CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GEORGES COSMAS

presentate il 16 maggio 2000 *

Indice

I — Introduzione I-11372

II — I fatti e il procedimento I-11372

III — La necessità di evitare decisioni contraddittorie tra giudici nazionali e istituzioni comunitarie I-11376

A — Quando vi è rischio di decisioni contraddittorie? I-11376

a) Osservazioni generali I-11376

b) Nella presente causa I-11377

B — La giurisprudenza della Corte relativa alla possibilità di decisioni contraddittorie I-11378

C — La specificità della causa di cui trattasi I-11379

IV — Soluzione delle questioni pregiudiziali I-11380

A — Osservazioni preliminari I-11380

a) L'oggetto della causa principale I-11380

b) Le questioni pregiudiziali I-11381

B — È possibile, nel caso specifico, l'esame della validità della decisione 98/531 per mezzo di una questione pregiudiziale? I-11383

a) Osservazioni introduttive I-11384

b) L'identità delle parti nel procedimento principale osta alla proposizione di una questione pregiudiziale relativa alla validità della decisione 98/531 .. I-11385

c) I problemi posti, in generale, dall'esame della validità di una decisione comunitaria come quella in oggetto, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato I-11389

C — Conclusioni I-11391

V — Sulla seconda questione pregiudiziale I-11392

A — Il prezzo dei gelati e la compatibilità degli accordi in esame con le disposizioni dell'art. 86 del Trattato I-11392

* Lingua originale: il greco.

B — Le clausole di esclusiva controverse e l'art. 85, n. 1, del Trattato I-11394
a) La sentenza Delimitis I-11394
b) La trasposizione della giurisprudenza Delimitis nella presente causa I-11395
c) Sulla giustificazione obiettiva delle clausole di esclusiva di cui trattasi ... I-11400
C — Le clausole di esclusiva controverse e l'art. 86 del Trattato I-11403
VI — La terza questione pregiudiziale I-11407
VII— Risultati dell'analisi I-11409
VIII—Conclusione I-11409

I — Introduzione

1. Nella presente causa la Supreme Court (Irlanda) sottopone alla Corte tre questioni pregiudiziali, formulate ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE). La prima questione riguarda le relazioni tra i giudici nazionali e gli organi amministrativi e giurisdizionali comunitari nei casi in cui si ponga un problema di interpretazione e di applicazione ad hoc degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato CE (divenuti articoli 81, n. 1, CE e 82 CE). Le altre due questioni riguardano la compatibilità con la normativa comunitaria di clausole contrattuali di esclusiva, imposte dal produttore e distributore di gelati ai dettaglianti, relativamente all'uso dei frigocongelatori che questo distributore fornisce alle sue controparti contrattuali.

II — I fatti e il procedimento

2. La presente causa riguarda gli accordi conclusi dalla società HB Ice Cream Ltd, divenuta Van Den Bergh Foods Ltd (in prosieguo: la «HB»), relativi alla distribuzione in Irlanda di gelati destinati al consumo immediato. La politica della HB nell'ambito della propria attività di impresa consiste nel mettere dei frigocongelatori a disposizione dei punti vendita al dettaglio che distribuiscono i suoi gelati a condizione che questi frigocongelatori siano utilizzati esclusivamente per i suoi propri prodotti (in prosieguo: la «clausola di esclusiva»). La HB, che dal 1974 fa parte del gruppo Unilever, è la più importante società di produzione e di distribuzione di gelati in Irlanda ed occupa il primo posto su tale mercato, dal momento che la sua quota di mercato non è mai stata inferiore al 70%.

3. La società Masterfoods Ltd (in prosieguo: la «Masterfoods») è una filiale della multinazionale americana Mars Inc. ed è entrata nel mercato irlandese dei gelati nel

1989. Nel corso dell'estate di quell'anno, numerosi dettaglianti hanno iniziato a conservare i gelati Mars nei frigocongelatori messi a loro disposizione dalla HB. Quest'ultima chiedeva dunque di rispettare fedelmente la clausola di esclusiva contenuta nel contratto relativo ai frigocongelatori.

