionalmente, il servizio alternativo offerto dalla G & C; v., in particolare, il punto 29 e la seconda nota al detto punto della decisione.

14 — Regolamento (CEE) del Consiglio n. 17/62, primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (GU del 21.2.1962, n. 13, pag. 204).

15 — Art. 1, n. 1.

L'applicazione dell'esenzione è espressamente subordinata, ai sensi dell'art. 4, alla «condizione» che l'accordo o la pratica così esentati «non rechino, all'interno della Comunità, pregiudizio a determinati porti, utenti o vettori applicando, per una stessa merce e nella zona contemplata dall'accordo (...) prezzi e condizioni di trasporto che differiscono in base al paese d'origine o di destinazione o secondo il porto di imbarco o di sbarco, a meno che tali prezzi e condizioni possano giustificarsi sul piano economico». La conseguenza della violazione di tale condizione è che l'accordo (oppure, qualora sia separabile, qualsiasi sua parte non conforme) «è nullo di pieno diritto in virtù dell'articolo 85, paragrafo 2, del trattato».

10. D'altro canto, l'art. 5 subordina l'applicazione dell'esenzione all'osservanza di una serie di «obblighi». In relazione agli «accordi di fedeltà», l'art. 5, n. 2, dispone che le compagnie marittime facenti parte di una conferenza «hanno il diritto di stipulare con gli utenti e di applicare accordi di fedeltà il cui tipo e tenore è deciso mediante consultazioni tra la conferenza e le associazioni di utenti». Tuttavia, tali accordi di fedeltà devono essere conformi a svariate condizioni, compresa quella di cui all'art. 5, n. 2, lett. b), sub i), secondo cui «accordi di fedeltà al 100% possono venire offerti, ma non possono essere imposti unilateralmente». Ai sensi dell'art. 5, n. 4, dal titolo «Disponibilità delle tariffe», le tariffe della conferenza devono «essere mess[e] a disposizione degli utenti, su loro richiesta, a prezzo ragionevole», oppure «poter essere esaminat[e] negli uffici delle compagnie di navigazione o dei loro agenti».

11. L'art. 7 riguarda gli effetti della violazione di «un obbligo ricollegato all'esenzione prevista dall'articolo 3, ai sensi dell'art. 5». L'art. 7, n. 1, autorizza la Commissione, alle condizioni previste dalla sezione II, a:

«— formulare raccomandazioni agli interessati;

— adottare, in caso di inosservanza da parte degli interessati di tali raccomandazioni e in funzione della gravità delle violazioni constatate, una decisione che, a seconda dei casi, vieta o impone agli interessati stessi il compimento di atti determinati, ovvero, pur revocando l'esenzione per categoria di cui beneficiano, concede loro un'esenzione individuale, conformemente all'articolo 11, paragrafo 4, oppure revoca il beneficio dell'esenzione per categoria».

12. Infine, l'art 8 del regolamento del 1986 è posto sotto la rubrica: «Effetti incompatibili con l'articolo 86 del trattato». Ai sensi dell'art. 8, n. 1, «è vietato l'abuso di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 86 del trattato, senza che a tal fine sia richiesta una precedente decisione». L'art. 8, n. 2, riguarda casi particolari in cui la Commissione accerti che «il comportamento delle conferenze esonerate ai sensi dell'articolo 3 abbia nondimeno

effetti incompatibili con l'articolo 86 del trattato». Esso dispone che in tal caso la Commissione «può ritirare il beneficio dell'esenzione e adottare... tutte le misure adeguate allo scopo di porre fine alle violazioni dell'articolo 86».

III — Quadro complessivo del ricorso avverso la sentenza del Tribunale di primo grado

13. Il ricorso in esame è limitato alla contestazione, anzitutto, del carattere collettivo della posizione dominante detenuta dai membri della Cewal, in secondo luogo, di ciascuno dei tre accertamenti relativi ad un abuso di detta posizione e, infine, delle ammende inflitte. Le ricorrenti sostengono che le ammende loro inflitte andrebbero ridotte e che la procedura seguita dalla Commissione per la loro irrogazione ha natura penale e, nel caso di specie, ha comportato una violazione degli artt. 6, n. 3, e 7, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU»). Infine, si contesta altresì al Tribunale il fatto di aver violato l'art. 7, n. 1, della CEDU, formulando in maniera diversa alcuni degli abusi descritti nella decisione.

14. La Commissione, sostenuta dall'interveniente, la G & C, afferma che il ricorso deve essere respinto in toto. Tuttavia, poiché la G & C asserisce anche che taluni aspetti del ricorso sono irricevibili, il suo intervento, nei limiti in cui tenta di eccedere la portata delle conclusioni della Commissione, dev'essere, a mio parere, considerato irricevibile ai sensi dell'art. 93, n. 5, lett. a), del regolamento di procedura della Corte.

IV — L'accertamento della posizione dominante collettiva

A — *Introduzione*

15. La Commissione ha accertato che i membri della Cewal disponevano congiuntamente di una posizione dominante «ai sensi dell'articolo 86 sull'insieme delle rotte marittime che [la Cewal] gestisce tra l'Europa del Nord e lo Zaire» (punto 61 della decisione). Poiché nel presente contesto non vedo alcuna differenza utile tra gli aggettivi «congiunto» e «collettivo», userò quest'ultimo termine, che è quello più normalmente impiegato dalla Corte. Nel presente procedimento non sono in discussione né la definizione del mercato rilevante né gli accertamenti relativi alle quote di mercato. Le ricorrenti si limitano a contestare il carattere collettivo attribuito alla loro posizione sul mercato.

B — *Gli argomenti delle ricorrenti*

16. Secondo le ricorrenti, le tre condizioni per l'instaurazione di una posizione dominante collettiva tra imprese indipendenti sono le seguenti:

— le imprese interessate devono essere unite da vincoli economici sufficienti;

— detti vincoli devono essere tali da far sì che le imprese adottino la medesima linea d'azione sul mercato;

— esse devono detenere, collettivamente, una posizione di potere economico che consenta loro di impedire il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato.

Le ricorrenti sostengono inoltre che i pretesi vincoli economici non possono essere provati facendo valere fatti che costituiscono una violazione dell'art. 85.

17. In sostanza, le ricorrenti asseriscono che:

— la decisione e la sentenza impugnata sono erroneamente basate sul comportamento concertato dei membri della Cewal, che rientra nel campo di applicazione dell'art. 85 ma che non può essere semplicemente «riciclato» così da fondare l'accertamento di una posizione dominate collettiva ai sensi dell'art. 86;

— la decisione non conteneva una motivazione sufficiente a giustificare l'applicabilità dell'art. 86 ai membri della Cewal collettivamente e la pronuncia del Tribunale ha illegittimamente integrato la motivazione insufficiente della Commissione.

18. Le ricorrenti sostengono che il Tribunale non ha risposto alla prima delle suddette questioni. E' vero che la sentenza impugnata, nel rilevare (al punto 54) il motivo dedotto dalle ricorrenti secondo cui la Commissione «si sarebbe limitata a "riciclare" fatti assertivamente costitutivi di una violazione dell'art. 85, ma esentati in forza del regolamento n. 4056/86, per condannarle ai sensi dell'art. 86», nella trattazione della questione relativa alla posizione dominante collettiva non lo analizza espressamente (punti 59-68). Vale tuttavia la pena di ricordare che il Tribunale ha analizzato e respinto, in modo del tutto corretto, l'argomento principale delle ricorrenti, vale a dire che «la nozione di posizione dominante collettiva comprende

il solo abuso collettivo da parte di imprese *ciascuna delle quali* detiene una posizione dominante» (punto 60, il corsivo è mio). Questa conclusione non è contestata nel ricorso contro la sentenza del Tribunale.

C — *La natura della posizione dominante collettiva*

19. L'unica questione sostanziale sollevata da questo capo del ricorso avverso la sentenza del Tribunale è se sia possibile basarsi su un comportamento concertato e collusivo e, quindi, vietato dall'art. 85 (salvo esenzione) per constatare l'esistenza di una posizione dominante ai sensi dell'art. 86. Le ricorrenti sostengono che, in contrasto con la giurisprudenza, la Commissione e il Tribunale si sono limitati a «riciclare» taluni accordi o pratiche concordate tra i membri della Cewal, mentre i vincoli economici necessari per accertare una posizione dominante collettiva devono essere di «natura diversa». La Commissione, per contro, sostiene che, in linea di principio, il medesimo comportamento di più imprese può costituire nel contempo una pratica concordata ai sensi dell'art. 85 ed un abuso di posizione dominante in contrasto con l'art. 86. A questo punto, la vera questione non è però l'abuso, bensì l'esistenza di una posizione dominante collettiva.

20. La questione del cosiddetto «riciclaggio» non può essere risolta senza prendere in considerazione la natura di una posizione dominante collettiva o congiunta, quale è stata progressivamente individuata dalla giurisprudenza. Essa solleva, a sua volta, la questione della distinzione tra l'art. 85 e l'art. 86 e della misura in cui, come ha affermato la Corte, essi «mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'effettiva concorrenza nel mercato comune» [16].

21. L'art. 85 riguarda comportamenti concordati o consensuali tra imprese economicamente indipendenti ed è potenzialmente applicabile a tutti i mercati, compresi quelli in cui esistono condizioni concorrenziali normali. L'art. 86, invece, riguarda soltanto i mercati in cui le condizioni concorrenziali risultino anomale in conseguenza della posizione dominante detenuta da una o più imprese. Il comportamento vietato dall'art. 86 e qualificato come «abuso» è per lo più unilaterale [17].

22. Tuttavia, tali ostacoli, ciascuno dei quali è dotato di efficacia diretta [18], perseguono il medesimo obiettivo, vale a dire quello di «garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» [19]. Gli artt. 85 e 86 non sono strutturati a com-

16 — Sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage e Continental Can/Commissione (Racc. pag. 215, punto 25; in prosieguo: la «sentenza Continental Can»).

17 — Sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461, punto 39; in prosieguo: la «sentenza Hoffmann-La Roche»).

18 — Nella sentenza 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT (Racc. pag. 51, punto 16), la Corte ha dichiarato che «poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare».

19 — Art. 3, lett. g), del Trattato CE.

partimenti stagni. Come la Corte ha dichiarato nella sentenza Ahmed Saeed, «non può escludersi l'applicazione simultanea degli artt. 85 e 86» [20]. La Corte ha dunque considerato che qualora una compagnia aerea in posizione dominante fosse in grado, sul piano della realtà economica, di ottenere da altre imprese l'applicazione di tariffe concordate, potevano trovare applicazione sia l'art. 86 che l'art. 85, quanto meno nel senso che la partecipazione ad un accordo vietato dall'art. 85 poteva, nel contempo, configurare un abuso in violazione dell'art. 86.

23. E' interessante notare, inoltre, che l'avvocato generale Lenz, nelle sue conclusioni nella causa Ahmed Saeed, dopo aver affermato che, sulla sola base della lettera dell'art. 86, una posizione dominante può essere detenuta «congiuntamente da più imprese», prosegue osservando che «le parti di un'intesa, ovvero i partecipanti ad accordi incompatibili con le norme comunitarie ai sensi dell'art. 85 del trattato CEE, possono detenere congiuntamente una posizione dominante» [21]. L'art. 86, tuttavia, non prende espressamente in considerazione una posizione dominante detenuta da una o più imprese, bensì uno «sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese». La formulazione non è quindi decisiva [22]. Naturalmente, l'avvocato generale Lenz non ha inteso dire che la presenza di un semplice cartello che detenga una quota di mercato rilevante basti a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante congiunta. Nella sentenza SIV/Commissione [23], il Tribunale ha respinto un argomento esposto all'udienza dall'agente della Commissione, secondo cui era sufficiente «"riciclare" i fatti costitutivi di un'infrazione all'art. 85, traendone la constatazione che le parti di un accordo o di una pratica illecita detengono insieme una parte di mercato rilevante [e] che per questo solo fatto esse detengono una posizione dominante collettiva (...)» [24]. Tale pronuncia ha dato origine al termine «riciclaggio». E' evidente, pertanto, che l'affermazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva detenuta da imprese indipendenti deve essere suffragata da qualcosa di più di un semplice accordo analogo ad un cartello, riguardi esso la fissazione di prezzi o altri comportamenti collusivi sul mercato. La sentenza «vetro piano» rappresenta il primo tentativo esplicito di identificare gli elementi di una posizione dominante collettiva detenuta da imprese indipendenti.

24. All'altro estremo si ha il comportamento concertato o coordinato all'interno di un gruppo. Tale comportamento, soggetto al controllo di una società madre, normalmente non rientra nel campo di applicazione dell'art. 85. Le varie entità vanno invece trattate come un'impresa singola «qualora esse costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non dispone di effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato, e gli accordi o pratiche di cui trattasi abbiano semplice-

20 — Sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e a. (Racc. pag. 803, punto 37; in prosieguo: la «sentenza Ahmed Saeed»).

21 — Sentenza citata alla nota precedente, paragrafo 27 delle conclusioni, pag. 824.

22 — V. l'editoriale del professor Arnull su (1998) 23 E.L. Rev giugno 1998, pag. 199.

23 — Sentenza 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89 (Racc. pag. II-1403; in prosieguo: la sentenza «vetro piano»).

24 — Ibid., punto 360.

mente lo scopo di una ripartizione di compiti all'interno del gruppo» [25]. Tuttavia, questa distinzione non è stata sempre affermata in modo chiaro. Quale precedente relativo alla posizione dominante collettiva, la Corte ha citato la sentenza Bodson [26], sebbene in essa tale espressione non compaia. Nella sentenza Bodson, il semplice fatto che i titolari di concessioni esclusive comunali di servizi di pompe funebri appartenessero al medesimo gruppo non è stato ritenuto un fattore decisivo per dichiarare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. Doveva tenersi conto «della natura dei rapporti fra le imprese del gruppo» e, in particolare, verificare se esse seguissero «la stessa linea d'azione sul mercato, azione determinata dall'impresa madre» [27].

25. I due elementi, natura dei rapporti e stessa linea d'azione sul mercato, citati nel passaggio di cui sopra, sono costantemente rintracciabili nella giurisprudenza relativa alla definizione della posizione dominante collettiva. Già nel 1975, la Corte, nella sentenza Suiker Unie [28], aveva considerato i «vincoli personali o finanziari» esistenti tra taluni produttori di zucchero ed il maggiore zuccherificio sul mercato belga, unitamente al fatto che essi seguivano una «politica di vendita stabilita» dal suddetto zuccherificio, per concludere che le quote di mercato di tutti i produttori dovevano essere sommate al fine di stabilire la portata della posizione dominante occupata dal maggiore di essi.

26. La sentenza Almelo [29], contiene tuttavia l'affermazione più chiara sin qui formulata sulla questione della posizione dominante collettiva. La Corte ha dichiarato che una «posizione dominante collettiva presuppone (...) che le imprese del gruppo siano sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato» [30]. Nelle sentenze Centro Servizi Spediporto e Dip, essa ha anche rilevato che l'assenza di concorrenza tra le imprese in supposta posizione dominante collettiva costituisce un elemento rilevante [31]. Più recentemente, nella sentenza Repubblica francese e a./Commissione, la Corte ha esaminato la questione se un progetto di concentrazione sfociasse in una posizione dominante collettiva sul mercato comunitario dei prodotti a base di sali potassici per uso agricolo [32]. Il criterio utilizzato dalla Corte consisteva

25 — Sentenza 31 ottobre 1974, causa 15/74, Centrafarm e De Peijper (Racc. pag. 1147, punto 41). Nella sentenza 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, Viho/Commissione (Racc. pag. I-5457), la Corte, facendo riferimento (punto 16) unicamente alla questione se le filiali «godono di reale autonomia nella determinazione della loro linea di condotta sul mercato», ha implicitamente respinto la tesi propugnata da una parte della dottrina secondo cui, alla luce della sentenza Centrafarm e De Peijper, perché un gruppo di imprese possa essere considerato alla stregua di un'impresa unica, devono essere soddisfatti entrambi i criteri indicati al punto 41 della detta sentenza.

26 — Sentenza 4 maggio 1988, causa 30/87 (Racc. pag. 2479; in prosieguo: la «sentenza Bodson»).

27 — Ibid., punto 20.

28 — 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 (Racc. pag. 1663, punti 377 e 378; in prosieguo: la «sentenza Suiker Unie»).

29 — Sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92 (Racc. pag. I-1477, punti 41 e 42).

30 — Ibid., punto 42. Questo criterio è stato ribadito nelle sentenze 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto (Racc. pag. I-2883, punto 33; in prosieguo: la «sentenza Centro Servizi Spediporto»), e 17 ottobre 1995, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, DIP e a. (Racc. pag I-3257, punto 26; in prosieguo: la «sentenza DIP»).

31 — V., rispettivamente, punti 34 e 27. Come ho avuto occasione di osservare nelle mie conclusioni nella causa DIP (paragrafo 65), dinanzi alla Corte non era stato addotto alcun elemento che indicasse che tutti o parte dei commercianti che detenevano un'asserita posizione dominante collettiva «si comporta[vano] o posse[devano] particolari caratteristiche commerciali sui rispettivi mercati che consenti[vano] efficacemente di agire in qualche modo come una singola unità economica in rapporto con i loro fornitori, concorrenti o consumatori».

32 — Sentenza 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95 (Racc. pag. I-1375).

nel valutare se la concentrazione «[desse] origine a una situazione nella quale una concorrenza effettiva nel mercato rilevante [venisse] ostacolata in modo significativo da parte delle imprese partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme [avevano], 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» [33]. Applicando questo criterio, essa ha concluso che alcune delle critiche mosse dalle ricorrenti in relazione alla pretesa esistenza di un «complesso di vincoli strutturali» [34], fatta valere dalla Commissione, erano fondate.

27. Tuttavia, a me sembra che tutte le recenti pronunce della Corte sostanzialmente confermino l'affermazione formulata dal Tribunale nella sentenza «vetro piano» [35], secondo cui:

«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».

L'espressione «unite da tali vincoli economici» utilizzata in questo passaggio va però ora interpretata alla luce della formula impiegata nella sentenza Repubblica francese e a./Commissione [36], vale a dire quella di «fattori di correlazione», che non mi sembra avere un significato diverso da «vincoli economici».

28. Le ricorrenti sostengono, tuttavia, che al fine di accertare l'esistenza dei «vincoli economici» necessari per soddisfare tale criterio, non ci si può basare su fatti che costituiscano nel contempo accordi o pratiche concordate ai sensi dell'art. 85. Non sono d'accordo. A me sembra che il duplice criterio — l'esistenza di vincoli economici sufficienti a comportare l'esistenza di una vera e propria entità unica sul mercato — sia in sostanza uno solo, e che il secondo elemento sia quello prevalente. Va provata l'esistenza di una posizione dominante individuale, vale a dire occorre stabilire se più imprese agiscano sul mercato come un'entità unica e quindi unilateralmente. Non occorre specificare dettagliatamente, anzi non occorre affatto specificare, la natura dei rapporti o dei vincoli economici. Essi potrebbero consistere nell'impiego di condizioni tipo per le forniture, stabilite da un'impresa comune (sentenza Almelo), in partecipazioni incrociate, in amministrazioni comuni o anche in vincoli familiari aventi conseguenze economiche. Essi potrebbero consistere altresì nel perseguimento di una strategia comune sul mercato o di una comune politica di vendita (sentenze Bodson e Suiker Unie). Essi possono essere definiti soltanto con riferimento al

33 — Ibid., punto 221, il corsivo è mio. L'espressione in corsivo è stata resa nella traduzione in lingua inglese della sentenza alla data della sua pubblicazione con: «(...) correlative factors which exist between them (...)». La versione originale in francese, lingua processuale, è: «(...) des facteurs de corrélation existant entre elles (...)».

34 — Punto 232.

35 — Loc. cit., punto 358.

36 — Citata supra, nota 32.

loro risultato, vale a dire la creazione di una situazione in cui un gruppo di imprese indipendenti opera sul mercato come un'entità unica.

29. Ribadisco inoltre che la carenza nella prova della concertazione non può essere risolta facendo ricorso all'art. 86. Ho già riconosciuto che il solo comportamento concordato non basta a soddisfare il suddetto requisito relativo alla posizione dominante collettiva. Tuttavia, non concordo sul fatto che possa essere impedito, in forza del Trattato o di qualsiasi principio logico o di diritto, fare riferimento ad una *prova* del genere.

30. Una lettura attenta della sentenza Almelo pare confermare questo punto di vista. I distributori regionali di energia elettrica nei Paesi Bassi, i cui rapporti erano controversi, erano legati ai distributori locali mediante lo stesso tipo di accordi verticali di acquisto esclusivo, accordi che sono stati tutti ritenuti incompatibili con l'art. 85. L'avvocato generale Darmon ha richiamato l'attenzione su tali accordi in relazione alla questione dei «legami che permetta[no] di garantire alle imprese considerate un dominio collettivo sul mercato» [37]. Sebbene sia l'avvocato generale che la Corte abbiano avuto cura di lasciare al giudice nazionale l'ultima parola sulla questione, la Corte pare aver implicitamente accolto il parere dell'avvocato generale in relazione all'eventuale rilevanza dei vincoli economici creati da tali contratti.

37 — Loc. cit., paragrafi 117 e 118 delle conclusioni.

31. Nella presente causa, il Tribunale, nella parte iniziale della sua analisi sulla posizione dominante collettiva dei membri della Cewal, ha correttamente formulato il criterio secondo cui occorre accertare che «le imprese interessate siano sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato» (punto 62). Nella sentenza impugnata si prosegue (punti 63-65) con l'esposizione dei motivi che, «considerata la decisione nel suo insieme», hanno indotto il Tribunale a concludere che «la posizione dei membri della Cewal sul mercato pertinente andava valutata collettivamente» (punto 66). I punti 63-65 sono così formulati:

«63. Nella decisione sottoposta al controllo del Tribunale, la Commissione ha fatto espressamente riferimento al regolamento n. 4056/86. [Il Tribunale cita quindi la definizione di "conferenza marittima" contenuta nel regolamento del 1986, da me già riportata al precedente paragrafo 2]. Il Tribunale considera che le ricorrenti, che si richiamano ripetutamente al regolamento n. 4056/86, non contestano che la Cewal sia una conferenza marittima ai sensi di detta disposizione.

64. Il Tribunale rileva peraltro che, all'art. 8, il regolamento n. 4056/86 enuncia che l'art. 86 del Trattato resta applicabile. Le compagnie marittime, infatti, grazie alle strette relazioni che intrattengono tra loro nell'ambito di una conferenza marittima, sono in grado, tutte assieme, di attuare in comune sul mercato pertinente pratiche tali da costituire comportamenti unila-

terali. Tali comportamenti possono avere carattere di violazioni dell'art. 86 qualora sussistano gli altri presupposti per l'applicazione di questa disposizione.