4. Nel marzo 1990, la Masterfoods agiva in giudizio dinanzi alla High Court (Irlanda) per fare dichiarare che la citata clausola era contraria agli artt. 85 e 86 del Trattato. La HB chiedeva al medesimo giudice di vietare alla Masterfoods di indurre i dettaglianti a conservare i gelati Mars nei congelatori della HB. Nell'aprile 1990, la High Court pronunciava un'ingiunzione provvisoria in favore della HB.

5. Il 28 maggio 1992, la High Court si pronunciava nel merito, respingendo il ricorso della Masterfoods e vietando a tale società, con un'ordinanza definitiva («permanent order»), di indurre i dettaglianti a conservare i gelati Mars nei congelatori di proprietà della HB. Tuttavia, essa respingeva la domanda di risarcimento danni della HB.

6. Il 4 settembre 1992, la Masterfoods interponeva appello («appeal») avverso la decisione della High Court dinanzi alla Supreme Court. Nell'atto d'appello, essa chiedeva alla Supreme Court, in primo luogo, di annullare l'ordinanza e l'ingiunzione della High Court, in secondo luogo, di dichiarare che le clausole di esclusiva in causa erano illegittime e non valide, perché contrarie agli artt. 85 e 86 del Trattato, in terzo luogo, in subordine, di ordinare la riapertura del procedimento dinanzi alla High Court e, in quarto luogo, di condannare la controparte alle spese.

7. Occorre fare notare che il 18 settembre 1991, parallelamente al procedimento contenzioso dinanzi ai giudici nazionali, la Masterfoods depositava una denuncia presso la Commissione, sostenendo che le clausole di esclusiva contenute nell'accordo di fornitura dei frigocongelatori, stipulato tra la HB e i dettaglianti, erano contrarie alle regole di concorrenza comunitarie. Il 29 luglio 1993, la Commissione concludeva in via provvisoria che il sistema di distribuzione della HB costituiva una violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato e notificava una comunicazione degli addebiti in tal senso. Essa invitava la HB a proporre modifiche al suo sistema di distribuzione dei gelati. L'8 marzo 1995, in seguito a un colloquio con la Commissione, la HB le notificava alcune proposte di modifica. In un primo momento, la Commissione affermava in una comunicazione che, a prima vista, le modifiche progettate avrebbero potuto essere sufficienti per accordare un'esenzione. Il 15 agosto 1995, la Commissione annunciava la sua intenzione di assumere una posizione favorevole in merito agli accordi di distribuzione (modificati) che le erano stati notificati. Successivamente, ritenendo che queste modifiche non avessero apportato i risultati previsti sul mercato e tenuto conto delle condizioni del mercato in quel momento, la Commissione modificava la sua intenzione iniziale e indirizzava alla HB una nuova comunicazione degli addebiti (22 gennaio

1997). Infine, l'11marzo 1998, adottava la decisione 98/531/CE [1].

8. Ai sensi dell'art. 1 della decisione 98/531, «costituisce un'infrazione all'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato CE la clausola di esclusiva inclusa negli accordi per la fornitura dei frigocongelatori, stipulati in Irlanda tra Van den Bergh Foods Limited ed i rivenditori, per quanto riguarda l'installazione di frigocongelatori presso i punti vendita che dispongono soltanto di uno o di più frigocongelatori forniti da tale impresa per la conservazione di gelati ad acquisto d'impulso in confezione monodose e che non possiedono uno o più frigocongelatori propri o forniti da altri produttori di gelati diversi da Van den Bergh Foods Limited».

9. L'art. 3 della decisione 98/531 stabilisce che «costituiscono un'infrazione all'art. 86 del Trattato CE le pressioni esercitate da Van den Bergh Foods Limited sui rivenditori dell'Irlanda che non dispongono di frigocongelatori propri o forniti da un produttore di gelati diverso da Van den Bergh Foods Limited, affinché sottoscrivano gli accordi per la fornitura di frigocongelatori soggetti ad un vincolo di esclusiva, proponendo di fornire loro i frigocongelatori per la conservazione di gelati ad acquisto d'impulso in confezione monodose e di effettuare la manutenzione di detti frigocongelatori, senza oneri diretti per i rivenditori».

1 — Decisione della Commissione 11 marzo 1998 relativa ad un procedimento in applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE nei confronti di Van den Bergh Foods Limited (Casi IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436)[notificata con il numero C(1998) 292] (GU L 246, pag. 1).

10. Il 21 aprile 1998, la HB proponeva un ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione dinanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee (causa T-65/98).

11. Il 16 giugno 1998, la Supreme Court decideva con ordinanza di sospendere il giudizio nel procedimento pendente dinanzi ad essa e di proporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) In considerazione della sentenza e delle ordinanze della High Court (Irlanda) emanate il 28 maggio 1992, della decisione della Commissione delle Comunità europee 11 marzo 1998 e dei ricorsi proposti dalla Van den Bergh Foods Ltd, ai sensi degli artt. 173, 185 e 186 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (in prosieguo: il "Trattato CE"), diretti all'annullamento e alla sospensione della detta decisione,

a) se l'obbligo di leale collaborazione con la Commissione, così come interpretato dalla Corte di giustizia, imponga alla Supreme Court di sospendere il procedimento fino alla pronuncia del Tribunale di primo grado sul ricorso dinanzi ad esso proposto contro la citata decisione della Commissione, e fino alla pronuncia della Corte di giustizia sull'eventuale ricorso contro la pronuncia del Tribunale di primo grado;

b) se una decisione della Commissione, che riguardi un soggetto privato (e che costituisca oggetto di un ricorso di annullamento e di un'istanza di sospensione proposti dal medesimo), che dichiari che il contratto di fornitura di congelatori stipulato dal suddetto è in contrasto con gli artt. 85, n. 1, e/o 86 del Trattato CE, impedisca a tale soggetto di chiedere la conferma di una sentenza in senso contrario, pronunciata in suo favore da un giudice nazionale su questioni identiche o analoghe in relazione agli artt. 85 e 86 del Trattato, quando la detta sentenza sia oggetto di impugnazione dinanzi all'organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado.

La seconda e la terza questione sorgono solamente in caso di soluzione negativa della prima questione, lett. a).

2) In considerazione del contesto economico e giuridico degli accordi di cui trattasi relativi all'uso delle vetrine frigorifero nell'ambito del mercato dei prodotti di gelateria consistenti in confezioni singole di consumo immediato, se la prassi in base alla quale un produttore e/o fornitore di prodotti di gelateria metta a disposizione dei rivenditori un frigorifero senza diretto corrispettivo - ovvero induca in altro modo i rivenditori ad accettare l'uso del frigorifero - subordinatamente alla condizione che il rivenditore non conservi nel frigorifero altri prodotti di gelateria che non siano quelli provenienti dal detto produttore e/o fornitore costituisca una violazione delle disposizioni agli artt. 85, n. 1, e/o 86 del Trattato CE.

3) Se la legittimità, rispetto agli artt. 85 e 86 del Trattato CE, della clausola di esclusiva contenuta negli accordi relativi all'uso dei frigoriferi possa derivare dalle disposizioni dell'art. 222 del Trattato CE».

12. Inoltre, nel contesto della causa pendente dinanzi al Tribunale a seguito del ricorso proposto il 21 aprile 1998 dalla HB, il presidente del Tribunale ha sospeso, con ordinanza 7 luglio 1998 [2], l'esecuzione della decisione impugnata della Commissione fino alla decisione definitiva sul merito di questa causa (T-65/98).