65. Nel caso di specie, tenuto conto degli elementi contenuti nella decisione impugnata, il Tribunale constata che le compagnie marittime hanno costituito un'entità comune, la conferenza marittima Cewal. Risulta dalla decisione che questa struttura costituiva il quadro di riferimento di diversi comitati ai quali appartenevano i membri della conferenza, quali lo Zaïre Pool Committee e lo Special Fighting Committee, più volte menzionati nella decisione, in particolare ai punti 26, 29, 31 e 32, e lo Zaïre Action Committee di cui al punto 74. Inoltre, come risulta dall'art. 1 del regolamento n. 4056/86, tale struttura comune ha per natura lo scopo di definire e di applicare tassi di nolo uniformi e altre condizioni di trasporto comuni, la cui esistenza la Commissione rileva espressamente al punto 61. In tal modo, la Cewal si presenta sul mercato come un'unica entità. Infine, il Tribunale rileva, senza che in questa fase occorra esaminare la loro qualificazione, che le pratiche rimproverate ai membri della Cewal, come descritte nella decisione, traducono la volontà di adottare congiuntamente una stessa linea d'azione sul mercato per reagire unilateralmente nei confronti di un'evoluzione, ritenuta minacciosa, della situazione concorrenziale del mercato sul quale esse operano. Queste pratiche, descritte con precisione nella decisione, hanno costituito gli elementi di una strategia globale, per la cui realizzazione i membri della Cewal hanno unito le loro forze».

32. A mio parere, ciascuno degli elementi citati nei paragrafi che precedono *può* costituire un «vincolo economico». In particolare, il Tribunale ha correttamente fatto riferimento alla definizione di conferenza marittima per valutare la «strategia globale» e la volontà dei membri della Cewal e ha insistito, come ha fatto ripetutamente con termini diversi, sulla costituzione di un'«entità comune». Ammettendo che il Tribunale potesse legittimamente ritenere, sul piano giuridico, che questi elementi costituissero vincoli economici, la sua conclusione sull'ultima questione non è stata contestata, a mio parere giustamente, nella presente causa; tale affermazione è frutto della valutazione dei fatti operata dal Tribunale e, in mancanza di un errore che configuri una distorsione di questi ultimi, non è impugnabile dinanzi alla Corte.

33. Inoltre, il tentativo delle ricorrenti di contestare l'applicazione della nozione di posizione dominante collettiva alle conferenze marittime è in qualche modo irrealistico. Esse hanno ripetutamente sostenuto, per giustificare il preteso carattere non abusivo dei loro sconti di fedeltà, che le conferenze marittime detengono normalmente una posizione dominante.

34. Per conto delle ricorrenti è stato infine asserito che la sentenza impugnata e la decisione andrebbero annullate nelle parti relative all'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, in quanto né il Tribunale né la Commissione, nella decisione, avevano provato che tra i membri della Cewal non esistessero forme di concorrenza interna diverse da quella sui prezzi. Questo argomento, dedotto per la prima volta all'udienza, è manifestamente irricevibile ai sensi degli artt. 42, n. 2 e 113, n. 2, del regolamento di procedura della Corte. In ogni caso, sebbene dalla succitata giurisprudenza, in particolare dalle sentenze Centro Servizi Spediporto, DIP e Repubblica francese e a./Commissione, emerga chiaramente che l'assenza di concorrenza tra un certo numero di imprese che si ritiene detengano una posizione dominante costituisce un elemento caratteristico della posizione dominante collettiva, a mio parere non sarebbe sufficiente che tali imprese, replicando ad un addebito mosso dalla Commissione secondo cui esse avrebbero adottato una strategia unica sul mercato in ordine alla concorrenza sui prezzi, sostenessero che la presenza di altre forme di concorrenza tra loro, quale la concorrenza sulla qualità del servizio prestato, contrasta con l'affermazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva basata sui vincoli instaurati in base alla loro comune strategia dei prezzi, a meno che la portata e l'intensità delle forme alternative di concorrenza non fossero tali da impedire di far valere ragionevolmente le loro comuni politiche dei prezzi quale base per stabilire l'esistenza di un'unica entità di mercato. Poiché avrebbero assai facile accesso alle informazioni che potrebbero corroborare tale asserzione, i membri del gruppo devono produrre prove tali da confutare un'accusa di posizione dominante basata sull'esistenza di loro politiche dei prezzi comuni. Non sono emersi elementi dinanzi al Tribunale né, attualmente, dinanzi alla Corte, che facciano ritenere che i membri della Cewal fossero attivamente in concorrenza tra loro sulla qualità dei servizi offerti ai caricatori.

35. Pertanto respingerei l'argomento secondo cui la Commissione o il Tribunale, richiamandosi ad elementi che possono altresì configurare un comportamento concordato ai sensi dell'art. 85, si sono basati su prove che non potevano essere utilizzate come tali per accertare l'esistenza di una posizione dominante congiunta ai sensi dell'art. 86. Tuttavia, occorre ancora esaminare il carattere sufficiente della motivazione della decisione e la censura secondo cui il Tribunale l'avrebbe illegittimamente integrata.

D — *Il carattere sufficiente della motivazione*

36. Le ricorrenti non hanno espressamente sollevato dinanzi al Tribunale la questione della carenza di motivazione, né in riferimento all'art. 190 del Trattato né altrimenti. Esse hanno invece sostenuto che i motivi addotti nella decisione, effettivamente limitati all'esistenza dell'accordo di conferenza, non bastavano a giustificare l'accertamento di una posizione dominante collettiva. Su questa base, il Tribunale ha attribuito alle ricorrenti un motivo relativo alla «carenza di motivazione» (punto 59).

37. Nella presente causa, le ricorrenti lamentano che il Tribunale non ha risposto ai loro argomenti, ma ha integrato la motivazione della Commissione, vale a dire ha fornito motivi a sostegno dell'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva diversi da quelli fatti valere dalla Commissione. In particolare, esse contestano il fatto che il Tribunale si sia basato sulla decisione «nel suo insieme» (punto 66) e la sua conclusione secondo cui «oltre agli accordi conclusi tra le compagnie marittime e costitutivi della conferenza Cewal (...) esistevano tra dette compagnie legami tali da far adottare loro una linea d'azione uniforme sul mercato» (punto 67).

38. La Commissione sostiene che il Tribunale si è basato esclusivamente su elementi contenuti nella decisione, che l'uso del termine «oltre» significa che gli accordi della conferenza erano tali che il comportamento dei membri della Cewal andava esaminato collettivamente e che non poteva contestarsi al Tribunale il fatto di essersi riferito ad altre parti della decisione per dimostrare che altri elementi di fatto addotti dalla Commissione rafforzavano la conclusione cui esso era giunto.

39. E' opportuno descrivere brevemente la struttura delle parti della decisione relative alla posizione dominante collettiva, prima di richiamarsi alla giurisprudenza pertinente. I punti 49-51 riguardano l'applicabilità dell'art. 86 alle conferenze marittime. Il punto 49 recita:

«L'articolo 8 del regolamento (CEE) n. 4056/86 prevede la possibilità di un abuso di posizione dominante da parte delle conferenze marittime. Il Tribunale di primo grado delle Comunità europee ha del resto citato le conferenze marittime come esempio di accordi tra entità economicamente indipendenti che consentono legami economici tali da conferire loro per tale motivo una posizione dominante congiunta rispetto agli altri operatori sul medesimo mercato[38]. L'accordo tra i membri di Cewal è un accordo di questo tipo».

Al punto 52 si rileva che i servizi di linea (cui si fa riferimento ai punti 8-12 della decisione) «costituiscono il mercato dei servizi di riferimento». Nei punti 53-56 viene esaminato il mercato geografico e si conclude che «l'insieme delle rotte marittime tra lo Zaire e i porti dell'Europa settentrionale serviti dai membri di Cewal costituisce un mercato specifico». Nei punti 57-60 si esamina la posizione dominante della Cewal mediante riferimento alla quota di mercato. Quindi il punto 61 è così formulato:

«Considerati tali elementi la Commissione conclude nel senso che Cewal dispone di

38 — La decisione cita la summenzionata sentenza «vetro piano».

una posizione dominante ai sensi dell'articolo 86 sull'insieme delle rotte marittime che gestisce tra l'Europa del Nord e lo Zaire. Tale posizione dominante è detenuta congiuntamente dai membri di Cewal per effetto dell'accordo di conferenza che li unisce e che instaura legami economici estremamente stretti tra di loro, come conferma ad esempio l'esistenza di una tariffa comune».

40. Pertanto, soltanto nel punto 61 (e in una certa misura nel punto 49) viene espressamente esaminata la natura congiunta o collettiva della posizione dominante della Cewal, e, nel primo, si giunge ad una conclusione sulla base del fatto che i membri della Cewal sono uniti «per effetto dell'accordo di conferenza (...)».

41. Letta isolatamente, tale motivazione addotta a sostegno dell'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva risulta laconica. Essa non tiene espressamente conto degli elementi citati dal Tribunale al punto 67 della sentenza impugnata e non vi si afferma che i membri della Cewal agivano sul mercato alla stregua di un'entità singola o comune. Dai punti della decisione relativi all'analisi del mercato risulta però molto chiaramente che la Cewal è considerata tale, ad esempio, da poter «agire indipendentemente dai suoi concorrenti e dai suoi clienti (...)» [39]. Gli ulteriori elementi citati dal Tribunale sono tratti dall'ultima parte della decisione (punti 63 e ss.), dedicata all'accertamento dell'abuso.

39 — Punto 60 della decisione.

42. Occorre considerare la questione se sia ammissibile integrare la conclusione relativa all'esistenza di una posizione dominante congiunta facendo riferimento ad elementi indicati nella medesima decisione in relazione all'accertamento dell'abuso di detta posizione. Così facendo, non posso che osservare che sarebbe stato più utile che la Commissione, nel concludere nel senso dell'esistenza di un'entità economica unica o congiunta, avesse affrontato in modo più esplicito la questione dei vincoli economici.

43. La formulazione classica dell'obbligo delle istituzioni comunitarie di motivare le loro decisioni esponendo i principali punti di fatto e di diritto sui quali esse si fondano si trova nella sentenza Remia/Commissione [40]:

«[B]enché a norma dell'art. 190 del trattato la Commissione debba menzionare gli elementi di fatto da cui dipende la motivazione della decisione e le considerazioni giuridiche che l'hanno indotta ad adottarla, detta norma non esige che la Commissione discuta tutti i punti di fatto e di diritto che siano stati trattati durante il procedimento amministrativo. La motivazione di un atto che reca pregiudizio deve consentire alla Corte di esercitare il sindacato di legittimità e fornire all'interessato le indicazioni necessarie per stabilire se l'atto stesso sia fondato».

40 — Sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84 (Racc. pag. 2545, punto 26). V. l'analisi svolta nelle mie conclusioni per la sentenza 29 febbraio 1996, causa C-56/93, Belgio/Commissione (Racc. pag. I-723), paragrafi 107-109.

44. Passando in rassegna la giurisprudenza risulta che gli argomenti relativi alla carenza di motivazione delle decisioni, sebbene frequentemente addotti, raramente sono stati accolti [41]. Quando ciò è accaduto, la censura mossa alla motivazione consisteva spesso, in realtà, nel constatare che la decisione era viziata dal punto di vista sostanziale. Un esempio di caso in cui tale censura è stata mossa con successo è costituito dalla sentenza Leeuwarder [42], in cui la Corte ha ritenuto la motivazione gravemente carente nell'analisi del mercato.

45. La funzione della motivazione è chiarita nella seconda frase della citazione tratta dalla sentenza Remia. Si tratta di un requisito sostanziale, e non «di pura forma» [43]. Essa è diretta a garantire che le parti interessate e quindi la Corte siano sufficientemente informate sul fondamento di fatto e di diritto della decisione controversa così da essere in grado di tutelare i propri interessi. Nella sentenza Belgio/Commissione, ad esempio, la Corte ha affermato che un elemento di fatto omesso dalla decisione della Commissione che era in esame era stato menzionato sia nella sentenza della Corte di annullamento di una precedente decisione della Commissione sulla stessa materia, sia nelle relative conclusioni dell'avvocato generale, nonché nella comunicazione della Commissione che riapriva il procedimento amministrativo. Su tale base, la Corte ha concluso che «gli interessati sono stati messi in grado di conoscerli e di far valere dinanzi alla Corte il loro punto di vista a tale proposito» [44]. La Corte può ammettere che gli interessi di un soggetto leso siano sufficientemente tutelati se questi è in grado di acquisire in modo autonomo le informazioni sulle quali si è basata la Commissione [45], come, ad esempio, attraverso la sua partecipazione al procedimento amministrativo [46].

46. Quand'anche la decisione della Commissione non reggesse ad un rigoroso controllo logico, la questione fondamentale è una questione di correttezza. Le ricorrenti non possono realisticamente sostenere di essere state lese dal fatto che il Tribunale si è basato su elementi contenuti nella decisione in ordine all'abuso per suffragare la conclusione relativa all'esistenza di una posizione dominante collettiva, quando

41 — V., ad esempio, sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione (Racc. pag. 3461, punto 14; in prosieguo: la «sentenza Michelin»); 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBBB/Commissione (Racc. pag. 19, punto 19); 22 gennaio 1986, causa 250/84, Eridania e a. (Racc. pag. 117, punto 17), e 2 febbraio 1988, cause riunite 67/85, 68/85 e 70/85, Van der Kooy e a./Commissione (Racc. pag. 219, punto 71).

42 — Sentenza 13 marzo 1985, cause riunite 296/82 e 318/82, Paesi Bassi e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissione (Racc. pag. 809, punti 19-26); v., in particolare, il punto 24, in cui la Corte ha affermato che, per quanto riguarda l'esigenza di provare che l'aiuto statale in discussione pregiudicasse il commercio tra gli Stati membri, la decisione della Commissione controversa in quella causa, non conteneva, tra l'altro, «la minima indicazione relativa alla situazione del mercato considerato».

43 — Sentenza 4 luglio 1963, causa 24/62, Germania/Commissione (Racc. pag 127, in particolare pag. 140).

44 — Sentenza Belgio/Commissione, citata supra, nota 40, punto 89. V. al riguardo le mie conclusioni nella detta causa, paragrafo 109.

45 — Sentenza 28 ottobre 1981, cause riunite 275/80 e 24/81, Krupp/Commissione (Racc. pag. 2489, in particolare punto 13).

46 — Sentenza 4 luglio 1996, causa C-50/94, Grecia/Commissione (Racc. pag. I-3331, punto 9).

tutti gli elementi in esame sono menzionati nel testo della decisione e sono comunque stati discussi nel corso del procedimento amministrativo [47].

E — *Conclusione*

47. Pertanto, propongo di respingere il motivo di impugnazione relativo all'accertamento di una posizione dominante collettiva.

V — Gli abusi confermati a carico della Cewal

48. Passo ora ad esaminare, per ordine, gli argomenti dedotti dalle ricorrenti in relazione ai pretesi abusi commessi dai membri della Cewal.

A — *L'abuso dell'Ogefrem*

i) Sfondo

49. All'art. 2 della decisione, la Commissione ha rilevato che, allo scopo di estromettere il suo concorrente, la Cewal aveva, tra l'altro, abusato della sua posizione dominante «partecipando all'esecuzione dell'accordo di cooperazione con Ogefrem e invitando [48] in modo reiterato e con atti diversi al suo rigoroso adempimento». Tale affermazione va letta alla luce dei punti 20-27 e 63-72 della decisione, dai quali risulta che la Commissione ha ritenuto che il comportamento della Cewal rispetto all'accordo Ogefrem fosse diretto ad impedire e/o a frenare la comparsa della concorrenza sul mercato dei trasporti marittimi tra lo Zaire e il Nord Europa. Innanzi tutto, al punto 63 della decisione, la Commissione fa valere il principio secondo cui le imprese dominanti non devono adottare comportamenti atti ad ostacolare il mantenimento del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza [49] sul mercato in cui hanno una posizione dominante. In secondo luogo, al punto 64, essa esprime il parere, ribadito all'art. 2 della decisione, secondo cui la condotta abusiva della Cewal consisteva nella sua partecipazione attiva all'attuazione dell'accordo Ogefrem e nelle reiterate richieste

47 — La presente causa, pertanto, non rientrerebbe nemmeno nella categoria esaminata dall'avvocato generale Léger nella causa C-301/93 P, BPB Industries e British Gypsum (Racc. 1995, pag. I-865; in prosieguo: la «sentenza British Gypsum»), il cui ragionamento a questo proposito, che riguardava casi in cui le motivazioni erano «confermate» da «precisazioni» fornite dalla Commissione durante le fasi orale e scritta del procedimento dinanzi al giudice comunitario, è stato, tra l'altro, seguito dalla Corte (v. punto 11 della sentenza). L'avvocato generale ha sostenuto la tesi secondo cui «precisare un punto suppone chiaramente che tale punto sia *contenuto* nella decisione e questo è proprio quel che accade nel caso di specie» (paragrafo 24 delle conclusioni).

48 — Il termine «requesting» («invitando») è omesso, in realtà, a causa di una svista, nel testo inglese dell'art. 2 della decisione. Tuttavia, dai testi pubblicati nelle altre versioni linguistiche della decisione risulta chiaramente che il testo inglese va letto come se tale verbo fosse presente. Inoltre, nella versione inglese della decisione notificata alle ricorrenti [v. documento della Commissione C(92) 3253 def. del 23 dicembre 1992], che esse hanno allegato alle loro osservazioni dinanzi al Tribunale, all'art. 2 compare il termine «requesting».

49 — La Commissione fa riferimento alla sentenza Hoffmann-La Roche (citata alla precedente nota 17).

all'Ogefrem affinché si conformasse all'art. 1 dello stesso, il tutto per ottenere «l'eliminazione del suo unico concorrente nel traffico». Rilevando che la preesistente posizione dominante della Cewal era stata «rafforzata» dall'accordo con Ogefrem (punto 65), al punto 66 la Commissione ha asserito che la Cewal aveva «costantemente esercitato pressioni su Ogefrem per costringerlo ad attenersi all'accordo al fine di ottenere l'eliminazione del suo principale concorrente».

50. La Commissione ha disatteso l'argomento addotto a sua difesa dalla Cewal secondo cui essa era stata costretta a svolgere tali pratiche a seguito di obblighi impostile dai pubblici poteri. Essa ha inoltre respinto la tesi difensiva della Cewal secondo cui il comportamento censurato esulerebbe dal campo di applicazione dell'art. 86, in quanto si dovrebbe ritenere che l'accordo Ogefrem comprendesse obblighi imposti dai pubblici poteri o, in pratica, da una normativa statale; a parere della Commissione, l'accordo era un'intesa consensuale per il «controllo del traffico in oggetto» e poteva essere risolto dalle parti «salvo preavviso» (punto 70). Infine, essa ha sottolineato «che la vigente regolamentazione dello Zaire non impone nemmeno agli armatori membri delle conferenze di porre in essere sistemi con lo scopo di garantire che i carichi siano diretti alle loro navi, escludendo le compagnie indipendenti» e ha quindi concluso che «la conclusione dell'accordo e le diffide di Cewal ad adempierlo non derivano da obblighi imposti dai pubblici poteri» (punti 71 e 72).

51. Nel loro ricorso dinanzi al Tribunale, le ricorrenti hanno sostenuto che il comportamento loro addebitato dalla Commissione non poteva configurare una violazione dell'art. 86 del Trattato. Esse hanno sostenuto, tra l'altro, che l'accordo Ogefrem costituiva un accordo di concessione in forza del quale le autorità zairesi avevano attribuito loro un diritto esclusivo, che l'art. 86 del Trattato non vietava loro di prendere iniziative per garantire il rispetto di detto diritto e, in ogni caso, che la mera esortazione ad agire nei confronti di un governo non poteva costituire un abuso ai sensi dell'art. 86. Nella replica esse hanno anche sostenuto che la decisione violava i loro diritti della difesa, in quanto nella comunicazione degli addebiti la Commissione le aveva inizialmente accusate anche di abusare della loro posizione dominante ottenendo, mediante la conclusione dell'accordo Ogefrem, il diritto esclusivo in questione, addebito che non è stato mantenuto nella decisione.

52. Nel suo controricorso dinanzi al Tribunale, la Commissione ha sostenuto che l'accordo Ogefrem era sinallagmatico, vale a dire di natura consensuale, e ha sottolineato che l'unico abuso della Cewal da essa accertato consisteva nei suoi sforzi diretti a difendere il diritto concessole in esclusiva in forza dell'accordo. Nella controreplica, la Commissione ha affermato che gli argomenti delle ricorrenti relativi alla pretesa violazione dei diritti della difesa erano irricevibili in quanto costituivano un motivo nuovo ai sensi dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale e, inoltre, infondato in quanto non vi era alcuna differenza sostanziale tra la comunicazione degli addebiti e la decisione, in quanto le ricorrenti erano state ritenute

responsabili, nella seconda, di una parte soltanto degli addebiti loro mossi nella prima.

53. Nella sentenza impugnata, il Tribunale ha anzitutto osservato che la causa riguardava l'asserito abuso di posizione dominante da parte dei membri della Cewal e che «siccome si discute soltanto di un comportamento unilaterale della Cewal, la natura esatta dell'accordo concluso tra questa e l'Ogefrem non è determinante ai fini dell'applicazione dell'art. 86 del Trattato» (punto 103). Richiamandosi alla sentenza Bodson [50], esso ha dichiarato che, anche se l'accordo Ogefrem dovesse essere considerato alla stregua di un accordo che attribuisca una concessione alla Cewal, «ciò non è sufficiente ad escludere un comportamento abusivo da parte sua». Ciò perché il Tribunale, mediante riferimento al primo ed al secondo paragrafo dell'accordo Ogefrem, aveva maturato la convinzione che la Cewal avrebbe potuto consentire deroghe al diritto concessole in esclusiva dall'accordo. Pertanto, quand'anche si dovesse ritenere che l'accordo costituisse una concessione di diritto pubblico, dato che esso «comporta[va] un dispositivo di apertura alla concorrenza» mediante il quale i membri della Cewal potevano «adeguare la sua attuazione ai precetti dell'art. 86 del Trattato», non v'era «conflitto fra il Trattato e l'accordo» (punto 104).

54. Di conseguenza, il Tribunale ha affermato che «la decisione si concentra sull'analisi dell'atteggiamento della Cewal nell'esecuzione dell'accordo» (punto 105). Rilevando che le ricorrenti non contestavano la constatazione che vi erano stati «interventi presso l'Ogefrem per ottenere l'estromissione di G e C dal mercato», esso ha proceduto a valutare come essi dovessero essere qualificati. Il Tribunale ha anzitutto fatto riferimento alla «particolare responsabilità» di un'impresa in posizione dominante «di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune» [51], per poi osservare che, sebbene un'impresa siffatta abbia la facoltà «entro limiti ragionevoli, di compiere gli atti che essa ritenga opportuni» per «tutelare i propri interessi commerciali qualora questi siano insidiati» [52], essa non può in questo modo cercare di rafforzare la sua posizione dominante. Applicando questi principi al comportamento della Cewal, il Tribunale ha affermato che «un'impresa in posizione dominante che gode di un diritto di esclusiva, con la possibilità di deroghe soggette alla sua approvazione, è tenuta a fare un uso ragionevole del diritto di veto attribuitole dall'accordo in relazione all'accesso di terzi al mercato»; sulla base degli elementi di fatto a sua disposizione, essa ha constatato che «i membri della Cewal non si sono comportati in questo modo» (punto 108). Esso ha pertanto ritenuto che «legittimamente la Commissione ha considerato che i membri della Cewal, partecipando attivamente all'attuazione dell'accordo con l'Ogefrem ed esigendo reiteratamente la rigorosa osservanza dello stesso, nell'ambito di un piano volto ad estromettere l'unico armatore indipendente che l'Ogefrem aveva autorizzato ad accedere al mercato, abbiano violato l'art. 86 del Trattato» (punto 109). Il Tribunale ha altresì respinto in quanto

50 — Citata, supra, nota 26.

51 — Punto 106, in cui si cita la sentenza 6 ottobre 1994, causa T-83/91, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. II-755, punto 114).

52 — Punto 107, in cui si cita la sentenza del Tribunale 1° aprile 1993, causa T-65/89, BPB Industries e British Gypsum/Commissione (Racc. pag. II-389, punto 69).

«non pertinente» l'argomento delle ricorrenti secondo cui il fatto di esortare un governo ad agire non può costituire un abuso, «giacché tale pratica non viene addebitata nel caso di specie» (punto 110). Infine, esso ha dichiarato irricevibile l'argomento addotto dalle ricorrenti in relazione alla differenza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione quanto all'asserita natura abusiva della conclusione dell'accordo Ogefrem, ma ha anche ritenuto che la differenza in questione non poteva aver leso i diritti delle ricorrenti (punto 113).

ii) Sintesi delle osservazioni presentate nell'ambito dell'impugnazione

55. In relazione a questo motivo di impugnazione, le ricorrenti adducono quattro argomenti principali. Anzitutto, esse asseriscono, in via principale, che il Tribunale ha violato i loro diritti della difesa, sostituendo all'addebito mosso nella decisione in ordine alla Ogefrem un addebito del tutto nuovo, relativo all'asserzione secondo cui esse non avrebbero esercitato in maniera ragionevole il loro diritto di veto. A loro parere, esiste una differenza fondamentale tra chiedere ad un'autorità pubblica di agire e porle formalmente un «veto» ad agire, in quanto l'esistenza di un diritto di veto si riferisce ad una situazione in cui il soggetto che detiene quest'ultimo ha un «potere di blocco». In secondo luogo, le ricorrenti affermano che questa riformulazione dell'addebito ha consentito al Tribunale sia di ignorare la duplice natura dell'addebito inizialmente mosso contro di loro nella comunicazione degli addebiti e confermato nella decisione (benché in forma diversa) sia di considerare ingiustamente irrilevante la loro affermazione secondo cui la semplice esortazione ad agire rivolta ad un governo non può costituire un abuso di posizione dominante. In terzo luogo, le ricorrenti sostengono che, poiché il Tribunale ha considerato che ai membri della Cewal non era contestato il fatto di non aver risolto l'accordo né di aver esortato un governo ad agire, esso non poteva, senza contraddirsi, essere giunto alla conclusione che la Commissione poteva legittimamente ritenere che la loro partecipazione attiva all'attuazione dell'accordo costituisse un abuso. In quarto luogo, esse sostengono che il fatto di non aver rinunciato all'esercizio di diritti di esclusiva non può aver costituito una violazione dell'art. 86.

56. La Commissione nega che vi sia stata una violazione dei diritti della difesa delle ricorrenti. Essa sostiene che il riferimento del Tribunale all'«uso del diritto di veto» costituisce soltanto una diversa spiegazione dell'accertamento contenuto nella decisione secondo cui l'abuso comprendeva gli sforzi compiuti dalla Cewal per ottenere dall'Ogefrem il rispetto delle condizioni stabilite nell'accordo Ogefrem. La Commissione osserva che non costituivano abuso né la conclusione dell'accordo Ogefrem né la sua mancata risoluzione da parte della Cewal. La dottrina dell'«atto di sovranità», sulla quale si basano le ricorrenti, non era pertinente in quanto l'accordo consentiva ai membri della Cewal, come ha affermato il Tribunale, di conformarsi alle regole di concorrenza comunitarie, mentre nemmeno il principio di «Noer-Pennington» [53] era pertinente, in quanto non era stato mosso alcun addebito riguardante un'esortazione ad agire rivolta al governo.

53 — Si tratta di un altro principio statunitense diretto a tutelare la semplice comunicazione di informazioni ad autorità statali al fine di influenzarne l'attività legislativa o esecutiva.

iii) Analisi dei motivi delle ricorrenti

a) I diritti della difesa

57. Credo che le ricorrenti abbiano male interpretato la sentenza impugnata, ritenendo che essa muova loro un addebito nuovo, quello di non avere esercitato in modo ragionevole il loro diritto di veto. Al punto 109 (citato sopra, al paragrafo 54), il Tribunale ha espressamente confermato le principali considerazioni della Commissione sui comportamenti abusivi relativi all'accordo Ogefrem. Nel corso della precedente analisi, in particolare al punto 105, il Tribunale ha riassunto il comportamento della Cewal nell'attuazione dell'accordo Ogefrem, come illustrato nella decisione, e ha continuato richiamando gli incontestabili principi che devono disciplinare il comportamento delle imprese in posizione dominante.

58. I riferimenti da parte del Tribunale al «diritto di veto» non incidono sulla qualificazione dell'abuso, che consiste sempre nell'esortazione attiva alla rigorosa osservanza del diritto di esclusiva della Cewal. Il Tribunale, tuttavia, era disposto ad ammettere, pur senza dichiararlo, che l'accordo Ogefrem equivaleva ad una concessione di diritto pubblico e, sulla base di tale premessa, a rilevare che esso conteneva in sé un meccanismo in grado di risolvere qualunque conflitto tra il Trattato e l'accordo, considerato alla stregua di una concessione di diritto pubblico. Il riferimento al «diritto di veto», pertanto, non costituisce la descrizione di un abuso, ma piuttosto una risposta all'argomento addotto dalle ricorrenti secondo cui il loro comportamento era stato in qualche modo imposto loro dalle condizioni della pretesa concessione di diritto pubblico.

59. Pertanto, respingerei il primo argomento delle ricorrenti, vale a dire quello secondo cui il Tribunale, contestando loro un nuovo addebito, quello di non aver esercitato in modo ragionevole il loro diritto di veto, avrebbe leso i loro diritti della difesa.

b) Il motivo relativo all'esortazione ad agire rivolta ad un governo

— Introduzione

60. Il semplice fatto che non sia avvenuta alcuna violazione dei diritti della difesa delle ricorrenti non basta però ancora per decidere sul loro ricorso contro la sentenza del Tribunale, in quanto esse hanno anche contestato la correttezza giuridica della qualificazione del loro comportamento come abusivo. L'impostazione del Tribunale solleva, in relazione al secondo motivo, la questione se fosse corretto ritenere irrilevante l'esatta natura dell'accordo e, di conseguenza, se fosse giusto negare la possibilità che il censurato comportamento della Cewal potesse semplice-

mente consistere in una forma di pressione da essa esercitata sul governo.

61. La sentenza impugnata prescindeva del tutto dalla natura dell'accordo Ogefrem. Il Tribunale era convinto che, indipendentemente dall'esatta natura giuridica dell'accordo, i membri della Cewal godessero di una certa autonomia e di una certo potere discrezionale quanto alla sua attuazione.

62. E' principio consolidato che alle imprese in posizione dominante, poiché la loro sola presenza su un mercato conduce ad un affievolimento della concorrenza, è preclusa l'adozione di comportamenti che potrebbero essere irreprensibili se adottati da imprese non in posizione dominante [54]. Ciò è vero a fortiori quando, come nel caso in esame, le ricorrenti detengono una posizione di quasi monopolio [55]. Tuttavia, l'ambito di applicazione effettivo della suddetta responsabilità particolare «deve essere valutato alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto, le quali riflettano una situazione di concorrenza affievolita» [56].

54 — Sentenze Hoffmann-La Roche, loc. cit., punto 120, e Michelin, loc. cit., punto 57.

55 — Sentenza Hoffmann-La Roche, loc. cit., punto 39.

56 — Sentenza 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. I-5951, punto 24; in prosieguo: la «sentenza Tetra Pak II»).

— La pertinenza della dottrina dell'«atto di sovranità»

63. Le ricorrenti sostengono che il loro comportamento andrebbe qualificato tutt'al più come un tentativo di esercitare pressioni sulle autorità dello Zaire per il rispetto di una concessione di diritto pubblico. All'udienza, la Commissione non ha contestato il fatto che un comportamento consistente nella semplice esortazione, nei confronti del governo di uno Stato terzo, ad agire in un determinato modo non poteva essere descritto come un abuso di posizione dominante. Tuttavia, all'udienza la Commissione ha sostenuto che nella presente causa le ricorrenti erano parti di un contratto commerciale che comprendeva obblighi e benefici reciproci e che l'insistenza nel chiedere il rispetto dei termini del contratto stesso era qualcosa di più di semplici pressioni.

64. Al punto 110 della sentenza impugnata il Tribunale ha dichiarato che

«L'argomento delle ricorrenti secondo cui il fatto di esortare un governo ad agire non può costituire abuso non è pertinente, giacché tale pratica non viene addebitata nel caso di specie».

Non credo che la questione possa essere risolta con tanta facilità. L'abuso di cui la

Cewal è stata ritenuta responsabile consisteva in tentativi diretti ad ottenere l'adempimento dell'accordo Ogefrem. Le ricorrenti ribattono che tali tentativi non possono equivalere ad un abuso, in quanto consistevano nella semplice esortazione ad agire diretta a un governo. Il fatto che la Commissione non l'abbia qualificata come tale non può incidere sul suo carattere sostanziale.

65. Propongo pertanto di prendere in considerazione, in quanto necessario, la censura delle ricorrenti relativa al fatto che il Tribunale non ha esaminato il loro argomento secondo cui l'accordo Ogefrem era, secondo l'inusuale espressione utilizzata dalla Commissione, un accordo sinallagmatico, vale a dire consensuale. Le constatazioni fondamentali sono contenute ai punti 70-72 della decisione, così formulati:

«70. L'accordo tra Ogefrem e Cewal di cui al punto 24 non può essere considerato una regolamentazione nazionale che obbliga i membri di Cewal ad agire nel modo accertato. Viceversa, come indica la sua denominazione e il suo contenuto, l'accordo come tale non è una normativa statale, essendo un accordo che crea per le parti obbligazioni in ordine al controllo del traffico in oggetto e consente loro di risolverlo salvo preavviso. Comunque, esso è stato accettato da Cewal che ha spinto Ogefrem con insistenza a rispettarlo per ottenere l'eliminazione del suo principale concorrente.

71. Inoltre occorre sottolineare che la vigente regolamentazione dello Zaire non impone nemmeno agli armatori membri delle conferenze di porre in essere sistemi con lo scopo di garantire che i carichi siano diretti alle loro navi, escludendo le compagnie indipendenti.

72. Ne risulta che la conclusione dell'accordo e le diffide di Cewal ad adempierlo non derivano da obblighi imposti dai pubblici poteri».

66. Le ricorrenti fanno valere, in particolare, taluni principi sviluppati dalla giurisprudenza antitrust degli Stati Uniti d'America. Esse ammettono che detti principi non sono stati elaborati nel diritto comunitario. In sostanza, questa parte dell'argomentazione delle ricorrenti dipende dalla dimostrazione da parte loro che l'accordo Ogefrem rappresenta un atto con cui il governo dello Zaire ha esercitato il suo potere sovrano.

67. Le ricorrenti hanno fatto valere dinanzi al Tribunale che la semplice esortazione ad

agire diretta ad uno Stato non può equivalere ad un abuso di posizione dominante. Secondo la dottrina dell'«atto di sovranità» associata al principio di cortesia internazionale, risulta che i giudici degli Stati Uniti hanno considerato che gli atti di esortazione o persuasione (anche illeciti) nei confronti di un potere sovrano non rientrano nel campo di applicazione della normativa antitrust [57]. Data la mia opinione circa la natura dell'accordo Ogefrem, non occorre che io discuta ulteriormente questo principio. Naturalmente, è chiaro che il semplice fatto che uno Stato membro crei un monopolio legale concedendo diritti esclusivi non contrasta con l'art. 86 [58]. Evidente corollario di questo principio è il fatto che anche agire in modo tale da persuadere uno Stato membro a creare un monopolio del genere esula dal campo di applicazione dell'art. 86. La Corte, tuttavia, ha anche chiarito che «siffatte imprese restano soggette alle norme del trattato in fatto di concorrenza ed in particolare a quelle contenute nell'art. 86» [59]. Si può supporre che, per estensione, i suddetti principi si applichino anche all'istituzione di monopoli legali da parte di governi stranieri. L'art. 9 del regolamento del 1986 potrebbe pertanto essere pertinente ai fini della soluzione di qualsiasi conflitto con le regole di concorrenza comunitarie.

68. Il principio dell'«atto di sovranità» non si applicherà, tuttavia, qualora l'accordo Ogefrem non sia un atto unilaterale di un potere sovrano bensì costituisca sostanzialmente e realmente, come ha ritenuto la Commissione, un accordo consensuale. A tal fine, non mi pare abbia rilievo il fatto che, come senz'altro giustamente hanno osservato le ricorrenti, l'Ogefrem non sia un'impresa ai sensi degli artt. 85 e 86. Anzitutto, l'asserito abuso consiste in pressioni per il rispetto dell'esclusiva attribuita dall'accordo, e non per la conclusione di questo. In secondo luogo, l'applicazione dell'art. 86 ad un'impresa in posizione analoga a quella della Cewal non dipende dalla circostanza che l'accordo Ogefrem costituisca un accordo ai sensi dell'art. 85.

69. Alla luce di quanto precede, riassumerei brevemente l'argomentazione delle ricorrenti in ordine al carattere di «atto di sovranità» dell'accordo, quale esposta nelle voluminose memorie presentate dinanzi al Tribunale e dinanzi alla Corte.

70. Anzitutto, le ricorrenti attribuiscono grande importanza al codice dell'UNCTAD del 1974, entrato in vigore nel 1983, cui ho fatto riferimento al precedente paragrafo 5. Il regolamento (CEE) del Consiglio n. 954/79 [60] riguarda la ratifica del codice da parte degli Stati membri. Il codice prevede, all'art. 2, la distribuzione del traffico di una conferenza marittima tra due Stati

57 — Esse hanno citato, a titolo di esempio, la sentenza *American Banana/United Fruit Co* 213 US 347, 358 (1909) ed una decisione della Federal Court della California nella causa *Occidental Petroleum Corp./Battes Gas & Oil Co* 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971), confermata per curiam, 461 F.2d1261 (9th CIR) certiorari negato, 409 US 950 (1972).

58 — V., tra l'altro, sentenze 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM (Racc. pag. 3261, punto 17; in prosieguo: la «sentenza Télémarketing»), e 18 giugno 1998, causa C-266/96, Corsica Ferries (Racc. pag. I-3949, punto 40).

59 — Sentenza Télémarketing (citata alla precedente nota 58, punto 17).

60 — Regolamento (CEE) del Consiglio 15 maggio 1979, n. 954, concernente la ratifica da parte degli Stati membri della convenzione delle Nazioni Unite relativa al codice di comportamento per le conferenze marittime o l'adesione di tali Stati alla convenzione (GU L 121, pag. 1).

serviti da quest'ultima conformemente ad un criterio detto «criterio del 40: 40: 20». Detto traffico va ripartito per il 40% ciascuna tra le compagnie di navigazione nazionali dei due Stati dai quali e per i quali sono diretti i traffici, mentre il restante 20% viene attribuito a compagnie di paesi terzi facenti parte della conferenza. E' pacifico che da lunga data sono sorte divergenze di punti di vista quanto alla corretta interpretazione del codice tra gli Stati firmatari dell'OCSE ed alcuni Stati africani, tra i quali lo Zaire. I primi hanno sostenuto che sia la chiara formulazione del codice che il suo contesto dimostrano che esso è applicabile soltanto al traffico delle conferenze marittime. I secondi hanno sostenuto che l'applicazione del codice si estende a tutti i traffici di linea.

71. Le ricorrenti hanno riferito in dettaglio le iniziative intraprese da taluni Stati africani e, in particolare dallo Zaire, al fine di imporre la loro interpretazione per proteggere le compagnie marittime nazionali. Lo Zaire ha creato l'Ogefrem come organo dotato di personalità giuridica pubblica nel 1980. Esso è divenuto operativo nel 1983 in forza della «Ordonnance Presidentielle n. 80-256». I suoi compiti comprendevano il controllo dei carichi e la negoziazione dei tassi di nolo, la tutela della redditività della compagnia di armamento nazionale, la Compagnie maritime zaïroise (in prosieguo: la «CMZ»), e la difesa degli interessi marittimi dello Zaire.

72. Un ulteriore atto legislativo, l'«arrêté d'exécution» n. 001-83 del 17 gennaio 1983, applicava il criterio dell'UNCTAD del 40: 40: 20 alla ripartizione di tutti i carichi. La Cewal ed altri gruppi rappresentanti degli interessi di compagnie europee, gli Stati membri e la Commissione hanno profuso notevoli ma infruttuosi sforzi, politici e di altra natura, per ottenere l'inversione o la correzione di tale politica.

73. Dal 1984 l'Ogefrem ha imposto alla Cewal una serie di oneri finanziari e amministrativi aggiuntivi, compresa la costituzione, da parte di ciascun membro della Cewal, di una cauzione pari a 10 000 USD e il pagamento di una commissione del 3% sul tasso di nolo a pretesa tutela della partecipazione della CMZ al 40% del carico.

74. Alla luce di quanto sopra, la Cewal afferma che l'accordo Ogefrem le è stato «imposto». Essa cita le clausole dell'accordo soprattutto per dimostrare che ciò «risulta», tra l'altro, dall'«Ordonnance 80-256», ed afferma che non avrebbe potuto resistere all'imposizione, da parte di un governo la cui politica era vitale per i suoi affari, di un accordo che dava attuazione a tale politica.

75. La Commissione, pur non contestando la maggior parte dei fatti esposti, sostiene che l'accordo Ogefrem non ha il carattere

di un «atto di sovranità» imposto, ma costituisce un accordo che impone obblighi vicendevoli e concede benefici reciproci.

— La vera natura dell'accordo Ogefrem

76. In primo luogo, la Commissione asserisce che le ricorrenti commettono un errore logico fondamentale per quanto riguarda il codice. Essa rileva che l'applicazione del criterio dell'UNCTAD del 40: 40: 20 a tutto il traffico di linea e la quota di traffico di linea coperta dalle conferenze sono questioni completamente diverse, così che non esiste alcun nesso logico tra la partecipazione delle compagnie nazionali africane alla loro intera quota di mercato e qualunque esclusiva delle conferenze. In breve, la garanzia del 40% dell'insieme dei carichi alle suddette compagnie non significa che tutto il restante 60% debba andare ai membri delle conferenze marittime.

77. Quanto ai termini dell'accordo Ogefrem, la Commissione fa riferimento alle disposizioni relative alla risoluzione unilaterale ad opera delle parti con preavviso di un anno, al deferimento delle controversie ad arbitri, nonché all'apparente successo conseguito dalla Cewal nel negoziare la riduzione del tasso di commissione dal 3% allo 0,5%. Inoltre, la Commissione respinge la qualificazione dell'accordo come concessione di diritto pubblico. Ciò presupporrebbe una normativa di legge che preveda l'attribuzione di un diritto esclusivo, e, a tale scopo, un apposito procedimento amministrativo.

78. Si deve ammettere che la politica del governo dello Zaire, comune a quella di diversi altri Stati africani, era quella di applicare il criterio dell'UNCTAD del 40: 40: 20, se necessario per legge, a tutti i carichi e non soltanto al traffico delle conferenze. A tal fine, essa ha istituito l'Ogefrem, dotandolo di ampi poteri in materia di disciplina e di controllo del trasporto marittimo dallo Zaire verso tale paese. Concordo tuttavia con la Commissione sul fatto che l'orientamento seguito dallo Zaire in ordine al criterio UNCTAD del 40: 40: 20 non giustifica il tentativo della Cewal di eliminare il traffico non appartenente alle conferenze. Gli argomenti delle ricorrenti al riguardo sono del tutto inconsistenti. Esse insistono sull'errore del governo dello Zaire nel tentare di applicare il criterio a tutto il traffico. Tuttavia, esse si ostinano anche nel voler applicare questa interpretazione a proprio vantaggio. In realtà, le loro azioni comportavano un tentativo di escludere dal mercato dello Zaire le compagnie non appartenenti ad una conferenza.

79. Inoltre, le difficoltà descritte dalle ricorrenti nel trattare con l'Ogefrem dimostrano semplicemente una certa disparità di potere contrattuale. Nonostante i numerosi problemi descritti, la Cewal intendeva continuare a gestire la linea sulla quale

aveva, come essa ammette, un monopolio di fatto. Essa aveva già accettato, anche se con riluttanza, di cedere il 40% del traffico alla CMZ, che era divenuta membro della conferenza Cewal.

80. Occorre poi passare all'esame del testo dell'accordo Ogefrem, redatto in francese. Non sono d'accordo sul fatto che la citazione dei vari atti normativi e provvedimenti dello Zaire, contenuta nel preambolo dell'accordo, sia sufficiente ad attribuire a quest'ultimo il carattere di atto sovrano dello Stato dello Zaire. Ad esempio, in tale preambolo si cita una risoluzione della conferenza ministeriale dei paesi dell'Africa Centrale e Occidentale che invita le compagnie di navigazione degli Stati membri di tale conferenza ad intraprendere azioni concordate con le conferenze marittime che servono l'Africa Centrale e Occidentale al fine di stabilizzare le tariffe del trasporto merci e di adattare i propri statuti conformandoli al codice di comportamento delle conferenze marittime. Il richiamo ai principali obiettivi dell'Ogefrem, contenuto nel preambolo, non limita neppure il carattere dell'accordo stesso. I 'considerando' introduttivi illustrano lo status e gli scopi dell'Ogefrem. Essi non definiscono il contenuto dell'accordo di «cooperazione» come un atto di sovranità avente natura di atto normativo volto ad attribuire un diritto di monopolio.

81. Nel suo dispositivo, l'accordo Ogefrem è semplicemente un accordo. La clausola di esclusiva, di cui all'art. 1, ne costituisce la parte centrale. Essa non implica l'esercizio di alcun potere legale o amministrativo. Concordo con la Commissione nel ritenere che l'accordo non identifichi alcuna base particolare per l'attribuzione di un diritto mediante una concessione di diritto pubblico. Esso, infatti, è formulato semplicemente in termini di obblighi vicendevoli o reciproci. Per il resto, il dispositivo dell'accordo impone obblighi reciproci di carattere generale, riguardanti la tenuta e lo scambio di statistiche (art. 6), la deduzione di una percentuale concordata sul nolo da versare all'Ogefrem (art. 7), la tenuta di documenti contabili (artt. 8 e 9) ed il rispetto delle tariffe concordate (art. 10). Ai sensi dell'art. 11, l'accordo era valido per un solo anno, ma automaticamente rinnovato in mancanza di preavviso di un anno ad opera di una delle due parti. Infine, l'art.12 prevede il deferimento obbligatorio delle controversie ad un collegio di tre arbitri, uno scelto da ciascuna parte e il terzo cooptato dai due arbitri così designati.

82. A mio parere, né i termini dell'accordo Ogefrem, né il contesto giuridico descritto dalle ricorrenti, né le circostanze in cui l'accordo è stato stipulato attribuiscono a quest'ultimo il carattere di atto di potere sovrano che attribuisca una forma di concessione di diritto pubblico, come sostenuto dalle ricorrenti. Pertanto, ai fini del presente procedimento non occorre stabilire il ruolo da assegnare al principio dell'atto di sovranità nell'ambito del diritto comunitario.