13. Con ordinanza 28 aprile 1999, il presidente della Quinta Sezione del Tribunale, conformemente all'art. 47, terzo comma, dello Statuto CE della Corte di giustizia, sospendeva il procedimento nella causa T-65/98 fino alla pronuncia della sentenza della Corte nella presente causa.

2 — Causa T-65/98 R, Van den Bergh Foods/Commissione (Racc. pag. II-2641).

III — La necessità di evitare decisioni contraddittorie tra giudici nazionali e istituzioni comunitarie

14. Il problema centrale posto dalla causa in esame consiste evidentemente nel fatto che si devono evitare decisioni contraddittorie tra i giudici nazionali e le istituzioni comunitarie nell'ambito dell'interpretazione e dell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato. Questo rischio esiste in quanto, così come la Corte ha osservato nella sentenza Delimitis [3], per alcuni aspetti disciplinati dagli artt. 85 e 86 del Trattato — in particolare quello consistente nell'accertare se una pratica d'impresa debba essere considerata compatibile con gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato — la Commissione non dispone di una competenza esclusiva, ma di una competenza che divide con i giudici nazionali.

A — *Quando vi è rischio di decisioni contraddittorie?*

a) Osservazioni generali

15. Per quanto riguarda l'accertamento se vi sia contraddizione o rischio di contraddizione tra, da una parte, una decisione della Commissione che applica gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato ad una controversia specifica e, dall'altra parte, una decisione di un giudice nazionale sul medesimo problema, è necessario fare le seguenti osservazioni preliminari.

16. Per accertare se sussista tale contraddizione, non è sufficiente che il problema giuridico sollevato dinanzi ai giudici nazionali e quello su cui la Commissione concentra la sua attenzione siano connessi [4]. Non è sufficiente neppure che vi sia una somiglianza del problema giuridico, quando non esista assoluta identità del contesto giuridico e di fatto della causa di cui sono investiti la Commissione e i giudici nazionali [5]. La decisione della Commissione può sicuramente fornire indicazioni importanti [6] relativamente alla maniera adeguata di interpretare gli artt. 85, n. 1, e 86; ma, in questa ipotesi, non esiste alcun rischio, da un punto di vista strettamente giuridico, di decisioni contraddittorie. Questo rischio esiste soltanto nell'ipotesi in cui il giudicato che emerge o emergerà dalla decisione del giudice nazionale sia contrario alla motivazione ovvero al dispositivo

3 — Sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89 (Racc. pag. I-935, punti 43-46). V. anche sentenze 6 febbraio 1967, causa 48/67, Brasserie de Haecht (Racc. pag. 77), e 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT (Racc. pag. 51).

4 — Per esempio quando i giudici nazionali esaminino la legittimità di una clausola di esclusiva per l'uso di frigocongelatori per gelati e la Commissione si pronunci su un accordo di esclusiva che riguarda l'uso di una rete di distribuzione di giornali.

5 — Per esempio quando i giudici nazionali esaminino la legittimità di un accordo di esclusiva che riguarda l'uso di un frigocongelatore per gelati tra una determinata società ed i dettaglianti 1,2 e 3 in Irlanda, mentre la Commissione esamina un accordo simile che riguarda gli stessi prodotti sullo stesso mercato tra un'altra società e i dettaglianti 4,5 e 6.

6 — V. i punti 20 e 21 della comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE (93/C 39/05, GU 1993, C 39, pag. 6).

della decisione della Commissione [7]. Occorre pertanto esaminare ogni volta i limiti del giudicato della decisione del giudice nazionale e il contenuto della decisione della Commissione.

b) Nella presente causa

17. Occorre prima di tutto sottolineare che, nella presente causa, l'oggetto dell'ordinanza della High Court sembra a prima vista identico a quello della decisione della Commissione: si tratta di valutare la compatibilità con gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato della clausola di esclusiva contenuta negli accordi che riguardano i frigocongelatori, conclusi tra la HB e i dettaglianti che vendono gelati in Irlanda. Questo non vuole tuttavia dire che, laddove queste decisioni pervengano a conclusioni opposte, esse siano totalmente contraddittorie.