83. Di conseguenza, proporrei di respingere il secondo capo del motivo di ricorso relativo all'accordo Ogefrem.

c) La presunta contraddittorietà della sentenza impugnata

84. Il terzo e il quarto argomento delle ricorrenti vanno inevitabilmente disattesi, dato il parere da me espresso in relazione alla natura dell'accordo Ogefrem. Le ricorrenti contestano al Tribunale di aver adottato una motivazione contraddittoria, in quanto esso afferma nel contempo che alla Cewal non veniva addebitato il fatto di aver esortato un governo ad agire (punto 110 della sentenza) e che «legittimamente la Commissione ha considerato che i membri della Cewal, partecipando attivamente all'attuazione dell'accordo con l'Ogefrem ed esigendo reiteratamente la rigorosa osservanza dello stesso (...) abbiano violato l'art. 86 del Trattato» (punto 109). Nella sentenza non vi è contraddizione. Il Tribunale, nell'ultimo dei punti citati, non ha considerato il comportamento della Cewal come diretto ad «esortare un governo ad agire» nel senso evidenziato dalle ricorrenti. Inoltre, la mia analisi dell'accordo Ogefrem dimostra, credo, che esso in realtà non aveva il carattere di un atto di sovranità, escludendo in tal modo qualunque ipotetica contraddizione.

d) L'ammissibilità del comportamento dell'Ogefrem ai sensi dell'art. 86

85. Analoga sorte spetta al quarto argomento delle ricorrenti, secondo il quale l'art. 86 non vieta ad un'impresa cui sia stato legalmente concesso un diritto di esclusiva, di insistere per il rispetto di tale diritto. Le ricorrenti si richiamano ad una giurisprudenza consolidata della Corte secondo cui «l'esistenza di un monopolio in capo ad un'impresa alla quale uno Stato membro ha attribuito dei diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90 del trattato non è, in quanto tale, incompatibile con l'art. 86» [61]. Poiché nella fattispecie non si tratta di un monopolio del genere, la questione semplicemente non si pone. Inoltre, è opportuno richiamare a questo punto il parere del Tribunale (punti 104 e 108) secondo cui i membri della Cewal disponevano, proprio in forza dell'accordo Ogefrem, di un meccanismo di apertura alla concorrenza. Essi hanno scelto di insistere nel non avvalersi di questa possibilità.

86. Di conseguenza, respingerei anche il quarto argomento e, quindi, l'intero motivo di impugnazione relativo all'accertamento dell'abuso relativo all'accordo Ogefrem.

B — *Utilizzazione delle «fighting ships»*

i) Introduzione

87. In quanto diretto contro l'accertamento dell'abuso relativo alle «fighting ships» il

61 — Sentenza Télémarketing (citata alla precedente nota 58, punto 17). Le ricorrenti citano inoltre la sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, Sacchi (Racc. pag. 409).

ricorso in esame presenta un aspetto sostanziale ed uno procedurale.

88. La censura relativa alla procedura presenta due aspetti alternativi. Le ricorrenti sostengono, anzitutto, che nel procedimento amministrativo sono stati violati i loro diritti della difesa in quanto la Commissione, nella sua decisione, ha operato un accertamento relativo alla pratica delle «fighting ships» divergente rispetto a quello notificato nella comunicazione degli addebiti, e il Tribunale ha commesso un errore di diritto non accogliendo questa censura.

89. La Commissione ribatte che questo motivo era ed è inammissibile in quanto non dedotto nel ricorso iniziale dinanzi al Tribunale, ma solo in fase di replica.

90. La risposta delle ricorrenti a questa obiezione, fondata sull'eccezione di cui all'art. 48, n. 2, primo comma, del regolamento di procedura del Tribunale, è che soltanto con il controricorso della Commissione dinanzi al Tribunale è risultato chiaro che *esisteva* una differenza sostanziale tra la comunicazione degli addebiti e la decisione. La questione, pertanto, sarebbe sorta nel corso del procedimento.

91. Tuttavia, il Tribunale ha dichiarato (punto 140) che nessun elemento nuovo era stato introdotto nel controricorso e quest'ultimo era perfettamente conforme alla decisione.

92. In subordine, le ricorrenti sostengono che il Tribunale ha violato i loro diritti della difesa in quanto, ritenendo che non vi fosse alcuna differenza tra la decisione e il controricorso della Commissione, esso ha introdotto nel procedimento un elemento nuovo che esse non ritengono fosse compreso nella comunicazione degli addebiti. Pertanto, il fatto che esse abbiano mosso tale censura per la prima volta in sede di replica sarebbe giustificato.

ii) I motivi di impugnazione relativi alla procedura

a) Sfondo

93. Al punto 12 della comunicazione degli addebiti la Commissione ha descritto la pratica delle «fighting ships», che si asserisce attuata dalla Cewal a partire dalla primavera del 1988, come intesa ad eliminare la concorrenza della compagnia indi-

pendente (cioè la G & C) dalle rotte interessate. Le caratteristiche salienti di tale comportamento, così descritto, erano le seguenti:

— la segreteria della Cewal informava i membri della conferenza delle future partenze della G & C;

— ogni due mesi circa, si tenevano incontri di uno speciale «Fighting Ships Committee», per stabilire sia le partenze dei membri della conferenza, che avrebbero dovuto salpare alla stessa data o in prossimità della data in cui sarebbero salpate le navi della G & C, sia i «noli aggressivi» da offrire in deroga alla normale tariffa applicata dalla conferenza ai medesimi trasporti, fissandoli in relazione alle tariffe offerte dalla G & C;

— le perdite risultanti dall'applicazione di tali noli venivano ripartite tra i membri della conferenza.

Al punto 23 della comunicazione degli addebiti, la Commissione ha fatto riferimento al ricorso alla pratica delle «fighting ships», che comprendeva la programmazione delle partenze della Cewal in prossimità delle date di partenza delle navi della G & C e la creazione di un sistema di rotazione per garantire «una ripartizione delle perdite relative all'operazione» [62], ha asserito che i «noli aggressivi» venivano determinati non in funzione di criteri economici (vale a dire in relazione ai costi), ma semplicemente in modo tale che risultassero *inferiori* a quelli annunciati dalla G & C, e ha descritto tale pratica come consistente nella «fissazione di *prezzi predatori* allo scopo di eliminare un concorrente dal mercato» [63].

94. Al punto 73 della decisione, la Commissione afferma che la Cewal era ricorsa al metodo delle "fighting ships" al fine di eliminare il suo principale concorrente sulla rotta interessata. La pratica adottata consisteva nel

«(...) designare come "fighting ships" le navi Cewal la cui partenza era più vicina alla partenza delle navi G & C, nonché nel fissare prezzi "aggressivi" speciali per le navi in oggetto. I prezzi "aggressivi" concordati derogavano alla normale tariffa praticata da Cewal, ed erano determinati non in funzione di criteri economici (vale a dire corrispondentemente ai costi), ma semplicemente in modo da essere *eguali o inferiori* ai prezzi annunciati da G & C, mentre la *riduzione delle entrate* derivante da questo sistema di prezzi rispetto alla tariffa conferenziata era posta a carico di

62 — La descrizione nella versione originale francese del testo è così formulata: «un partage des pertes liées à l'opération».

63 — La descrizione nella versione originale francese del testo è così formulata: «fixation des prix prédatoires en vue d'éliminer un concurrent du marché».

tutti i membri di Cewal. Era manifestamente ammesso dai membri di Cewal che il sistema delle "fighting ships" poteva in linea di massima causare *perdite* che essi avrebbero dovuto sostenere» (il corsivo è mio).

Al punto 74 della decisione viene riportata una definizione, prevalente in dottrina, della pratica delle «fighting ships», la quale, tra l'altro, fa specifico riferimento al fatto che la partenza di queste ultime navi è fissata nello stesso giorno in cui salpano le navi del concorrente intruso. La Commissione rileva tuttavia che nella presente causa, poiché le sue navi partivano con regolarità, la Cewal, nel designare le «fighting ships», non doveva modificare gli orari prestabiliti.

95. Non vi è dunque alcun riferimento a «prezzi predatori» [64], poiché la Commissione distingue tra la pratica in questione e la fissazione unilaterale di «prezzi abusivamente bassi». Questa è la formula riflessa anche nella conclusione formale, contenuta all'art. 2, secondo cui la Cewal aveva modificato «i propri noli in deroga alle tariffe vigenti al fine di offrire noli identici o inferiori a quelli del principale concorrente indipendente per delle navi in partenza alla stessa data o in date vicine (pratica detta "fighting ships"/navi da combattimento) (...)».

64 — La decisione cita la sentenza 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione (Racc. pag. I-3359; in prosieguo: la «sentenza AKZO»).

96. Nella replica dinanzi al Tribunale, inizialmente le ricorrenti hanno asserito che non v'era alcuna differenza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione, ma hanno sostenuto che la difesa della Commissione aveva riqualificato la loro asserita condotta abusiva parlando di *designazione*, anziché di *programmazione* delle partenze delle «fighting ships», passando da perdite a «riduzioni delle entrate», ed omettendo di far riferimento alla consolidata nozione di «prezzi predatori». In relazione a tali supposte differenze, le ricorrenti hanno addotto due argomenti. Anzitutto esse sostengono che, qualora la decisione fosse correttamente basata su quella che esse chiamano la «nuova» definizione di «fighting ships», i punti pertinenti della decisione andrebbero annullati, poiché contenenti una sanzione nei confronti della Cewal per una pratica non contestatale nella comunicazione degli addebiti. In subordine, esse hanno sostenuto che quand'anche fosse in realtà basata sulla «nuova» definizione, la decisione andrebbe ugualmente annullata, in quanto sarebbe stato violato l'obbligo di motivazione di cui all'art. 190 del Trattato.

97. Nella controreplica, la Commissione ha anzitutto messo in dubbio l'ammissibilità dell'argomento relativo alla presunta discrepanza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione, in quanto sollevato (in contrasto con l'art. 48 del regolamento di procedura del Tribunale) per la prima volta nella replica. Inoltre, la programmazione di partenze specifiche coincidenti con quelle del concorrente, l'applicazione di prezzi inferiori o il fatto di subire perdite sono elementi essenziali sia della pratica delle «fighting ships» sia di un comportamento configurante un abuso in contrasto con l'art. 86 del Trattato. Per quanto

riguarda la mancanza di nesso tra la pratica delle «fighting ships» e le pratiche relative ai prezzi, censurate nella sentenza AKZO, la Commissione ha fatto riferimento al punto 80 della sua decisione, in cui ha espressamente distinto il caso in esame da quello considerato nella suddetta sentenza.

b) La sentenza impugnata

98. Il Tribunale ha esaminato il contenuto della decisione e il controricorso della Commissione (punti 138 e 140), ed ha affermato che la Commissione «lungi dall'introdurre una nuova definizione della pratica delle "fighting ships" rispetto alla decisione, [si è] invece strettamente conform[ata] a quest'ultima» (punto 140), e ha concluso che «essendo infondata la premessa del ragionamento delle ricorrenti, *entrambi* i motivi fatti valere in relazione alla nozione di "fighting ships" devono essere disattesi» (punto 140, il corsivo è mio).

c) Gli argomenti addotti nel presente ricorso

99. Il primo motivo di ricorso dinanzi alla Corte riguarda l'asserita differenza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione. Pertanto, occorre anzitutto esaminare la ricevibilità di questo motivo.

100. Nella sua comparsa di risposta, la Commissione, sostenuta dall'interveniente, rileva che il Tribunale ha chiaramente respinto l'esplicito motivo delle ricorrenti secondo cui la qualificazione del comportamento censurato da essa fatta valere nel suo controricorso dinanzi al Tribunale era diversa da quella contenuta nella decisione. La Commissione contesta quindi la ricevibilità dinanzi al Tribunale e, di conseguenza, nel presente procedimento, di qualunque motivo relativo ad una divergenza tra la decisione e la comunicazione degli addebiti. Essa asserisce che non esisteva alcuna giustificazione, alla luce dell'art. 48, n. 2 del regolamento di procedura del Tribunale, per la deduzione di questo motivo in fase di replica dinanzi al Tribunale medesimo, dato che difficilmente si può sostenere che una pretesa discrepanza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione sia emersa soltanto nel corso del procedimento dinanzi a tale giudice. La Commissione afferma pertanto che a norma dell'art. 113, n. 2, del regolamento di procedura della Corte di giustizia, secondo cui «l'impugnazione non può modificare l'oggetto del giudizio svoltosi dinanzi al Tribunale», il motivo è parimenti irricevibile dinanzi alla Corte.

101. Le ricorrenti sostengono che *soltanto al momento della lettura del controricorso della Commissione dinanzi al Tribunale è risultato loro chiaro che essa aveva modificato l'affermazione iniziale relativa ai prezzi inferiori ai costi effettuata nella comunicazione degli addebiti.* Risulterà evidente perché sottolineo questo argomento. Le ricorrenti fanno riferimento

anzitutto al loro ricorso iniziale dinanzi al Tribunale, in cui, al fine di dimostrare di non aver subito perdite, esse asserivano che nella decisione la Commissione aveva rinunciato all'addebito, contenuto nel punto 23 della comunicazione degli addebiti, secondo cui i membri della Cewal avevano subito perdite. Esse si richiamano inoltre all'argomento, dedotto in subordine nella loro replica dinanzi al Tribunale, secondo cui, qualora la decisione dovesse essere interpretata nel senso che si basa su quella che esse chiamano la «nuova» definizione, essa andrebbe annullata, nella parte pertinente, perché contenente una sanzione nei confronti dei membri della Cewal per una pratica che non era stata loro contestata nella comunicazione degli addebiti. Pertanto, esse sostengono che, poiché lamentava la violazione da parte della Commissione di una forma sostanziale, il loro argomento addotto in subordine avrebbe dovuto essere sollevato d'ufficio dal Tribunale, in quanto motivo di ordine pubblico [65]. Esse asseriscono che il Tribunale non ha invece nemmeno esaminato la questione della ricevibilità di tale motivo.

d) Analisi

102. Ritengo di dover esaminare anzitutto la censura relativa al rigetto, da parte del Tribunale, del principale argomento delle ricorrenti relativo alla procedura, argomento riguardante la pretesa nuova interpretazione della decisione, a loro parere fatta valere dalla Commissione nel suo controricorso. In breve, il riferimento alla riduzione delle entrate, contenuto nella decisione, si distingue dall'affermazione dell'esistenza di perdite, contenuta nella comunicazione degli addebiti, in modo così sostanziale da pregiudicare gli interessi delle ricorrenti?

103. A mio parere, il Tribunale ha chiaramente interpretato in modo corretto, al punto 141 della sentenza impugnata, la decisione come basata sulla riduzione delle entrate anziché sulle perdite. Ciò risulta dai punti 73 e 74 della decisione, in cui la Commissione fa riferimento, rispettivamente, alla «riduzione delle entrate» («shortfall in revenues») [nonché all'accettazione, da parte dei membri della Cewal, della possibilità di «perdite» («a loss of revenue»)] e a «perdite finanziarie dei "fighting vessel"». La Commissione, nel suo controricorso dinanzi al Tribunale, poteva legittimamente negare che la decisione si basasse sul fatto che i prezzi aggressivi in questione determinavano perdite effettive.

104. Tuttavia, le ricorrenti ora rivolgono tale censura contro una presunta, notevole differenza tra la comunicazione degli addebiti e il controricorso, che costituiva il loro motivo addotto in subordine dinanzi al Tribunale, mentre inizialmente esse ritenevano che non vi fosse nessuna differenza del genere. Concordo con la tesi espressa dalla Commissione nella sua controreplica dinanzi al Tribunale e ribadita nella sua comparsa di risposta dinanzi a codesta Corte, secondo cui, nei limiti in cui le ricorrenti, nella replica dinanzi al Tribunale

65 — Le ricorrenti citano, tra l'altro, sentenza 20 febbraio 1997, causa C-166/95 P, Commissione/Daffix (Racc. pag. I-983).

avevano sostenuto che una presunta divergenza tra la comunicazione degli addebiti e il controricorso aveva violato i loro diritti della difesa, tale argomento costituiva un inammissibile «motivo nuovo» di cui, a norma dell'art. 48, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale, «è vietata la deduzione (...) a meno che [esso si basi] su elementi di diritto e di fatto emersi durante il procedimento». Pertanto, concordo con la Commissione nel ritenere che tale motivo sia egualmente irricevibile dinanzi alla Corte, ai sensi dell'art. 113, n. 2, del regolamento di procedura di quest'ultima. Poiché però il Tribunale, nonostante il disposto dell'art. 48, n. 2, terzo comma, del suo regolamento di procedura, ai sensi del quale «il giudizio sulla ricevibilità di un motivo nuovo è riservata alla sentenza che conclude il procedimento», non ha esaminato la ricevibilità del motivo, spetta alla Corte, a mio parere, spiegare le ragioni che stanno alla base di tale irricevibilità.

105. Concordo con la Commissione anche sul fatto che le ricorrenti non possono sostenere di essere venute a conoscenza della pretesa differenza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione soltanto leggendo il controricorso della Commissione dinanzi al Tribunale.

106. Tuttavia, spetta alla Corte valutare se durante il procedimento siano emersi «elementi di diritto e di fatto» che possano giustificare la circostanza che le ricorrenti abbiano fatto valere la differenza in esame soltanto nella loro replica dinanzi al Tribunale. Sono convinto che non ve ne fossero. Dal punto 80 risulta chiaro al di là di ogni dubbio che la Commissione ha basato la decisione su una qualificazione giuridica del comportamento delle ricorrenti diversa rispetto alla fattispecie considerata dalla Corte nella sentenza AKZO. Nel loro ricorso dinanzi al Tribunale, le ricorrenti avevano tutto il diritto di contestare tale decisione nonché qualsiasi violazione dei loro diritti della difesa avvenuta durante il procedimento amministrativo svoltosi dinanzi alla Commissione.

107. A mio parere, gli argomenti delle ricorrenti non sono convincenti e sono carenti sul piano logico. Quelli relativi alla violazione dei diritti della difesa compaiono per la prima volta nella replica dinanzi al Tribunale e sono, pertanto, prima facie irricevibili. In tale replica, esse sostengono di non aver potuto, prima della presentazione del controricorso della Commissione, valutare la natura dell'abuso loro addebitato, a causa delle differenze esistenti tra il controricorso e la decisione. Il Tribunale ha ritenuto, a mio avviso correttamente, che tale differenza non sussistesse. Le ricorrenti non possono, pertanto, continuare a basarsi su una pretesa differenza di tal genere per giustificare il carattere tardivo di un motivo, dedotto per la prima volta nella replica, secondo cui la differenza sarebbe non tra la decisione e il controricorso, come esse avevano sostenuto, bensì tra la comunicazione degli addebiti e la

decisione. Tale motivo è chiaramente irricevibile.

108. Nella loro replica dinanzi alla Corte, le ricorrenti, in risposta all'asserzione della Commissione secondo cui il loro motivo relativo alla possibile divergenza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione è irricevibile, fanno valere che i motivi attinenti ad un'asserita violazione dei diritti di difesa determinata da una comunicazione degli addebiti inadeguata «costituiscono motivi di ordine pubblico che possono e anzi debbono essere sollevati d'ufficio dal giudice comunitario» [66]. La Corte ha dichiarato inoltre che «l'esame di siffatti motivi può avvenire in qualsiasi fase del procedimento» e che «al ricorrente non può essere precluso di avvalersene solo perché non li ha dedotti nel reclamo» [67].

109. Nella fattispecie, d'altro canto, il preteso pregiudizio subito dalle ricorrenti durante il procedimento amministrativo deriva dal fatto che la decisione non era basata su quella che esse considerano l'unica interpretazione corretta della nozione di «prezzi predatori», espressione utilizzata nella comunicazione degli addebiti. Al massimo, il pregiudizio potrebbe derivare dal fatto che le ricorrenti ritenevano che l'uso dell'espressione «prezzi predatori» nella comunicazione degli addebiti si riferisse soltanto a tariffe inferiori ai costi, e che, nella preparazione della loro replica a tale documento, esse si sono concentrate unicamente sulla formulazione di argomenti giuridici basati sull'affermazione che i loro prezzi aggressivi non erano inferiori ai costi. Non si sostiene, tuttavia, che la Commissione abbia introdotto elementi nuovi, pregiudizievoli nei confronti delle ricorrenti, a cui queste ultime non abbiano potuto replicare. Al contrario, tutte le asserite discrepanze (designazione anziché programmazione delle partenze, prezzi eguali o inferiori, anziché semplicemente inferiori, riduzione delle entrate anziché perdite e omissione del termine «predatori») presumono una minor gravità del preteso comportamento abusivo. Su questa base, nel procedimento amministrativo le ricorrenti hanno sostenuto di non potere essere dichiarate responsabili di un abuso. Il fatto che esse siano state invece dichiarate responsabili non equivale ad una violazione dei loro diritti della difesa. In realtà, nell'esporre in dettaglio dinanzi al Tribunale e alla Corte il loro argomento principale, secondo cui il loro comportamento non avrebbe dovuto essere qualificato come un abuso, giacché non implicava prezzi inferiori ai costi, le ricorrenti non hanno dimostrato di avere subito un pregiudizio.

110. Alla luce di quanto precede, questo non è un caso in cui la Corte possa legittimamente sollevare d'ufficio la questione dell'asserito pregiudizio che l'uso dell'espressione «prezzi predatori» potrebbe aver causato alle ricorrenti quando esse preparavano la loro iniziale risposta alla comunicazione degli addebiti della Commissione.

66 — V. sentenza Commissione/Daffix, citata, punto 24.
67 — Ibid., punto 25.

iii) Il carattere abusivo del comportamento contestato

a) I problemi sollevati

111. Secondo la sentenza impugnata (punto 139) «la Commissione ha preso in considerazione tre elementi costitutivi della pratica delle "fighting ships" attuata dai membri della Cewal ai fini dell'estromissione del concorrente G e C, vale a dire: la designazione come "fighting ships" delle navi di membri della conferenza la cui partenza era la più vicina alla partenza delle navi di G e C, senza modifica degli orari previsti; la fissazione in comune di prezzi aggressivi che derogavano alle tariffe normalmente praticate dai membri della Cewal in modo che risultassero pari o inferiori alle tariffe dichiarate da G e C; la diminuzione delle entrate che ne risultava, sopportata dai membri della Cewal».

112. Si può sostenere che il problema di maggiore importanza generale sollevato dal presente ricorso riguarda la correttezza della tesi della Commissione, accolta dal Tribunale, secondo cui il metodo delle «fighting ships» utilizzato membri della Cewal, pur non comportando perdite nette, costituiva ugualmente un abuso contrastante con l'art. 86 del Trattato e non, come sostenuto dalle ricorrenti, la reazione ragionevole di un'impresa in posizione dominante all'ingresso sul proprio mercato di un nuovo concorrente. La Commissione ha basato la decisione (v. i punti 72 e 73) non su perdite, bensì su riduzioni delle entrate subite dai membri della Cewal a seguito del comportamento contestato. L'aspetto essenziale dell'impugnazione delle ricorrenti può, pertanto, essere esaminato partendo dal fatto che, a differenza delle vendite sottocosto oggetto della sentenza AKZO, i prezzi aggressivi applicati dalla Cewal erano superiori ai costi ma implicavano per i membri della conferenza una «diminuzione delle entrate» [68].

113. I punti pertinenti della sentenza impugnata comprendono i punti 146-148:

«146. Come si è già ricordato, secondo una costante giurisprudenza, 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 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 (segnatamente, sentenza BPB Industries e British Gypsum/Commissione, citata, punto 69) [69].

68 — V. punto 139 della sentenza del Tribunale.

69 — Il Tribunale fa riferimento alla propria sentenza British Gypsum, citata supra, nota 52.

147. A questo proposito, il Tribunale ritiene che, tenuto conto in particolare dei verbali dello Special Fighting Committee citati alla nota 2, relativa al punto 32 della decisione, in particolare del verbale del 18 maggio 1989, nel quale si parla di «sbarazzarsi» dell'armatore indipendente, la Commissione ha sufficientemente dimostrato che tale pratica era stata attuata al fine di estromettere l'unico concorrente della Cewal sul mercato di cui trattasi. Il Tribunale ritiene inoltre che, anche se la sola denominazione della pratica attuata dai membri della Cewal non può essere sufficiente a qualificare un'infrazione all'art. 86, giustamente la Commissione ha considerato che l'uso, da parte di professionisti del trasporto marittimo internazionale, di una denominazione ben nota in questo settore di attività e la creazione in seno alla conferenza di uno Special Fighting Committee rivelano l'intenzione di attuare una pratica destinata ad alterare il gioco della concorrenza.

148. Poiché la pratica aveva lo scopo di estromettere l'unico concorrente, il Tribunale considera che le ricorrenti non possono far valere utilmente di essersi limitate a reagire a una violazione, ad opera di G e C, del monopolio legittimamente concesso alla Cewal, a compensare una discriminazione da parte dell'Ogefrem ai loro danni, ad affrontare una guerra dei noli iniziata dal concorrente o, ancora, a rispondere alle attese della loro clientela. Queste circostanze, anche a volerle supporre comprovate, non possono infatti rendere ragionevole e proporzionata la risposta attuata dai membri della Cewal».

114. Le ricorrenti affermano, in sostanza, che il Tribunale ha errato in diritto non riconoscendo che un'impresa in posizione dominante, reagendo alla concorrenza sui prezzi esercitata da una nuova impresa concorrente entrata nel suo mercato, possa predisporre un piano per eliminare tale nuovo concorrente mediante riduzioni selettive dei prezzi, dal momento che i prezzi da essa offerti non configurano un abuso nel senso precisato dalla Corte nella sentenza AKZO. A loro parere, il Tribunale ha erroneamente confermato la decisione esclusivamente sulla base di documenti a carico scoperti dalla Commissione, che dimostravano come i membri della Cewal intendessero eliminare il loro concorrente, il che non è di per sé contrario alla concorrenza.

115. La Commissione ritiene che la pratica delle «fighting ships», a quanto da essa accertato impiegata dalle ricorrenti, sia diversa dalla pratica classica dei «prezzi predatori», espressione in realtà non utilizzata dalla Corte, che secondo la Commissione comporta il fatto di subire perdite come nella causa AKZO. La Commissione asserisce, in effetti, che un'impresa in posizione dominante che deroghi al proprio listino prezzi pubblicato, riducendo le tariffe in modo selettivo nell'ambito di una strategia diretta ad eliminare un concorrente dal mercato, non esercita una concorrenza normale. Il fatto che i prezzi aggressivi offerti dalla Cewal costituissero una semplice reazione alla concorrenza sui prezzi attuata da un nuovo concorrente non ne costituisce una giustificazione, soprattutto se si considera che le imprese in posizione dominante come la Cewal godono di un monopolio virtuale sul mercato. A parere della Commissione, una normale concorrenza sui prezzi da parte dei membri della Cewal avrebbe dovuto comportare una riduzione generalizzata delle tariffe conferenziate pubblicate di questi ultimi.

b) Analisi

— Il carattere multilaterale dell'abuso

116. Al punto 80 della decisione, la Commissione ha affermato che «la multilateralità e intenzionalità indicano la natura abusiva di un comportamento consistente nel fissare un prezzo eccezionale concordato che mira ad estromettere un concorrente». Tuttavia, nel caso in esame la rilevanza del comportamento concordato è limitata alla funzione da esso svolta nel determinare la posizione dominante collettiva, consentendo alla Cewal di agire unilateralmente. La «multilateralità» del comportamento in questione non ha alcuna incidenza sull'accertamento dell'abuso. Ne consegue, a mio parere, che il Tribunale ha agito correttamente ignorando il riferimento della Commissione contenuto al punto 80 della decisione.

117. Il presente procedimento presenta taluni elementi di novità dal punto di vista delle regole di concorrenza. E' la prima volta che alla Corte viene chiesto di esaminare la pratica delle «fighting ships», ma anche, più in particolare, i casi in cui si può ritenere che la fissazione di prezzi che non risultino inferiori ai costi possa, ciononostante, costituire un abuso di posizione dominante. E' naturale affrontare quest'ultimo problema con cautela. La concorrenza sui prezzi rappresenta l'essenza della concorrenza libera e aperta che la politica comunitaria mira ad istituire nel mercato interno. Essa favorisce le imprese più efficienti ed è intesa ad arrecare beneficio ai consumatori sia a breve che a lungo termine. Le imprese in posizione dominante non soltanto hanno il diritto di praticare la concorrenza sui prezzi, ma devono essere incentivate a farlo. Più normalmente, il loro potere sul mercato tende a consentire loro di mantenere prezzi superiori a quelli praticati in regime di concorrenza. E' quindi necessario considerare, anzitutto, i fatti che hanno dato origine all'accertamento dell'abuso e, in secondo luogo, l'applicazione dei principi giuridici pertinenti.

118. Occorre esaminare attentamente la struttura e le caratteristiche economiche e giuridiche del mercato interessato, tenendo presente, ovviamente, che non è di per sé in discussione l'accertamento di una posizione dominante. Come ha affermato all'udienza l'agente della Commissione, si tratta di una causa relativa ad una conferenza marittima in cui il comportamento relativo alla fissazione concordata dei prezzi tra singole compagnie di navigazione gode, in via del tutto eccezionale, di un'esenzione per categoria (prevista da un regolamento del Consiglio) dal divieto di cui all'art. 85, n. 1. Le conferenze marittime, per definizione, comportano un certo grado di concertazione tra più compagnie di armamento. Così, la Commissione poteva fare riferimento alle riunioni dei comitati istituiti dalla conferenza per dimostrare lo scopo di una determinata linea di condotta, o a piani di ripartizione delle entrate tali da comprovare l'esistenza di compensazioni incrociate delle tariffe. Dall'altro lato, le ricorrenti fanno riferimento all'effetto stabilizzatore generalmente riconosciuto, dal punto di vista degli armatori, della presenza di conferenze marittime nel settore dei trasporti marittimi internazionali e l'esigenza di prendere in considerazione gli svantaggi che esse subiscono quando

sono in concorrenza con compagnie di navigazione non appartenenti ad alcuna conferenza, come l'obbligo di prestare servizi regolari. Passo poi a considerare gli elementi della pratica delle «fighting ships», quale accertata dalla Commissione e illustrato in sintesi dal Tribunale. Non sono in discussione i fatti, ma lo è solo la conclusione giuridica.

— L'intento di eliminare la concorrenza

119. L'essenza del comportamento abusivo dei membri della Cewal, quale accertato, sta in una strategia di applicazione selettiva e mirata di prezzi ridotti in reazione alla nuova minaccia concorrenziale rappresentata dalla G & C, attuata *allo scopo dichiarato di eliminare tale concorrente*. Sebbene le ricorrenti contestino sia la decisione che la sentenza impugnata per aver basato l'accertamento dell'intento di eliminare la concorrenza sulle descrizioni del proprio comportamento fatte dai membri della Cewal nelle varie sedute dello «Special Fighting Committee», che sorvegliava l'attuazione della pratica delle «fighting ships» da parte della Cewal, esse non hanno tentato di negare l'intento di eliminare la concorrenza loro attribuito. Ciò, infatti, non sarebbe coerente con il loro preteso diritto di basarsi sull'accordo Ogefrem per tale scopo di eliminare la concorrenza. Esse sostengono, invece, che in assenza di prezzi predatori, quali definiti nella sentenza AKZO, tale intenzione non può essere considerata sufficiente a costituire un abuso di posizione dominante, ma rappresenta piuttosto una normale reazione concorrenziale ad una guerra dei prezzi iniziata da un nuovo concorrente.

120. Le ricorrenti censurano il punto 147 della sentenza impugnata, nel quale si afferma che il verbale dello «Special Fighting Committee» del 18 maggio 1989, a cui fa riferimento la decisione e nel quale si parla di «sbarazzarsi» della G & C, unitamente al semplice impiego dell'espressione «fighting ships», espressione ben nota nel settore dei trasporti marittimi, era sufficiente a giustificare la conclusione della Commissione secondo cui l'intento dei membri della Cewal era quello di eliminare la G & C. Un abuso può essere accertato soltanto mediante un'adeguata prova dei fatti [70]. Tuttavia, né la sentenza impugnata né la decisione che ne è all'origine erano basate esclusivamente sulla qualificazione attribuita al comportamento controverso. Come ha affermato il Tribunale, le ricorrenti non hanno contestato i tre criteri utilizzati dalla Commissione nella decisione per dimostrare il ricorso alla pratica delle «fighting ships» — vale a dire la designazione delle navi da combattimento, la fissazione di prezzi aggressivi inferiori ai prezzi normalmente applicati dai membri della Cewal e la ripartizione della conseguente riduzione delle entrate. Pertanto, l'argomento addotto dalle ricor-

70 — Le ricorrenti fanno riferimento alla sentenza 5 dicembre 1963, cause riunite 23/63, 24/63 e 52/63, SA Usines Emile Henricot e a./Alta Autorità CECA(Racc. pag. 435), e Suiker Unie (citata alla precedente nota 28, punti 203, 482 e 541).

renti contro la conclusione contenuta al punto 147 della sentenza impugnata in ordine alla loro «intenzione di attuare una pratica destinata ad alterare il gioco della concorrenza» è infondato.

— Scostamento rispetto alle tariffe conferenziate

121. Nell'accertamento dell'abuso, il carattere selettivo delle riduzioni di prezzo rappresenta un elemento importante. Associata all'intento della Cewal di eliminare un concorrente, esso implicava la limitazione delle riduzioni sui prezzi alle *sole* navi che dovevano far fronte alla concorrenza della G & C. Al punto 81 della decisione la Commissione, riferendosi alla natura abusiva del «ricorso», da parte delle imprese dominanti, a «comportamenti che implicano mezzi diversi da quelli cui ricorre una normale concorrenza basata sul merito», ha espressamente precisato che «rientrano in tale caso le fighting ships, tanto più che, essendo Cewal una conferenza marittima, i suoi membri sono tenuti a rispettare la tariffa comune». In violazione degli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 5, n. 4, del regolamento del 1986, la Cewal non ha provveduto a mettere a disposizione del pubblico le proprie tariffe. La Commissione, tuttavia, concentrando l'attenzione su questo fatto, si era limitata a riaffermare un aspetto centrale della pratica da essa considerata abusiva, vale a dire le riduzioni di prezzo selettive e non generalizzate. Se fosse stata adottata una politica di riduzione dei prezzi generalizzata, anziché selettiva, supponendo che i prezzi ridotti non fossero ancora inferiori ai costi, sarebbe stato assai più arduo accertare l'esistenza di un abuso. Il progetto o l'intento dell'impresa in posizione dominante sarebbe stato associato in tal caso a prezzi ridotti ma non inferiori ai costi, e non vi sarebbe stata alcuna necessità di un piano speciale di ripartizione della riduzione delle entrate. Senza qualche elemento ulteriore, come l'esistenza di elevate barriere contro l'ingresso sul mercato, non sarebbe chiaro perché una siffatta reazione alla comparsa di un nuovo concorrente debba essere trattata diversamente da una concorrenza basata sul merito.

— Ripartizione delle riduzioni delle entrate

122. L'accertamento, da parte della Commissione, del fatto che la «riduzione delle entrate» derivante dal sistema dei «prezzi aggressivi» «era posta a carico di tutti i membri di Cewal» (punto 73 della decisione) non è mai stato contestata dalle ricorrenti, le quali hanno semplicemente sostenuto che tale suddivisione dei rischi rientrava nell'ambito dell'esenzione. Naturalmente, non può esistere alcuna esenzione per la ripartizione dei costi di un comportamento abusivo. A parere della Commissione, il carattere abusivo del comportamento dei membri della Cewal traeva origine non soltanto dall'intenzione di eliminare la minaccia rappresentata dalla concorrenza della G & C ma, soprattutto, dal fatto che i membri della Cewal potevano «compensare il costo dei noli aggressivi con i normali noli conferenziati ottenuti sugli altri trasporti» e che tale comportamento anticoncorrenziale, anche se la G & C avesse avuto la stessa efficienza della Cewal, poteva avere l'effetto di «estromettere dal mercato un'impresa forse altrettanto efficiente della conferenza

dominante, ma che a causa della sua inferiore capacità finanziaria non può resistere alla concorrenza organizzata in modo concertato ed abusivo da un potente gruppo di armatori riuniti in una conferenza marittima» [71].

— La giurisprudenza relativa ai prezzi «predatori»

123. Nonostante il tentativo della Commissione di distinguere il caso in esame dai classici casi di prezzi «predatori» inferiori ai costi, come nella causa AKZO, occorre valutare se il Tribunale abbia agito correttamente nel confermare la conclusione della Commissione secondo cui la pratica delle «fighting ships» era abusiva anche in mancanza di vendita sotto costo. L'espressione prezzi «predatori», normalmente impiegata, non ha ovviamente alcuna portata giuridica particolare. Il solo criterio giustificato dall'art. 86 è quello di accertare se sia stato o meno commesso un abuso.

124. Il punto di partenza per discutere sull'abuso di posizione dominante è costituito dalla sentenza Hoffmann-La Roche [72]:

«la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante (...) che ha come effetto di ostacolare (...) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza».

125. Nel caso AKZO [73], la Commissione ha sostenuto che l'art. 86 «non considera i costi come un criterio decisivo per accertare l'illiceità delle riduzioni di prezzo operate da un'impresa dominante», in quanto occorre tenere conto dell'«esigenza di impedire che venga compromessa una struttura efficace della concorrenza nel mercato comune» [74]. Una riduzione dei prezzi potrebbe essere 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» [75]. A parere della Commissione, un'«analisi dettagliata dei costi dell'impresa dominante» potrebbe avere un «rilievo considerevole» solo nel caso in cui l'intento di eliminare i concorrenti mediante una politica di riduzione dei prezzi non sia evidente [76].

126. E' significativo, come sottolineano le ricorrenti, che nella sentenza AKZO la Corte non abbia accolto l'impostazione della Commissione; tuttavia, va detto, non l'ha nemmeno espressamente respinta.

71 — V. punto 82 della decisione.

72 — Già citata alla precedente nota 17, punto 91.

73 — Decisione della Commissione 14 dicembre 1985, 85/609/CEE, relativa ad una procedura in applicazione dell'art. 86 del trattato CEE (IV/30.698 – ECS/AKZO) (GU L 374, pag. 1).

74 — V. punto 77 della decisione 85/609/CEE e punto 64 della sentenza AKZO.

75 — V. punto 79 della decisione 85/609/CEE e punto 64 della sentenza AKZO.

76 — V. punto 80 della decisione 85/609/CEE e punto 65 della sentenza AKZO.

Richiamandosi alla sentenza Hoffmann-La Roche, la Corte ha dichiarato che l'art. 86 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 e, pertanto, che non ogni «concorrenza esercitata facendo leva sui prezzi può considerarsi legittima» [77]. Nei due punti seguenti (punti 71 e 72) la Corte ha enunciato i seguenti principi relativi all'applicazione di prezzi *inferiori ai costi* da parte di imprese in posizione dominante:

«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».

127. Pertanto, le vendite a prezzi inferiori alla media dei costi variabili (o dei costi marginali di breve periodo; sentenza AKZO, punto 70) si presumono effettivamente abusive. Mentre è normalmente ragionevole, qualora il mercato non sopporti prezzi più alti, vendere a prezzi superiori alla media dei costi variabili, in quanto ciò consente di ottenere un certo profitto sul capitale, normalmente non lo è vendere a prezzi inferiori a tale media. Non è necessario sostenere costi marginali e un'impresa non ha alcun interesse a sostenerli subendo in tal modo delle perdite. Un'impresa in posizione dominante potrebbe, però, confutare questa presunzione dimostrando che tali prezzi non costituivano elementi di un piano inteso ad eliminare un suo concorrente.

128. Inoltre, anche prezzi superiori alla media dei costi variabili (ma tuttavia inferiori alla media dei costi totali o marginali di lungo periodo; sentenza AKZO, punto 72), sebbene non si presumano predatori, «sono da» considerare illeciti quando sia accertato che essi rientrano nell'ambito di un disegno diretto all'eliminazione di un concorrente. Sul piano dei

77 — V. punto 70 della sentenza AKZO.

fatti, la Corte, più avanti nella stessa sentenza, ha preso in considerazione riduzioni dei prezzi superiori a quanto necessario per ottenere gli ordini e la loro applicazione selettiva ai soli clienti del concorrente, il che consentiva di compensare le vendite in perdita con vendite vantaggiose, per dimostrare l'intento perseguito [78]. Per quanto un'impresa in posizione dominante possa affrontare la concorrenza mediante «(...) allineamenti difensivi, anche sui prezzi [del concorrente], per conservare i clienti che già deteneva "ab origine"» [79], essa non può legittimamente tentare di conservare, mediante riduzioni di prezzo offerte in maniera selettiva, la clientela da essa sottratta ai concorrenti offendo prezzi inferiori ai costi, a meno che essa non estenda «i vantaggi [di tali allineamenti] alla sua stessa clientela» [80].

129. Nella sentenza Tetra Pak II, la Corte ha confermato la sentenza del Tribunale in cui l'impostazione adottata nella sentenza AKZO era stata applicata in circostanze nelle quali gli abusi accertati si erano verificati su un mercato nel quale la Tetra Pak non deteneva una posizione dominante, bensì una posizione preminente [81]. In tale causa le ricorrenti contestavano — soprattutto sulla base della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti [82] — il fatto che il Tribunale non avesse chiesto alla Commissione di dimostrare che si potesse «ragionevolmente supporre di recuperare le perdite in tal modo accettate» [83]. La Corte ha confermato la conclusione secondo cui la ricorrente aveva praticato prezzi predatori inferiori ai costi, ma ha ritenuto che «*nelle circostanze del caso di specie*, non sarebbe opportuno esigere anche, come prova supplementare, la dimostrazione del fatto che la Tetra Pak disponeva di un'effettiva possibilità di recupero delle perdite subite» [84]. Tornerò (infra, paragrafo 136) sul significato che l'espressione assume nel contesto del ricorso in esame.

130. La sentenza AKZO non ha definito in modo tassativo le categorie delle pratiche abusive dirette ad eliminare la concorrenza. In detta sentenza, la Corte non ha definitivamente escluso l'applicazione dell'art. 86 ai casi in cui un'impresa dominante riduca i prezzi in modo selettivamente mirato pur mantenendoli al di sopra dei propri costi totali. Concordo con il parere espresso dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nella causa Tetra Pak II, secondo cui nella sentenza AKZO «la Corte osserva che la concorrenza basata sui prezzi non è sempre lecita e prosegue identificando *due casi* di prezzi eliminatori contrari all'art. 86» [85]. Difatti, prima della sentenza AKZO essa

78 — Sentenza AKZO, punti 102 e 115.

79 — Sentenza AKZO, punto 156.

80 — Sentenza AKZO, punto 155.

81 — Sentenza Tetra Pak II, citata supra, nota 56.

82 — Sentenza 21 giugno 1993, *Brooke Group* v *Brown & Williamson Tobacco* 509 U.S. 209 (1993).

83 — Sentenza Tetra Pak II, citata, punto 39.

84 — Sentenza Tetra Pak II, punto 44 (il corsivo è mio). Non sembra che la Corte si sia spinta tanto lontano quanto l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, che aveva proposto alla Corte (paragrafo 78 delle sue conclusioni) di non indicare «come nuova condizione per il riconoscimento di prezzi eliminatori, incompatibili con l'art. 86, la prospettiva di recupero delle perdite» perché, tra l'altro, a suo parere «il recupero delle perdite costituisce il risultato perseguito dall'impresa dominante, ma i prezzi predatori costituiscono di per sé una pratica anticoncorrenziale indipendentemente dal fatto che raggiungano o meno il loro obiettivo».

85 — Paragrafo 73 delle conclusioni (il corsivo è mio).

aveva ritenuto, ad esempio nella sentenza Ahmed Saeed, che l'imposizione da parte di un vettore aereo in posizione dominante operante su una determinata rotta, agli altri vettori aerei operanti sulla medesima rotta, «vuoi [di] una misura eccessivamente elevata delle tariffe imposte, vuoi [di] una *misura eccessivamente ridotta* allo scopo di eliminare dal mercato imprese estranee all'accordo», costituiva un abuso della sua posizione dominante [86]. Tra i criteri citati per stabilire se la misura della tariffa praticata fosse eccessiva, vi era quello secondo cui le tariffe dovevano essere «in congrua relazione con i costi totali sostenuti a lungo termine dal vettore, pur tenendo presenti, nel contempo, le esigenze degli utenti, la necessità di una remunerazione soddisfacente del capitale, la situazione concorrenziale del mercato, comprese le tariffe praticate da altri vettori aerei operanti sulla rotta, e la necessità di impedire qualsiasi forma di dumping» [87]. Nel caso in esame, la Commissione ha espresso la convinzione (v., in particolare, il punto 73 della decisione) che i prezzi aggressivi della Cewal non fossero fissati in relazione ai costi sostenuti bensì, in realtà, unicamente in relazione ai prezzi offerti dalla G & C. Occorre pertanto verificare se le circostanze del caso di specie, in cui non è stata accertata alcuna vendita sotto costo e in cui, inoltre, i prezzi selettivamente ridotti erano stati stabiliti (salvo in un caso) per essere uguali, ma non inferiori, a quelli del concorrente, possano correttamente condurre all'accertamento di un abuso.

86 — Citata supra, nota 20, punto 43 (il corsivo è mio).

87 — Ibid., punto 43. Nella sentenza Ahmed Saeed, tuttavia, la Corte ha potuto trarre sostegno dalla direttiva del Consiglio 14 dicembre 1987, 87/601/CEE, sulle tariffe per i servizi aerei di linea tra gli Stati membri (GU L 374, pag. 12). Non esiste alcuna normativa del genere per quanto riguarda le tariffe conferenziate applicate nei trasporti marittimi internazionali.

— La natura abusiva della pratica delle «fighting ships»

131. E' evidente che l'abuso di cui le ricorrenti sono state riconosciute responsabili non compare nell'elencazione non tassativa contenuta all'art. 86, lett. a)-d) [88]. Nella sentenza Continental Can la Corte ha confermato (nel contesto dell'acquisizione di un concorrente) che le pratiche vietate dall'art. 86 non erano «soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori (...) modificando un regime di concorrenza effettiva», ma anche quelle che rafforzano la posizione dominante di un'impresa «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» [89]. Nella sentenza AKZO, la Corte ha rilevato (punto 70) che, tenuto conto dei particolari obblighi delle imprese dominanti, non ogni «concorrenza esercitata facendo leva sui prezzi può considerarsi legittima». A mio parere, tuttavia, qualora la Corte dovesse prendere in considerazione una soglia quale la media dei costi totali (o marginali di lungo periodo) come criterio assoluto alla luce del quale valutare tutte le possibili pratiche di prezzi abusivi o eliminatori, ciò potrebbe seriamente pregiudicare il perseguimento dell'obiettivo, previsto dall'art. 3, lett. g) del Trattato, di garantire l'instaurazione di un mercato interno in cui la concorrenza

88 — Sentenza Continental Can, citata supra alla nota 16, punto 26.

89 — Ibid.

non sia falsata. Nella sentenza Tetra Pak II, la Corte ha accolto il punto di vista seguito dal Tribunale di primo grado, secondo cui «l'ambito d'applicazione materiale della responsabilità particolare che incombe su un'impresa dominante deve essere valutato alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto, le quali riflettano una situazione di concorrenza affievolita» [90].

132. D'altro canto, riconoscerei che, normalmente, riduzioni di prezzi non discriminatorie da parte di imprese in posizione dominante che non effettuano vendite sotto costo non vanno considerate anticoncorrenziali [91]. Innanzi tutto, anche se restano in vigore per breve tempo, esse avvantaggiano i consumatori e, in secondo luogo, i concorrenti dell'impresa in posizione dominante, se altrettanto o maggiormente efficienti, dovrebbero poter competere alle medesime condizioni. La normativa comunitaria sulla concorrenza non deve quindi offrire alle imprese meno efficienti un rifugio sicuro contro una concorrenza intensa, neppure da parte delle imprese in posizione dominante [92]. Tuttavia, si possono formulare diverse osservazioni per il caso in cui un'impresa che detiene una posizione dominante simile ad un monopolio, soprattutto in un mercato in cui possono essere operate riduzioni di prezzo prescindendo in una certa misura dei costi, adotti una politica di riduzioni dei prezzi selettive con l'obiettivo dimostrabile di eliminare tutta la concorrenza. In tali casi, se si ammettesse che qualsiasi vendita a prezzi superiori ai costi fosse automaticamente ammissibile si consentirebbe all'impresa interessata di eliminare qualunque concorrenza perseguendo una politica dei prezzi selettiva tale da consentirle, nel lungo periodo, di aumentare i prezzi e di scoraggiare potenziali concorrenti futuri dall'entrare sul mercato per il timore di formare oggetto del medesimo trattamento mirato [93].

90 — Loc. cit., punto 24.

91 — In dottrina è intensamente dibattuta la questione se i prezzi predatori debbano essere inferiori ai costi; buona parte delle tesi espresse sono riassunte in Mastromanolis: «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A case for Legal Reform» [1998] *E.C.L.R.* 211; v. in particolare pagg. 216-218. Così, ad esempio, Areeda & Turner, «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act» (1975) 88 *Harv. L. Rev.* 697, in un articolo che ha avviato un ampio dibattito fra gli studiosi e ha influenzato lo sviluppo di una giurisprudenza negli Stati Uniti, ha espresso il parere secondo cui l'«esclusione mediante applicazione di prezzi uguali ai costi medi può essere ritenuta concorrenza fondata sui meriti in quanto vengono estromessi soltanto i concorrenti che non riescono a resistere al prezzo in rapporto all'efficienza»; pag. 706. Questo parere è stato riaffermato più recentemente in Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law*, Vol. III, § 748, «Non sono prima facie illegittime neppure riduzioni di prezzo molto rilevanti che non raggiungano livelli predatori»; pag. 462. Questo punto di vista è stato contestato; v., in particolare, Scherer, «Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment» (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 868, il quale ha sostenuto che «prezzi superiori ai costi, ma troppo bassi per consentire ai piccoli concorrenti di espandersi sul mercato e ottenere in tal modo economie di scala» andrebbero considerati «potenzialmente eliminatori»; pagg. 880-881. Nel Regno Unito, la Monopolies and Mergers Commission ha ritenuto che nel caso in cui un'impresa in posizione dominante sia «(...) in grado di frenare l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti e la conseguente relativa concorrenza sui prezzi a costi relativamente bassi mediante sconti selettivi», risulta chiaro come «imprese affermate possano utilizzare sconti fortemente selettivi come strumento per conservare la propria posizione dominante» e, a parere dell'autore, tale comportamento può costituire una «barriera contro l'ingresso» in contrasto con l'interesse pubblico; v. *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles* (1981-1982) H.C., paragrafo 10.57.

92 — Korah, *An Introductory Guide to EC Competion Law and Practice* (Londra, 1994), 5° ed., pag. 106, diffida dall'utilizzare le regole di concorrenza «(...) per proteggere le piccole e medie imprese a discapito di imprese efficienti o di dimensioni maggiori».

93 — Si veda, al riguardo, l'analisi dei rischi legati alle riduzioni dei prezzi selettive operata dallo Andrews, in «Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach» in *E.C.L.R.*, 1998, 49.

133. Alcuni mercati, come quello dei trasporti marittimi, presentano caratteristiche particolari, tali per cui i costi possono rappresentare un criterio inaffidabile al fine di valutare la ragionevolezza delle strategie concorrenziali adottate dalle imprese in posizione dominante. Anzitutto, una volta che una nave sia stata designata per salpare in un determinato giorno, sempre che abbia una capacità disponibile, il costo del trasporto di un container aggiuntivo imbarcato a seguito di un'offerta a prezzo ridotto potrebbe essere vicino a zero [94]. Più in generale, le tariffe di trasporto saranno determinate in larga misura in funzione non dei costi marginali sostenuti dalla compagnia marittima per prestare il servizio, bensì dell'elasticità della domanda del prodotto imbarcato [95] rispetto al prezzo.

134. La questione fondamentale che si pone nel caso di specie è se, al momento dei fatti, i potenziali effetti negativi prodotti sulla struttura della concorrenza nel mercato in questione dal comportamento adottato dai membri della Cewal in reazione alla minaccia rappresentata dall'ingresso sul mercato, come concorrente, della G & C, tenuto conto del potere da essi detenuto collettivamente sul mercato, fossero tali da bastare a configurare un abuso.

135. Possono essere ricordate alcune caratteristiche specifiche della pratica delle «fighting ships» e della sua applicazione nel caso di specie. La Cewal deteneva non soltanto una posizione dominante bensì, come essa afferma, un monopolio di fatto. La pratica traeva origine dall'ingiusta pretesa della Cewal di mantenere un monopolio sul mercato in questione, monopolio che essa aveva tentato di imporre mediante l'accordo Ogefrem, ed era incontestabilmente diretta non soltanto a battere la concorrenza bensì ad eliminare il concorrente. Al contempo, la Cewal era in posizione tale da poter definire un piano di designazione selettiva delle partenze ai fini delle riduzioni di prezzo. Le conseguenti perdite di introiti venivano ripartite tra i membri della conferenza. Sia per la selettività delle riduzioni che per la loro elevatissima quota di mercato i membri potevano distribuire e assorbire le perdite. Inoltre, come precisa la Commissione (punto 82 della decisione), il semplice fatto

94 — Temple Lang, «European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries» in (1996) *Fordham Corporate Law Institute* 519, ha osservato che «se non si aggiunge nulla ai criteri di cui alla sentenza AKZO, le imprese dominanti che vendono prodotti o servizi il cui costo variabile è vicino a zero, il che è relativamente comune nell'industria ad alta tecnologia, hanno grandi possibilità di estromettere i concorrenti dal mercato, adottando quello che verrebbe normalmente considerato un comportamento predatorio»; v. nota 117 a pag. 575. L'autore propone il seguente criterio: «Nelle industrie in cui il costo marginale della produzione aggiuntiva è vicino a zero, si consiglia di applicare il criterio di stabilire se un'impresa pratica un prezzo per beni o servizi che, ancorché superiore alla media dei costi variabili per la fornitura dei beni o servizi specifici per i quali viene pagato il prezzo in questione, è talmente basso che le sue entrate globali relative a tutti i prodotti e servizi di cui trattasi sarebbero inferiori alla media dei costi variabili per essi sostenuti qualora l'impresa vendesse la medesima quantità di prodotti allo stesso prezzo in modo continuativo, anche nel caso in cui non sia dimostrata alcuna intenzione di estromettere un concorrente».

95 — V., ad esempio, Rakovsky, «Sea Transport under EEC Competition Law» (1992) *Fordham Corp. Law Institute* 845, 847, e Pirrong, «An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets» (1992) 35 *J. Law & Econ.* 89, 107.

che la Cewal potesse fissare prezzi aggressivi pari o superiori ai costi potrebbe indicare, di per sé, che i prezzi normali erano notevolmente superiori ai costi o, direi, che il costo marginale era, in ogni caso, molto basso.

136. La ripartizione delle perdite mi induce a tornare brevemente sull'eventuale esigenza di accertare una volontà o una possibilità di recupero. Il procedimento di divisione delle perdite è sostanzialmente una forma di recupero. Il fine strategico dei prezzi aggressivi implica tacitamente che non si intendono ridurre i prezzi per ogni trasporto, attuale o futuro, laddove ciò non sia necessario per far fronte alla concorrenza. Inoltre, una volta eliminato il concorrente, tali riduzioni, chiaramente, non sarebbero più giustificate. Ritengo pertanto, per quanto necessario, che il caso in esame soddisfi al criterio del recupero. Nel contempo, direi che un requisito del genere dovrebbe costituire parte del criterio da applicare alla fissazione abusiva di prezzi ridotti da parte di imprese in posizione dominante. Ciò è implicito nel primo capoverso della citazione tratta dalla sentenza AKZO (v. supra, paragrafo 126). Esso è insito nel criterio Hoffmann-La Roche (v. supra, paragrafo 124). La ragione per la quale si impedisce alle imprese in posizione dominante di tentare di ostacolare il mantenimento della concorrenza, in particolare eliminando un concorrente, è che esse potrebbero in tal modo praticare prezzi abusivamente *elevati*. Verrebbe così restaurato un monopolio inefficiente ed i consumatori ne trarrebbero beneficio soltanto nel breve periodo. Se un siffatto risultato non rientra nella strategia dell'impresa in posizione dominante, quest'ultima pratica probabilmente una concorrenza normale.

137. Dato tutto quanto precede, il Tribunale non ha commesso alcun errore di diritto nel constatare che la reazione dei membri della Cewal all'ingresso sul mercato della G & C non è stata «ragionevole e proporzionata» [96]. A mio parere, l'art. 86 non può essere interpretato nel senso che consente ad imprese monopolistiche o quasi monopolistiche di sfruttare il notevolissimo potere sul mercato attribuito dalla loro posizione di supremazia, in modo da impedire l'emergere di un nuovo o ulteriore concorrente. Nel caso in cui un'impresa, o un gruppo di imprese, il cui comportamento va valutato collettivamente, detenga una posizione di così netta supremazia, tendente al monopolio, paragonabile a quella esistente nella fattispecie al momento in cui la G & C è entrata sul mercato di cui trattasi, non sarebbe conforme da parte sua allo speciale obbligo, particolarmente oneroso, posto a carico di una siffatta impresa in posizione dominante, per non pregiudicare ulteriormente la struttura della debole concorrenza esistente, reagire, persino ad un'aggressiva concorrenza sui prezzi di un nuovo concorrente entrato sul mercato, con una politica di riduzione dei prezzi mirata e selettiva diretta all'eliminazione del concorrente stesso. Contrariamente a quanto affermato dalle ricorrenti, il semplice fatto che tali prezzi non siano fissati ad un livello effettivamente inferiore (o che possa essere dimostrato tale) ai costi medi totali (o

96 — Punto 148.

marginali di lungo periodo) a mio parere non legittima l'adozione di una siffatta politica dei prezzi.

138. Nella fattispecie il Tribunale ha, a mio parere giustamente, confermato la conclusione della Commissione secondo cui i membri della Cewal avevano elaborato una strategia diretta unicamente ed esclusivamente all'eliminazione della G & C, loro solo concorrente. La Commissione ha dimostrato che le ricorrenti hanno tentato, stabilendo in corrispondenza delle partenze della G & C prezzi aggressivi uguali o inferiori a quelli offerti da quest'ultima per i medesimi trasporti, di infliggere alla G & C il massimo danno minimizzando nel contempo le perdite a cui si esponevano in conseguenza attraverso il loro sistema di ripartizione delle perdite. A mio parere, la Commissione aveva palesemente ragione nel ritenere che non ci si potesse attendere che la G & C, quand'anche fosse stata un'impresa altrettanto efficiente quanto i membri della Cewal, potesse «resistere» a siffatta «concorrenza organizzata in modo concertato ed abusivo da un potente gruppo di armatori riuniti in una conferenza marittima (punto 82)». In altre parole, la pratica delle «fighting ships» era diretta ad estromettere la G & C dal mercato ad un costo minimo per i membri della Cewal, in modo da ripristinare la loro precedente posizione di monopolio virtuale e quindi consentire loro di fissare nuovamente i prezzi al livello della tariffa pubblicata della conferenza.

139. Pertanto, propongo alla Corte di respingere integralmente il motivo dedotto contro la pronuncia del Tribunale in quanto essa conferma il carattere «abusivo» attribuito dalla Commissione alla pratica delle «fighting ships» adottata dai membri della Cewal.

C — *L'imposizione di contratti di fedeltà al 100%*

i) Introduzione

140. La censura mossa dalle ricorrenti alla sentenza del Tribunale di primo grado che conferma la conclusione della Commissione relativa a questo terzo abuso si articola in due argomenti. Le ricorrenti affermano, anzitutto, che il Tribunale ha errato in diritto in quanto, nel concludere che gli accordi di fedeltà erano imposti, ha mal interpretato l'art. 5, n. 2, del regolamento del 1986, che esenta tali accordi. In secondo luogo, esse sostengono che il regolamento del 1986, segnatamente l'art. 8, impediva alla Commissione di infliggere ammende per abusi senza avere previamente revocato l'esenzione.

ii) Contenuto

141. Prima di considerare più dettagliatamente questi motivi di ricorso, occorre richiamare gli elementi pertinenti della decisione della Commissione.

142. L'art. 2 della decisione afferma che le imprese aderenti alla Cewal hanno «abusato della loro posizione dominante congiunta (...) stipulando accordi di fedeltà imposti al 100% (comprese le merci vendute con la clausola FOB) che eccedono i limiti di quanto previsto dall'articolo 5, paragrafo 2 del regolamento (CEE) n. 4056/86 unitamente allo specifico uso descritto nella presente decisione delle "liste nere" dei caricatori che ricorrevano ad altre compagnie». Riguardo a questa affermazione, occorre fare due importanti osservazioni di carattere generale. Anzitutto, ai membri della Cewal non vengono addebitati tre tipi diversi di abuso, anzi, si ritiene che gli elementi relativi alla «stipulazione» degli accordi, alla inclusione delle merci vendute su base FOB e all'impiego di liste nere equivalgano, congiuntamente, al fatto di «imporre unilateralmente un accordo di fedeltà» (punto 85 della decisione). In secondo luogo, fatto più importante, l'elemento essenziale dell'abuso, come per gli altri due, sta nel fatto che esso è stato commesso «al fine di estromettere il principale concorrente indipendente dai traffici in oggetto» (art. 2 della decisione). I fatti e la motivazione che stanno alla base di questa conclusione si trovano ai punti 28, 29 e 84-88 della decisione.

143. Stando alla decisione, i trasportatori di merci tra Europa e Zaire soltanto occasionalmente potevano utilizzare servizi diversi da quelli prestati dalla conferenza. Poiché essi, in realtà, per la maggior parte dei loro traffici potevano utilizzare unicamente i servizi della Cewal, il fatto di offrire sconti solo sulla base di un accordo di fedeltà al 100% (comprese addirittura le vendite su base FOB) equivaleva ad imporre tali accordi (punti 84-86 della decisione). La Commissione ha ritenuto inoltre che la Cewal avesse aggravato le condizioni imposte dagli accordi utilizzando liste nere per imporre agli armatori sanzioni «connesse all'offerta o alla qualità del servizio» (punto 86). Al riguardo, la Commissione si è basata su estratti dal verbale dello Zaïre Pool Committee, i quali dimostrerebbero che la Cewal impiegava liste nere come parte di una strategia difensiva diretta a garantire che gli armatori che utilizzavano i servizi dell'unico concorrente non potessero beneficiare dei vantaggi dell'accordo di fedeltà né fruire di un servizio adeguato normale da parte della Cewal (punto 29). La Commissione ha concluso che il comportamento della Cewal, considerato nel suo complesso, fosse abusivo, così che nessun diritto a far valere l'esenzione ai sensi del regolamento del 1986 potrebbe essere opposto per «evitare l'applicazione dell'art. 86 del trattato (...)» (punto 87).

144. Il Tribunale ha precisato che la Commissione aveva ritenuto che tale abuso consistesse «nell'avere imposto contratti di fedeltà al 100%, nell'avere incluso le merci vendute fob e nell'avere utilizzato elenchi di caricatori infedeli, al fine di sanzionarli» [97]. Il Tribunale si è dichiarato d'accordo con il punto di vista della

97 — Punto 173.

Commissione secondo cui «il fatto che i membri della Cewal, che detenevano all'epoca, di fatto, più del 90% del mercato, proponessero ai caricatori solo contratti di fedeltà al 100% non lasciava alcuna scelta tra l'ottenimento di uno sconto, se il caricatore accettava di far trasportare la totalità delle merci dalla Cewal, e la privazione di ogni sconto in tutti gli altri casi, ed equivaleva in pratica all'imposizione di tali contratti» [98]. Esso ha pertanto affermato che la pratica seguita dalla Cewal non poteva essere considerata esentata dall'applicazione dell'art. 85 del Trattato in quanto, ai sensi dell'art. 5, n. 2, lett. b), sub i) del regolamento del 1986, accordi di fedeltà al 100% possono venire offerti, ma non imposti. Il Tribunale ha confermato inoltre la conclusione della Commissione secondo cui le clausole includevano le vendite FOB, con la conseguenza di indurre «il venditore ad assumersi un obbligo di fedeltà anche quando non abbia la responsabilità della spedizione delle merci» [99]. Infine, esso ha affermato che la Cewal disponeva di liste nere di caricatori infedeli, le quali non erano «semplicemente redatte a fini statistici», e che la redazione di tali liste non era esentata «ai sensi di una qualsiasi disposizione del regolamento [del 1986]» [100]. Pertanto, richiamandosi alla sentenza della Corte Hoffmann-La Roche, esso ha ritenuto che la Commissione avesse giustamente concluso che «questa pratica, considerata nel suo insieme, aveva l'effetto di limitare la libertà degli utenti e, di conseguenza, di incidere sulla posizione concorrenziale dell'unico concorrente della Cewal sul mercato» [101].

98 — Punto 183.
99 — Punto 184.
100 — Punto 185.
101 — Punto 186.

iii) Primo argomento: erronea interpretazione del regolamento del 1986 — «imposizione» di fedeltà

145. Le ricorrenti interpretano la sentenza impugnata nel senso che, in mancanza di prove di minacce o di altre analoghe pressioni sui caricatori, gli accordi di fedeltà venivano imposti soltanto a causa della posizione dominante collettiva detenuta dalla Cewal. Poiché quasi sempre le conferenze marittime detengono una posizione dominante, il regolamento del 1986 andrebbe interpretato nel senso che consente e incoraggia il ricorso a contratti di fedeltà al 100% nel particolare contesto del trasporto marittimo fino al punto di permettere sanzioni per l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà, come previsto nel decimo 'considerando' del regolamento del 1986, che presuppone lo scambio di informazioni, vale a dire la redazione di liste nere, in ordine ai caricatori. Inoltre, esse contestano l'affermazione secondo cui tali condizioni erano state imposte per le spedizioni FOB.

146. Non ritengo sia utile esaminare in dettaglio questo argomento. A mio parere, esso si basa su un fondamentale errore di interpretazione della decisione della Commissione e della sentenza impugnata non tenendo conto dei due elementi cruciali della decisione che ho esaminato sopra, al paragrafo 142. Le ricorrenti sottolineano, inutilmente, che le interpretazioni letterale, teleologica e sistematica dell'art. 5, n. 2, del

regolamento del 1986 dimostrano che gli accordi di fedeltà al 100% sono consentiti, anche nel caso di una conferenza marittima dominante, il che è fuori discussione. La conclusione secondo cui gli accordi erano imposti, confermata nel passaggio della sentenza del Tribunale citato sopra, al paragrafo 144, non è basata, come affermano le ricorrenti, sul fatto che la Cewal deteneva una posizione dominante. Il punto chiave non è la posizione dominante, bensì la previsione di sconti di fedeltà al 100% *senza alternativa,* di modo che i caricatori avrebbero perso l'intero sconto per un atto di «infedeltà». Le ricorrenti non hanno affrontato questo aspetto della motivazione. Questa errata interpretazione della sentenza impugnata è sufficiente ad eliminare la prima parte di questo motivo di impugnazione; un motivo di impugnazione basato su un'interpretazione errata della sentenza impugnata deve essere respinto. Tuttavia, tratterò i due argomenti addotti in subordine nell'ambito di tale parte.

a) Primo argomento addotto in subordine — vendite FOB

147. Come primo argomento addotto in subordine contro la conclusione secondo cui gli accordi di fedeltà venivano imposti, le ricorrenti contestano l'affermazione del Tribunale (punto 184) secondo cui il venditore doveva assumersi un obbligo di fedeltà anche quando non aveva la responsabilità della spedizione delle merci. Esse sostengono che, nel caso in cui le merci vengano spedite su base FOB, il caricatore non è il venditore né l'esportatore, bensì l'importatore, e che esse non si erano rese conto del fatto che l'estensione degli accordi alle vendite FOB rientrava negli addebiti a loro carico. Questo argomento va disatteso per diversi motivi.

148. Anzitutto, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, l'inclusione delle merci vendute su base FOB non era menzionata soltanto una volta al punto 85, come esse affermano, bensì tre volte nella decisione, in particolare all'art. 2 del dispositivo. Inoltre, le ricorrenti devono aver interpretato la frase «quindi sottratte al controllo degli esportatori» come se significasse che l'estensione era diretta a privare i caricatori dello sconto, a meno che non garantissero che anche gli importatori fossero fedeli alla conferenza. Ciò nonostante, dinanzi al Tribunale esse hanno sostenuto che tali accordi erano inevitabili, non che non esistessero. Pertanto, come rileva la Commissione, questo argomento è irricevibile, in quanto sollevato per la prima volta in sede di impugnazione. In secondo luogo, l'argomento non tiene conto della sostanza della conclusione della Commissione, quale confermata dal Tribunale. Non si tratta, come sostengono le ricorrenti, di un abuso a sé stante. E' un elemento della conclusione generale secondo cui gli accordi di fedeltà erano imposti e, per giunta, dell'af-

fermazione secondo cui questa pratica, «considerata nel suo insieme» (punto 186 della sentenza impugnata) aveva l'effetto di limitare la libertà degli utenti e di incidere sulla posizione concorrenziale dell'unico concorrente della Cewal. In terzo luogo, queste conclusioni del Tribunale si basano sugli effetti concorrenziali di queste pratiche sul mercato e non sull'applicabilità sul piano giuridico di una qualsiasi interpretazione particolare dei contratti di fedeltà. Pertanto, in linea di principio, l'accertamento del Tribunale è un accertamento di fatto, non di diritto, e non può formare oggetto di impugnazione nella presente causa. Per tali motivi, ritengo che questo argomento sia irricevibile.

b) Secondo argomento addotto in subordine — liste nere

149. Con il secondo argomento addotto in subordine, le ricorrenti contestano le affermazioni del Tribunale secondo cui la redazione, da parte della Cewal, di liste nere di caricatori infedeli non poteva essere esentata in forza del regolamento del 1986.

150. Le ricorrenti fanno altresì valere che il Tribunale ha ignorato il loro argomento secondo cui tutti i clienti che avevano concluso contratti di fedeltà nonostante trasportassero carichi con la G & C ottenevano ugualmente lo sconto. Si trattava di una replica alla tesi della Commissione secondo cui l'esistenza delle liste nere (punto 88 della decisione) era in diretto contrasto con le affermazioni della Cewal. Nella sua comparsa di risposta, la Commissione rileva che il Tribunale, facendo riferimento, al punto 185 della sentenza impugnata, al verbale dello Zaïre Pool Committee da cui risultava che il «sistema di "liste nere" funziona», ha effettivamente confermato il parere già espresso nella decisione. Concordo con questa interpretazione della sentenza impugnata. Sono convinto che il Tribunale avesse in mente non soltanto la contraddizione rilevata dalla Commissione al punto 88 della decisione, ma anche la valutazione di fatto operata dalla Commissione al punto 29 della decisione medesima e basata sul menzionato verbale, secondo cui i caricatori che utilizzavano i servizi della G & C «non [potevano] più beneficiare dei vantaggi offerti dai contratti di fedeltà» né «di un servizio adeguato normale da parte di Cewal». A mio parere, questo punto di vista trova conferma nella frase successiva di cui al punto 185 della sentenza impugnata, in cui il Tribunale ha affermato che le liste nere non erano utilizzate semplicemente «a fini statistici». Si tratta di una conclusione di fatto. Inoltre, non rileva che la Cewal alla fine accordasse lo sconto a tutti i caricatori che si avvalevano dei servizi della G & C, in quanto è dimostrato che le liste nere venivano adottate nell'ambito di una strategia volta a dissuaderli dal farlo.

151. Le ricorrenti asseriscono inoltre che l'utilizzazione delle suddette liste non può essere ritenuta abusiva. Esse si richiamano

al decimo 'considerando' del regolamento del 1986, che autorizza espressamente le conferenze marittime ad «infliggere sanzioni a coloro che eludessero abusivamente l'obbligo di fedeltà, che rappresenta la contropartita per i ristorni». A loro parere, accettare un obbligo di fedeltà al 100% nei confronti di una conferenza marittima per ottenere uno sconto e nel contempo spedire taluni carichi con compagnie indipendenti costituisce un abuso del genere. Pertanto, non vi è nulla di abusivo nel tentativo di vigilare per l'osservanza di un obbligo di fedeltà, anche al 100%. A mio parere, questo motivo ignora le caratteristiche chiave delle liste nere rilevate sia nella decisione che nella sentenza impugnata. La Commissione ha chiaramente affermato, al punto 86 della decisione, che l'effetto concreto sui caricatori dell'imposizione di un obbligo di fedeltà al 100% era «aggrava[to]» dall'utilizzazione di liste nere che «impone[va] loro anche sanzioni connesse all'offerta o alla qualità del servizio». La Commissione fornisce, in una nota a piè di pagina al punto 29 della decisione, la prova della funzione direttamente eliminatoria delle liste nere. Il Tribunale ha espressamente confermato il parere della Commissione (riassunto al punto 182 della sentenza impugnata), addirittura sino al punto di citare la detta nota (punto 185).

152. Le ricorrenti sostengono che il Tribunale ha errato nel dichiarare (al punto 185 della sentenza impugnata) che la redazione di liste nere «non [poteva] essere considerata esentata ai sensi di una qualsiasi disposizione del regolamento [del 1986]». Tuttavia, come la Commissione rileva giustamente nella sua comparsa di risposta, può ritenersi che la redazione di liste di caricatori infedeli ricada sotto l'esenzione per gli accordi di fedeltà al 100% ai sensi del regolamento del 1986 al massimo qualora tali accordi, ai termini del decimo 'considerando', non «restringano unilateralmente la libertà degli utilizzatori e pertanto la concorrenza nel settore dei trasporti marittimi». Poiché concordo con il parere della Commissione, confermato dal Tribunale, secondo cui gli accordi di fedeltà della Cewal erano effettivamente imposti ai caricatori, sono convinto che il Tribunale non abbia commesso alcun errore di diritto di considerare che la redazione di tali liste non era esentata da alcuna disposizione del regolamento del 1986. A mio parere, gli effetti dell'imposizione abusiva di accordi di fedeltà da parte di una conferenza marittima possono chiaramente essere rafforzati dall'esistenza di liste nere di clienti infedeli giacché, in mancanza di tali liste, tali clienti potrebbero effettivamente beneficiare, di fatto, se non di diritto, di una possibilità di utilizzare, almeno occasionalmente, i servizi di compagnie indipendenti. Ne deriva, a mio parere, che la Commissione e il Tribunale hanno correttamente considerato che l'effetto complessivo della redazione di liste nere contribuisce all'abuso derivante dall'effettiva imposizione di contratti di fedeltà da parte dei membri della Cewal.

153. Infine, poiché le ricorrenti asseriscono per la prima volta nella replica dinanzi alla Corte che la Commissione ha leso i loro

diritti della difesa in ordine alla possibile funzione delle liste nere nell'agevolare l'imposizione di sanzioni non finanziarie, in quanto tale possibilità non era stata menzionata nella comunicazione degli addebiti, il motivo è irricevibile ai sensi dell'art. 42, n. 2, del regolamento di procedura della Corte, costituendo chiaramente un nuovo motivo di diritto che avrebbe potuto essere dedotto dinanzi al Tribunale.

154. In conclusione, propongo di confermare la sentenza del Tribunale, nella parte in cui ha dichiarato che i contratti di fedeltà al 100% venivano imposti (punto 183). Ritengo inoltre che sia la Commissione che il Tribunale abbiano correttamente esaminato questa pratica, «considerata nel suo insieme» (punto 186), concludendo che essa non poteva essere esentata «ai sensi dell'art. 85 del Trattato» (punto 183).

155. A questo punto è importante distinguere le singole violazioni di un «obbligo» inerente all'esenzione per categoria che costituivano l'oggetto della raccomandazione della Commissione (art. 5 della decisione) ai sensi dell'art. 7 del regolamento del 1986, che è stata confermata dal Tribunale e non ha formato oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte.

156. L'imposizione dei contratti di fedeltà al 100%, come la Commissione ha constatato all'art. 2 della decisione, eccedeva i limiti dell'art. 5, n. 2, del regolamento del 1986. Gli accordi di fedeltà vengono consentiti come parte di un sistema di ristorni immediati o differiti. Come risulta chiaramente dal decimo 'considerando' del regolamento del 1986, essi sono consentiti «unicamente secondo modalità che non restringano unilateralmente la libertà degli utilizzatori e pertanto la concorrenza nel settore dei trasporti marittimi». Nei limiti in cui il medesimo 'considerando' contempla l'inflizione di «sanzioni a coloro che eludessero abusivamente l'obbligo di fedeltà», è chiaro che quest'ultimo dev'essere la contropartita «per i ristorni, le riduzioni nei noli o le commissioni concessi dalla conferenza». E' assolutamente vietato utilizzare i ristorni allo scopo di estromettere i concorrenti dal mercato, intento fondamentale che, come ho già rilevato, sta alla base dell'accertamento da parte della Commissione di tutti e tre tipi di abuso. Tale intento è dimostrato molto eloquentemente dall'estratto del verbale dello Zaïre Pool Committee citato nella seconda nota a piè di pagina al punto 29 della decisione e che parla della «strategia difensiva [che] dovrebbe consistere nel dissuadere i clienti compilando una lista nera di caricatori/consegnatari infedeli i cui altri carichi spediti verso il Nord con navi della conferenza non beneficierebbero più del trattamento normalmente adeguato della conferenza». L'imposizione degli accordi di fedeltà non poteva quindi beneficiare di alcuna esenzione ai sensi del regolamento del 1986.

iv) Secondo argomento: la Commissione non può infliggere sanzioni senza aver prima revocato l'esenzione

157. Le ricorrenti sostengono che, se i loro accordi di fedeltà erano «imposti» ai sensi dell'art. 5, n. 2, lett. b), sub i), del regolamento del 1986, tale comportamento avrebbe costituito semplicemente la violazione di un «obbligo (...) ricollegato all'esenzione prevista dall'art. 3». In tal caso, la Commissione dovrebbe seguire la procedura prevista all'art. 7, n. 1. Pertanto, prima di infliggere ammende, essa sarebbe tenuta a revocare il beneficio dell'esenzione per categoria ai sensi dell'art. 3. A parere delle ricorrenti, il Tribunale ha ignorato la distinzione tra inosservanza di una «condizione» che rende automaticamente inapplicabile il beneficio di tale esenzione per categoria e la violazione di un «obbligo». Esse sostengono che il regolamento del 1986 costituiva un atto adottato in forza dell'art. 87, n. 2, lett. c), del Trattato per precisare il campo di applicazione degli articoli 85 e 86 nel settore dei trasporti marittimi, e che due tipi di abuso sono effettivamente contemplati dal regolamento: abusi che derivano da un comportamento per il quale le conferenze marittime si avvalgono del beneficio dell'esenzione per categoria e gli altri abusi. Nel primo caso, l'art. 8, n. 2, del regolamento impone alla Commissione di revocare l'esenzione prima di infliggere ammende.

158. La Commissione rileva che l'art. 8, n. 1, del regolamento del 1986 vieta «l'abuso di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 86 del trattato, senza che a tal fine sia richiesta una precedente decisione». Di conseguenza l'art. 8, n. 2, del regolamento del 1986 dovrebbe essere interpretato nel senso che attribuisce alla Commissione potere discrezionale quanto alle misure da adottare qualora un comportamento esentato configuri a prima vista un abuso [102]. In subordine, la Commissione ribadisce la tesi esposta al punto 87 della decisione, secondo cui, anche se il comportamento dei membri della Cewal riguardo ai contratti di fedeltà poteva «rientrare» nell'esenzione per categoria di cui all'art. 6 del regolamento [del 1986]» [103], nonostante la violazione di diversi «obblighi» imposti dall'art. 5, n. 2, del regolamento del 1986, quest'ultimo non «osterebbe all'applicazione dell'articolo 86 del trattato ad accordi e pratiche autorizzate da un'esenzione per categoria» al fine di «evitare l'applicazione dell'art. 86». Essa si basa quindi sul consolidato principio, confermato dal Tribunale, secondo cui non può esservi alcuna esenzione contemporaneamente ai sensi degli artt. 85 e 86.

159. Il parere espresso dal Tribunale, secondo cui non si può ritenere che il regolamento del 1986 attribuisca un'esenzione per un comportamento in contrasto con l'art. 86 del Trattato o con l'art. 8, n.

102 — Al riguardo, all'udienza l'agente della Commissione ha sottolineato che quest'ultima considererebbe la revoca del beneficio di un'esenzione per categoria come l'«opzione nucleare», e meno grave l'inflizione di ammende.

103 — Nei ricorsi proposti dinanzi sia al Tribunale che alla Corte si è ritenuto, nonostante il riferimento della Commissione all'«esenzione per categoria di cui *all'art. 6* del regolamento [del 1986]» (il corsivo è mio), che, per quanto concerne i poteri attribuiti alla Commissione dall'art. 8, n. 2, del regolamento, non dovesse operarsi alcuna distinzione tra l'esenzione ai sensi dell'art. 3 e quella ex art. 6 del regolamento medesimo.

1, del regolamento del 1986, è chiaramente corretto. Nella sentenza Ahmed Saeed, la Corte ha dichiarato che «l'abuso di posizione dominante non può fruire di alcuna esenzione in nessun modo (...)» [104]. Come la Commissione rileva giustamente nella sua controreplica, questo principio è stato di recente confermato in modo inequivocabile nella sentenza British Gypsum [105], in cui la Corte ha accolto il parere espresso dall'avvocato generale, secondo cui l'art. 85, n. 3, del Trattato non agisce «al tempo stesso» come «esenzione dal divieto di abuso di posizione dominante»; pertanto, anche se gli accordi di fedeltà della Cewal beneficiassero dell'esenzione per categoria, essi non sarebbero in alcun modo al riparo dall'applicazione immediata dell'art. 86 del Trattato» [106].

160. Nei limiti in cui le ricorrenti fanno valere che il fatto che l'esenzione di cui trattasi nel caso di specie è concessa da un regolamento del Consiglio adottato in forza dell'art. 87, n. 2, lett. c), del Trattato potrebbe incidere sull'applicazione del suddetto principio, la loro tesi è infondata. Il regolamento del 1986 è basato nel contempo sugli artt. 84, n. 2, e 87 del Trattato. Per quanto riguarda il primo, nella sentenza Commissione/Repubblica francese [107] la Corte ha affermato che, lungi dall'escludere l'applicazione del Trattato ai trasporti marittimi (e aerei), l'unico effetto dell'art. 84, n. 2, era che le disposizioni particolari del Trattato relative ai trasporti non si applicavano automaticamente ad essi, che pertanto restavano, «alla stessa guisa degli altri mezzi di trasporto, soggetti ai principi generali del trattato» [108], comprendenti, ovviamente, le regole di concorrenza [109]. Dalla sentenza Ahmed Saeed, in cui la Corte ha dichiarato, nonostante la mancata adozione di qualunque norma ai sensi dell'art. 87, che «il divieto sancito dall'art. 86 del trattato trova piena applicazione all'intero settore della navigazione aerea» [110], risulta chiaramente che lo scopo dell'art. 87, e in particolare il potere conferito al Consiglio dal n. 2, lett. c), di «precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 85 e 86», non è quello di consentire al Consiglio di determinare l'ambito di applicazione ratione materiae dell'art. 86, ma quello di permettergli di definire le modalità procedurali di applicazione delle regole di concorrenza. A mio parere, da un attento esame del regolamento del 1986 risulta chiaramente che questo è esattamente l'obiettivo perseguito dal Consiglio.

161. Passo ora ad esaminare la questione se, come sostengono le ricorrenti, la Commissione non potesse infliggere ammende

104 — Citata supra, nota 20, punto 32.

105 — Citata supra, nota 47.

106 — V. paragrafo 67 delle conclusioni dell'avvocato generale Léger, il cui ragionamento in merito è stato, tra l'altro, accolto dalla Corte al punto 11 della sentenza. L'avvocato generale ha basato il suo parere sul punto 25 della sentenza del Tribunale 10 luglio 1990, causa T-51/89, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. II-309; in prosieguo: la «sentenza Tetra Pak I»).

107 — Sentenza 4 aprile 1974, causa 167/73 (Racc. pag. 359).

108 — Ibid., punto 32. Questo parere è stato successivamente confermato dalla Corte nella sentenza 30 aprile 1986, cause riunite da 209/84 a 213/84, Pubblico Ministero/Asjes e a. (Racc. pag. 1425, in particolare punto 42; in prosieguo: la «sentenza Nouvelles Frontières»).

109 — Sentenza Nouvelles Frontières (già citata alla nota 108, punto 45).

110 — Loc. cit., punto 33.

per abuso di posizione dominante senza revocare l'esenzione attribuita alla Cewal dall'art. 3.

162. E' importante rammentare la natura dell'abuso addebitato alle ricorrenti, vale a dire, l'imposizione di accordi di fedeltà al 100% (anche per le vendite FOB), senza alcuna alternativa al 100%, fatti rispettare attraverso la compilazione di liste nere «*al fine di estromettere il principale concorrente indipendente*» (il corsivo è mio) della Cewal.

163. A mio parere, tale comportamento non era e non poteva essere esentato dall'applicazione dell'art. 86. Inoltre, per quanto viene in rilievo, esso non può essere qualificato come inosservanza di un semplice obbligo previsto dall'art. 5 del regolamento, inosservanza rientrante nelle violazioni menzionate al punto 178 della sentenza impugnata. Significa distorcere il senso delle parole affermare che il divieto di imposizione unilaterale di accordi di fedeltà al 100% configuri un obbligo. Si tratta di una precisazione di quanto è vietato dall'art. 5, n. 2, lett. b), sub i).

164. Tuttavia, sia la chiara e diretta formulazione che la struttura dell'art. 8 forniscono una risposta all'affermazione delle ricorrenti. L'art. 8, n 1, è così esplicito nel disporre che è vietato l'abuso di una posizione dominante «senza che a tal fine sia richiesta una precedente decisione» che occorrerebbe un'espressione estremamente chiara per contraddire tale disposizione. Inoltre, questa chiara formulazione è in perfetta armonia con i principi relativi all'efficacia dell'art. 86 e all'impossibilità di esenzioni.

165. Neppure l'art. 8, n. 2, del regolamento del 1986 contraddice o precisa in alcun modo l'art. 8, n. 1. Esso consente che «la Commissione, sia per iniziativa propria, sia a richiesta di uno Stato membro o di persone fisiche o giuridiche (...)» adotti uno specifico provvedimento di revoca di un'esenzione espressamente prevista dall'art. 3. Esso non impone alcuna restrizione al potere della Commissione di infliggere ammende nei casi descritti in particolare all'art. 19, n. 2, del regolamento del 1986. L'abuso contestato alle ricorrenti riguarda l'*imposizione* abusiva di contratti di fedeltà al 100% e non il beneficio dell'esenzione prevista dall'art. 3. Non vedo alcuna ragione per concludere che la condanna dell'imposizione di tali contratti dipende dal provvedimento estremo della revoca dell'esenzione.

166. Respingerei integralmente il motivo di impugnazione relativo all'imposizione dei contratti di fedeltà al 100%.

VI — Ammende

A — *Introduzione*

167. Le ricorrenti deducono, in subordine, svariati motivi in relazione ai diversi capi della decisione del Tribunale che confermano sostanzialmente le ammende loro inflitte. Poiché l'ammenda di gran lunga più elevata è stata posta a carico della CMB (v. sopra, paragrafi 3 e 4), non tutti gli argomenti dedotti da quest'ultima sono stati avanzati anche dalla Dafra.

B — *Competenza della Corte*

168. Le ricorrenti sostengono che, annullando la sentenza impugnata, la Corte può, in forza dei poteri conferitile dall'art. 54, primo comma, dello Statuto CE della Corte di giustizia, «statuire definitivamente sulla controversia qualora lo stato degli atti lo consenta (...)» ed esercitare, per quanto riguarda le ammende, la competenza «anche di merito» attribuitale dagli artt. 172 del Trattato e 21 del regolamento del 1986. Se la Corte accoglie la mia proposta di respingere tutti i motivi di impugnazione relativi alla questione dell'abuso, essa dovrebbe però, a mio parere, anche annullare in toto l'ammenda in base ad uno dei motivi dedotti.

169. Per quanto riguarda i motivi relativi alle ammende dedotti in subordine dalle ricorrenti, è opportuno anzitutto sottolineare che è attualmente il Tribunale a possedere la «competenza giurisdizionale anche di merito» prevista dall'art. 172 del Trattato e attribuita inizialmente alla Corte dall'art. 21 del regolamento del 1986 in relazione alle ammende inflitte in forza del medesimo regolamento. Detta competenza è stata assegnata al Tribunale in forza dell'art. 168 A del Trattato e dell'art. 3, n. 1, lett. c), della decisione del Consiglio 24 ottobre 1988, 88/591/CECA, CEE, Euratom, che istituisce un Tribunale di primo grado delle Comunità europee [111]. Inoltre, occorre ricordare che la competenza della Corte a sindacare le decisioni pronunciate dal Tribunale nell'esercizio di tale competenza è chiaramente limitata, sia dall'art. 168 A del Trattato che dall'art. 51 dello Statuto, all'esame degli errori di diritto eventualmente commessi nel confermare o annullare le decisioni della Commissione relative alle ammende. Così, nella sentenza Ferriere Nord/Commissione, la Corte ha dichiarato, in risposta ad un motivo con cui si faceva valere che l'ammenda inflitta era ingiusta, che non spetta ad essa, quando si pronuncia su questioni di diritto, «sostituire, per motivi di equità, la sua valutazione a quella del Tribunale che statuisce, nell'esercizio della sua competenza anche di merito, sull'ammontare delle ammende inflitte ad imprese a seguito della violazione, da parte di queste ultime,

111 — GU L 319, pag. 1.

del diritto comunitario» [112]. Essa ha dichiarato, inoltre, di essere competente soltanto ad esaminare «se il Tribunale ha risolto esaurientemente le questioni di diritto poste dal complesso degli argomenti invocati dalla ricorrente diretti alla revoca o alla riduzione dell'ammenda» [113].

170. Tuttavia, nel caso in cui la Corte constatasse che un errore di diritto inficia soltanto parte della sentenza impugnata, sorgerebbe l'ulteriore questione di stabilire l'estensione o la natura della competenza residuale della Corte. Ai sensi dell'art. 54, primo comma, dello Statuto, la Corte, se accoglie l'impugnazione, deve annullare la decisione del Tribunale, ma, in più, può «statuire definitivamente sulla controversia qualora lo stato degli atti lo consenta». Ne deriva, a mio parere, che qualora si presentino tali circostanze, la competenza anche di merito in ordine alle ammende, di cui all'art. 172 del Trattato, inizialmente attribuita alla Corte, ma trasferita al Tribunale, è ripristinata. Pertanto, qualora il Tribunale commetta un errore di diritto nell'esercizio della sua competenza ai sensi dell'art. 172 del Trattato, è fondamentale che la Corte, nell'interesse sia dell'economia processuale che dei diritti delle ricorrenti, qualora sia convinta che è opportuno statuire direttamente sulla controversia, possa esercitare una competenza anche di merito in ordine alle ammende.

112 — Sentenza 17 luglio 1997, causa C-219/95 P (Racc. pag. I-4411, punto 31; in prosieguo: la «sentenza Ferriere Nord»).

113 — Ibid.

C — *I motivi delle ricorrenti*

171. Tutte le ricorrenti hanno dedotto i seguenti motivi:

i) la natura (o la gravità) delle violazioni non era tale da consentire di qualificare queste ultime gravi o addirittura intenzionali;

ii) nell'infliggere le ammende a loro anziché alla Cewal, la Commissione ha violato i loro diritti della difesa;

iii) per varie ragioni, le ammende erano basate su un'errata valutazione del loro grado di partecipazione al traffico commerciale sulla rotta della Cewal;

iv) la loro collaborazione con la Commissione non era stata presa in considerazione quale circostanza attenuante;

v) non è stata adeguatamente tenuta in considerazione la durata relativamente breve delle infrazioni;

vi) contrariamente a quanto affermato dalla Commissione, la condotta contestata non consentiva loro di mantenere un'ampia quota di mercato;

vii) non è stato sufficientemente tenuto in considerazione quale circostanza attenuante il carattere di novità delle violazioni;

viii) infine, avrebbe dovuto essere preso in considerazione anche il contesto normativo dell'Ogefrem.

Inoltre, la CMB asserisce che l'ammenda inflittale era di ammontare elevato e senza precedenti, ed era stata impropriamente irrogata per stabilire un equilibrio politico con l'ammenda inflitta ad un'altra conferenza marittima con un'altra decisione della Commissione. Infine, le ricorrenti, in quello che costituisce in realtà un motivo a sé stante, sostengono che il tasso d'interesse (13,25%) imposto all'art. 7 della decisione per il caso di mancato pagamento delle ammende entro tre mesi dalla notifica della decisione stessa era eccessivo.

D — *Analisi*

172. Poiché concordo con la Commissione nel ritenere che molti degli argomenti fatti valere dalle ricorrenti in ordine ai vari motivi relativi alle ammende tendono essenzialmente a rimettere in discussione accertamenti di fatto operati dal Tribunale o sono manifestamente infondati, non esaminerò tutti i punti in dettaglio.

i) Violazione dei diritti della difesa

173. Le ricorrenti asseriscono che il Tribunale ha commesso un errore di diritto confermando che la Commissione era legittimata ad infliggere loro ammende nonostante il fatto che la comunicazione degli addebiti minacciasse soltanto di infliggere ammende alla Cewal, e non a qualcuno dei suoi membri. Al punto 232 della sentenza, il Tribunale ha affermato quanto segue:

«In secondo luogo, per quanto riguarda il calcolo dell'ammenda, il Tribunale considera che, difettando la conferenza di personalità giuridica, la Commissione era legittimata ad infliggere un'ammenda ai membri della Cewal piuttosto che alla conferenza. A questo proposito, occorre sottolineare che, oltre alla Cewal, ognuno dei membri della conferenza era destinata-

rio della comunicazione degli addebiti. Di conseguenza, e tenuto conto della mancanza di personalità giuridica della Cewal, il Tribunale considera che, anche se la comunicazione degli addebiti menzionava la sola possibilità di infliggere un'ammenda alla Cewal in relazione alle pratiche abusive, le ricorrenti non potevano ignorare di correre il rischio che un'eventuale ammenda venisse inflitta ad esse anziché alla conferenza».

174. Le ricorrenti sostengono che se non intendeva infliggere ammende alla Cewal in quanto questa difettava di personalità giuridica, la Commissione avrebbe dovuto avvertirle che le ammende sarebbero state irrogate nei loro confronti. Esse indicano il seguente pregiudizio che sarebbe derivato, a loro parere, da tale omissione:

— se fosse stata inflitta alla Cewal, l'ammenda avrebbe dovuto essere basata sulla cifra d'affari di questa, e non su quella dei suoi membri; la prima, essendo basata esclusivamente sulle linee dello Zaire, era inferiore alla seconda;

— poiché l'ammenda in definitiva avrebbe dovuto essere pagata dai membri della Cewal individualmente, le relative quote sarebbero state proporzionali alla loro quota di partecipazione al pool [114];

— la CMB non era a conoscenza del fatto che sarebbe stata oggetto di un trattamento particolare e che a suo carico sarebbe stata posta una quota sproporzionata dell'ammenda in ragione del suo ruolo particolarmente attivo negli abusi.

Le ricorrenti concludono che la Commissione non ha rispettato l'esigenza fondamentale che la comunicazione degli addebiti informi le parti circa gli addebiti mossi a loro carico e, in particolare, indichi quale di esse sopporterà l'onere finanziario dell'ammenda inflitta [115].

175. La Commissione non asserisce che i membri della Cewal erano stati informati delle ammende, ma sostiene che alle ricorrenti sarebbe dovuto risultare chiaro che «mediante la comunicazione degli addebiti, la denominazione "Cewal" veniva intesa come riferita al gruppo di imprese che costituivano la conferenza», giacché alla comunicazione degli addebiti era allegato un elenco dei suoi membri. Essa fa valere inoltre che il Tribunale aveva correttamente considerato che non avrebbe avuto senso infliggere un'ammenda alla Cewal, in quanto essa non aveva personalità giuridica. La Commissione sostiene che non era «plausibile» che esse fossero «così ingenue da rimanere sorprese dall'irrogazione di un'ammenda (...)». Inoltre, la Commissione fa valere che, poiché si prevedeva che sarebbero state inflitte ammende ai

114 — Nel suo ricorso, la CMB rileva che per tale motivo l'ammenda inflittale non poteva ammontare al 95% del totale.

115 — Esse citano, tra l'altro, le sentenze 23 febbraio 1994, cause riunite T-39/92 e T-40/92, CB e Europay/Commissione (Racc. pag. II-49), e 28 aprile 1994, causa T-38/92, AWS Benelux/Commissione (Racc. pag. II-211).

membri della Cewal per le infrazioni all'art. 85 contestate nella comunicazione degli addebiti, i membri della Cewal erano stati messi al corrente del fatto che sarebbero state loro inflitte ammende individuali.

176. A mio parere, il Tribunale ha ritenuto a torto che la Commissione fosse legittimata ad infliggere ammende ai membri della Cewal in quanto quest'ultima era priva di personalità giuridica e ciascuno di tali membri era destinatario della comunicazione degli addebiti. Questo errore di diritto deriva dall'errore da esso commesso presumendo che le ricorrenti non potessero non essere consapevoli del rischio di essere assoggettate al pagamento di un'ammenda.

177. E' pacifico che una copia della comunicazione degli addebiti è stata inviata alle ricorrenti, anche se soltanto tre mesi dopo l'invio della stessa alla Cewal. La vera questione, tuttavia, è se le ricorrenti siano state correttamente informate, mediante la copia della comunicazione degli addebiti da esse infine ricevuta insieme ad una lettera d'accompagnamento che non aggiungeva alcunché al contenuto di tale comunicazione, che avrebbero potuto essere individualmente assoggettate al pagamento di ammende che la comunicazione prevedeva espressamente di infliggere soltanto alla Cewal, con tutte le conseguenze che sarebbero derivate in relazione al calcolo dell'ammontare delle ammende stesse.

178. Anzitutto, non ritengo ammissibile che la Commissione dovesse operare presunzioni in relazione ad una questione così importante. La Corte ha costantemente affermato che «la comunicazione degli addebiti deve enunciare, in modo chiaro, tutti gli elementi essenziali sui quali si fonda la Commissione in quello stadio del procedimento» [116]. La garanzia procedurale essenziale fornita dalla comunicazione degli addebiti è «informat[a] ad un principio fondamentale del diritto comunitario il quale esige il rispetto delle prerogative della difesa in qualsiasi procedimento» [117]. Anche se non hanno carattere penale [118], le ammende hanno una funzione sanzionatrice. Ne deriva che la Commissione ha il preciso dovere di notificare chiaramente alle imprese che potrebbero essere inflitte loro delle ammende.

179. In secondo luogo, occorre ricordare che l'art. 19, n. 2, del regolamento del 1986, così come il corrispondente art. 15, n. 2, del regolamento n. 17/62, autorizza la Commissione ad infliggere ammende sia alle imprese che alle «associazioni di imprese». Una conferenza marittima, quale la Cewal, costituisce chiaramente un'associazione di questo tipo. E' altrettanto chiaro che le norme del Trattato relative alla concorrenza si applicano in generale alle associazioni di imprese [119] e che queste ultime sono esplicitamente assoggettate ai

116 — Sentenza 7 giugno 1983, cause riunite da 100 a 103/80, Musique Diffusion Française/Commissione (Racc. pag. 1825, punto 14).

117 — Ibid., punto 10.

118 — A tale proposito v. art. 19, n. 4, del regolamento del 1986.

119 — V., ad esempio, sentenza 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ/Commissione (Racc. pag. 3369, punto 20).

poteri d'indagine della Commissione, che comprendono il potere d'infliggere ammende [120]. Uno dei motivi addotti dalla Commissione per irrogare ammende ai membri della Cewal è la circostanza che quest'ultima era priva di personalità giuridica. Essa non ha affermato, né lo ha fatto il Tribunale, che le ammende non potessero essere inflitte ad associazioni sprovviste di personalità giuridica, in quanto, naturalmente, ciò è possibile [121]. Dal punto di vista dei membri della Cewal, è sufficiente rilevare che non v'era alcuna ragione per non interpretare la comunicazione degli addebiti in senso letterale, come espressione dell'intento di infliggere un'ammenda alla Cewal e non vedo alcun motivo per dispensare la Commissione da quello che considero un obbligo rigoroso. Nella sentenza AWS Benelux/Commissione, il Tribunale ha annullato le ammende in un caso nel quale «la Commissione, nonostante la contestazione (...) sollevata [nel procedimento amministrativo], non ha chiarito il suo punto di vista sull'imputabilità dell'infrazione» [122], anche se la sua sentenza era basata sulla carenza di motivazione della decisione anziché sulla violazione dei diritti della difesa.

180. In terzo luogo, la mancata comunicazione ai singoli membri della Cewal di questa assoggettabilità alle ammende non costituisce un semplice vizio di forma. La CMB, in particolare, è in grado di far valere un effettivo pregiudizio. Nella replica, le ricorrenti hanno rilevato, senza essere contraddette al riguardo dalla Commissione, che, se la cifra d'affari dei membri della Cewal relativa alle rotte di cui trattasi (22 171 milioni di ECU nel 1991) fosse stata considerata come la cifra d'affari pertinente ai fini del calcolo del massimo dell'ammenda (10%) che è possibile infliggere in forza dell'art. 19, n. 2, del regolamento del 1986, l'ammenda complessiva sarebbe stata molto più modesta. In realtà, essa avrebbe a mala pena superato un quarto della somma effettivamente fissata. Se la Commissione intendeva ripartire le ammende sulla base delle responsabilità individuali, avrebbe quanto meno dovuto render noto alle imprese che, in quanto soggetti distinti dalla Cewal, esse erano passibili di ammenda.

181. Poiché la Commissione ha violato un obbligo fondamentale, propongo di annullare la sentenza del Tribunale che conferma la decisione nella parte in cui infligge le

120 — V. art. 18, n. 1, del regolamento 1986 e, ad es., sentenza 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, SCK e FNK/Commissione (Racc. pag. II-1739, punti 253 e 254). Al riguardo, v. anche la recente comunicazione della Commissione, dal titolo «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del Trattato CECA» (GU 1998, C 9, pag. 3, in particolare punto 5, sub c).

121 — Nella sentenza IAZ/Commissione, citata supra, nota 119, la Corte ha dichiarato che ad un'associazione senza scopo di lucro (ANSEAU), cui aderivano 31 imprese belghe erogatrici di acqua, il cui scopo era «la tutela degli interessi comuni di dette imprese» (Racc. 1983, pag. 3374), era in realtà possibile infliggere un'ammenda in relazione a raccomandazioni formulate al fine di garantire che le imprese aderenti all'associazione allacciassero alla rete idrica soltanto lavatrici «approvate». Infatti, l'ammenda più grave era stata inflitta all'associazione. Nella sentenza 11 luglio 1989, causa 246/86, Belasco e a./Commissione (Racc. pag. 2117), la Belasco, una società cooperativa di produttori belgi di rivestimenti bitumati, e sette dei suoi soci, erano stati multati per aver applicato un accordo in materia di listini prezzi e le condizioni di vendita. Alla Belasco era stata inflitta un'ammenda di 15 000 ECU sulla base della sua cifra d'affari annuale; v. punti 65 e 66.

122 — Citata supra, nota 115, punto 27.

ammende alle ricorrenti, nonché di annullare la decisione in ordine alle ammende stesse.

ii) Altri argomenti

182. A parte quelli trattati in precedenza, le ricorrenti hanno addotto, sotto vari capi, numerosi argomenti in relazione alle ammende inflitte. Essi costituiscono per lo più una ripetizione di argomenti fatti valere dinanzi al Tribunale nonché argomenti dettagliati relativi ai fatti. Esaminare esaurientemente tutti questi punti allungherebbe a dismisura queste già lunghe conclusioni. Avendo riconosciuto il peso dell'argomento addotto dalle ricorrenti al secondo capo, ritengo di poter fare a meno di procedere ad un'analisi punto per punto di ciascuno degli altri argomenti, soprattutto perché, avendoli esaminati, sono convinto che essi, senza eccezione, siano privi di fondamento.

183. L'impostazione corretta consiste, a mio parere, nel prendere in esame tutti gli errori di diritto riscontrabili nella sentenza impugnata. La Corte dovrebbe, altrimenti, applicare il criterio espresso nella sentenza Ferriere Nord [123]. Non è necessario ripetere l'esame in dettaglio di ciascuno dei loro argomenti.

123 — Citata supra, nota 112.

184. La Corte dovrebbe considerare che il Tribunale ha esercitato la competenza anche di merito conferitagli dal Trattato ed ha esaminato adeguatamente tutti i punti di fatto e di diritto addotti dalle ricorrenti nel contestare le ammende. Mi sembra che dai punti 208-251 della sentenza impugnata risulti chiaramente che il Tribunale ha riesaminato attentamente ed in misura adeguata l'imposizione, l'entità e la ripartizione delle ammende. Propongo di esaminare molto brevemente soltanto due questioni, quella della gravità e quella del carattere di novità che a quanto si è detto hanno rispettivamente aggravato o mitigato gli effetti delle ammende irrogate. Per il resto, gli argomenti riguardano assai ampiamente l'imposizione discrezionale di ammende sulla base della valutazione dei fatti (ad esempio l'asserita discriminazione nella ripartizione delle ammende tra i singoli membri della Cewal).

185. In primo luogo, le ricorrenti contestano che le infrazioni fossero di natura particolarmente grave. La sentenza impugnata ha giustamente disatteso questo argomento (punto 231) sulla base del fatto che le «pratiche sono state attuate con l'intento di estromettere l'unico concorrente presente sul mercato». Le ricorrenti non contestano l'intenzionalità del loro comportamento, ma fanno valere, ancora una volta, il preteso carattere non abusivo delle pressioni sull'Ogefrem, della pratica delle fighting ships e degli sconti di fedeltà. A mio parere, questo motivo di ricorso è privo di fondamento.

186. In secondo luogo, le ricorrenti sostengono che il Tribunale non ha tenuto in

debita considerazione l'asserito carattere di novità di ciascuno degli elementi dell'abuso che emergono in relazione agli argomenti sostanziali fatti valere a proposito di ciascun addebito. Si tratterebbe in particolare dei seguenti fatti: l'abuso Ogefrem sarebbe il primo caso di abuso a rivestire la forma di pressioni su un governo straniero, la pratica delle «fighting ships» implicherebbe un'interpretazione estensiva della nozione di prezzi predatori e gli sconti di fedeltà porrebbero un nuovo problema di interpretazione del regolamento del 1986.

187. Per quanto riguarda la questione della novità, il Tribunale giustamente sottolinea che «l'obiettivo delle pratiche abusive contestate, vale a dire estromettere l'unico concorrente dal mercato, non presenta alcun carattere di novità nel diritto della concorrenza» (punto 248). Non è stato dimostrato che questa conclusione sia errata. Per di più, ritengo che il Tribunale, avendo dichiarato la propria «competenza anche di merito», abbia risposto agli argomenti in misura sufficiente sotto il profilo giuridico. Ritengo inoltre che il Tribunale abbia giustamente negato qualsiasi carattere di novità ai singoli abusi contestati alla luce del manifesto intento eliminatorio e anticoncorrenziale di questi ultimi [124].

188. Ho qualche dubbio circa l'ulteriore conclusione del Tribunale (punto 248), secondo cui non deve attribuirsi alcun carattere di novità alla nozione di posizione dominante collettiva. La decisione della Commissione nella causa «Vetro Piano» [125], citata al fine di confutare tale carattere di novità, è stata pubblicata ben dopo l'attuazione della maggior parte delle pratiche abusive in esame nella presente causa. D'altro canto, la speranza o la supposizione, da parte di un gruppo di imprese che hanno posto in essere un comportamento predatorio diretto ad eliminare la concorrenza, che il diritto comunitario possa non applicarsi a loro collettivamente ha scarsa rilevanza rispetto alla gravità dell'abuso contestato. Pertanto, non ritengo che al riguardo il Tribunale abbia commesso un errore di diritto e respingerei questo motivo di ricorso.

iii) Il tasso d'interesse

189. Le ricorrenti contestano al Tribunale di aver respinto il loro motivo secondo cui la Commissione aveva ammesso un errore, all'art. 7 della decisione, nel fissare il tasso d'interesse per il ritardato pagamento delle ammende inflitte con la decisione facendo riferimento al tasso «applicato dal Fondo europeo di cooperazione monetaria alle sue operazioni in ecu il primo giorno feriale del mese di adozione della presente decisione,

124 — A sostegno di questa conclusione mi richiamerei in particolare alla sentenza Tetra Pak II (citata supra, nota 56). Essa riguardava l'applicazione dell'art. 86 ad abusi commessi da un'impresa in posizione dominante su un mercato collegato sul quale essa deteneva una posizione preminente, anche se non dominante. La Tetra Pak affermava che il carattere innovativo di questa applicazione costituiva una circostanza attenuante. La Corte, tuttavia, ha confermato il rigetto di questo argomento da parte del Tribunale, che aveva giustamente basato la propria decisione sul fatto che la Tetra Pak «non poteva non essere consapevole della contrarietà alle regole del Trattato delle pratiche di cui è causa» dato «il carattere manifesto e la particolare gravità delle restrizioni della concorrenza causate dagli abusi in questione» (punto 48).

125 — Decisione della Commissione 7 dicembre 1988, 89/93/CEE, relativa ad un procedimento a norma degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE (IV/31.906 — Vetro piano; GU L 33, pag. 44).

maggiorato di tre punti e mezzo, cioè il 13,25% ». A loro parere, il tasso d'interesse è enormemente elevato. Dinanzi al Tribunale esse hanno fatto valere, riferendosi ai tassi d'interesse (presumibilmente per i depositi) applicabili all'ECU al momento dei fatti, che sarebbe stato più appropriato applicare il tasso d'interesse fissato dal Tribunale. Quest'ultimo ha rilevato (punto 250) che « le ricorrenti non hanno apportato alcun elemento atto a dimostrare che (...) la Commissione abbia commesso un errore ».

190. Non ritengo che con tali affermazioni si sia replicato in misura sufficiente, sul piano giuridico, agli argomenti addotti dalle ricorrenti in relazione all'aggiunta tre punti e mezzo in percentuale. La Commissione dispone chiaramente di un potere discrezionale al fine di stabilire il tasso di interesse appropriato. Un tasso d'interesse corretto fa sì che le imprese non ricorrano a manovre dilatorie. D'altro canto, il tasso fissato non dovrebbe essere così alto da obbligare di fatto le imprese a pagare le ammende anche qualora ritengano di avere buoni motivi per contestare la validità della decisione della Commissione [126]. Ritengo che nel fissare gli interessi di mora, la Commissione sia legittimata ad adottare un punto di riferimento più elevato rispetto al tasso di interesse passivo medio applicabile sul mercato nella misura in cui ciò sia necessario per scoraggiare manovre dilatorie. Tuttavia, l'aggiunta di tre punti percentuali e mezzo in percentuale ad un tasso già elevato, senza alcuna spiegazione, non è ammissibile.

191. Nel confermare la decisione della Commissione al riguardo, senza indagare se la Commissione avesse convincenti motivi, giuridici o di altra natura, per applicare tale maggiorazione, ritengo che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto e che la sua decisione al riguardo debba essere annullata.

E — *Sintesi delle proposte*

192. Per i motivi sopra esposti (paragrafi 173-181), ritengo che le ammende inflitte alla CMB e alla Dafra in forza dell'art. 6 della decisione vadano annullate, in quanto il Tribunale ha respinto a torto il motivo secondo cui la Commissione non aveva rispettato i diritti di difesa delle ricorrenti nell'irrogazione di tali ammende. Inoltre, anche se respingerei tutti gli altri motivi dedotti in ordine alle ammende, penso che il Tribunale, confermando il tasso d'interesse imposto dall'art. 7 della decisione per il tardivo pagamento delle ammende irrogate, abbia anche commesso un errore di diritto.

126 — Nella sentenza 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG/Commissione (Racc. pag. 3151), la Corte ha respinto (punto 141) l'argomento della ricorrente secondo cui « misure intese a compensare tale vantaggio non sono ammissibili ai sensi del diritto comunitario », e ha ritenuto che tale tasso di interesse fosse necessario per scoraggiare « la presentazione di ricorsi manifestamente infondati, aventi il solo scopo di ritardare il pagamento dell'ammenda ». V. anche sentenza 14 luglio 1995, causa T-275/94, CB/Commissione (Racc. pag. II-2169, punti 48 e 49).

VII — La CEDU

193. Le ricorrenti sostengono altresì, con due distinti motivi di impugnazione, che le «numerose incertezze e modifiche delle accuse» mosse contro di loro, di cui, a loro dire, sono responsabili nella fattispecie sia il Tribunale che la Commissione, nonché il fatto che il Tribunale si sia basato su quelli che esse definiscono nuovi abusi, comportano il mancato rispetto da parte di detto giudice dei principi sanciti dagli artt. 6, n. 3, e 7, n. 1, della CEDU [127].

194. Per i motivi che ho già indicato in precedenza, alle sezioni V e VI, nel respingere le tesi addotte dalle ricorrenti in relazione a varie violazioni dei diritti della difesa, non sono d'accordo sul fatto che (a prescindere della mancata comunicazione, da parte della Commissione, della sua intenzione di infliggere ammende ai membri della Cewal) sia la Commissione che il Tribunale siano venuti meno all'obbligo — che riconosco derivante tanto dai principi generali del diritto comunitario quanto dall'art. 6, n. 3, della CEDU — di informare chiaramente circa la natura degli addebiti mossi nei suoi confronti una persona accusata di un comportamento che, pur non avendo rilevanza penale, potenzialmente la espone a sanzioni.

195. Per quanto riguarda il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, per i motivi indicati alla sezione VI nel respingere le varie asserzioni delle ricorrenti secondo cui la qualificazione del loro comportamento come abusivo presentava carattere innovativo e non poteva, pertanto, essere stato da esse ragionevolmente previsto, ritengo che da parte del Tribunale non vi sia stata alcuna violazione del suddetto principio né, di conseguenza, dell'art. 7, n. 1, della CEDU.

VIII — Spese

196. Nella presente causa, poiché a mio parere le varie affermazioni delle ricorrenti in ordine alla fondatezza della decisione del Tribunale che conferma la decisione e la maggior parte dei loro motivi riguardanti le ammende vanno disattesi, ritengo che, ai sensi degli artt. 69 e 112 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, esse vadano considerate di fatto soccombenti e, pertanto propongo alla Corte di condannarle al pagamento delle spese sostenute sia dalla convenuta che dalla parte interveniente.

127 — L'art. 6, n. 3, dispone, per quanto qui di rilievo, che «ogni accusato» ha diritto a «essere informato (...) della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico» mentre, ai sensi dell'art. 7, n. 1, «nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale».

IX — Conclusione

197. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte, anzitutto, di:

— annullare la sentenza del Tribunale nella parte in cui ha confermato le ammende inflitte alle ricorrenti, nonché il relativo tasso degli interessi di mora;

— annullare gli artt. 6 e 7 della decisione della Commissione 23 dicembre 1992, 93/82/CEE, relativa ad un procedimento in forza degli articoli 85 del Trattato CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) e 86 del Trattato CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal) nei limiti in cui riguardano le ricorrenti.

Per il resto, propongo alla Corte di:

— respingere integralmente l'impugnazione;

— condannare le ricorrenti a sopportare le spese sostenute dalla convenuta e dalla parte interveniente, Grimaldi e Cobelfret.