18. Più precisamente, relativamente alla constatazione che le contestate clausole di esclusiva, imposte dalla HB, non erano, per i loro effetti sulla concorrenza, contrarie agli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato, l'ordinanza della High Court era fondata su dati e su valutazioni che si situavano, da un punto di vista temporale, in un momento precedente alla data di tale ordinanza, cioè anteriormente al 1992. Ora, gli effetti giuridici che discendono dall'ordinanza della High Court vanno manifestamente al di là di questa data. La High Court ha pronunciato un'ingiunzione definitiva che imponeva il rispetto delle clausole di esclusiva relative ai frigocongelatori della HB e che vietava alla società Masterfoods di indurre i dettaglianti a violare queste clausole di esclusiva.

19. La decisione della Commissione si fonda principalmente su una ricerca di mercato realizzata nel 1996 [8]; essa tiene conto anche del fatto che gli accordi per la fornitura di frigocongelatori, proposti dalla HB ai dettaglianti, sono stati modificati successivamente al 1995. La decisione della Commissione è chiara nel suo dispositivo: le clausole contrattuali di esclusiva relative all'uso di frigocongelatori messi a disposizione dalla HB ai dettaglianti non sono valide in quanto contrarie agli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato; la HB deve «porre fine immediatamente» [9] alle infrazioni contestate e informarne i dettaglianti, entro tre mesi dalla data di notifica della decisione [10].

20. Da quanto precede possono trarsi le due seguenti conclusioni. In primo luogo, il

7 — Non nego che, quando esiste una somiglianza maggiore tra l'oggetto della decisione della Commissione e quello della decisione del giudice nazionale, l'adozione di soluzioni contraddittorie da parte di questi due soggetti non favorisce l'applicazione uniforme del diritto comunitario. Tuttavia, non si tratta di casi di pura contraddizione tra la decisione comunitaria e la decisione nazionale. Una diversa interpretazione, secondo cui tale rischio di decisioni contraddittorie sarebbe interpretato in modo estensivo, creerebbe un vincolo eccessivo per il giudice nazionale.

8 — V. i punti 28-38 della decisione 98/531.

9 — Art. 4 della decisione 98/531.

10 — Art. 5 della decisione 98/531.

dispositivo della decisione della Commissione non si fonda su una valutazione del medesimo contesto di fatto che è stato esaminato dal giudice irlandese [11]. È teoricamente possibile che la clausola di esclusiva contenuta nei contratti relativi ai frigocongelatori stipulati anteriormente al 1992 non fosse contraria alle regole di concorrenza comunitarie — come la High Court ha dichiarato — ma che relativamente ai contratti stipulati successivamente al 1992, su cui si è svolto il controllo della Commissione, si possa effettuare una diversa valutazione. In secondo luogo, le due decisioni sono manifestamente contraddittorie per i loro effetti giuridici, quantomeno a partire dalla data di adozione e di notifica della decisione della Commissione. Più precisamente, secondo la decisione della Commissione, la clausola di esclusiva in questione cessa automaticamente di applicarsi l'11 marzo 1998 in quanto è contraria alle regole di concorrenza comunitarie. Al contrario, l'ingiunzione definitiva della High Court, che continua ad applicarsi successivamente all'11 marzo 1998, impone il rispetto della suddetta clausola di esclusiva.

21. Conseguentemente, si tratta di un caso di parziale contraddizione tra l'ordinanza della High Court e la decisione della Commissione [12]. Tale contraddizione è condizionata dall'applicazione della decisione della Commissione, poiché il Tribunale, con l'ordinanza del suo presidente, ha ordinato la sospensione dell'esecuzione di questa decisione [13]. Inoltre, esiste un rischio che la Supreme Court pronunci una sentenza in contraddizione con la decisione della Commissione, fondandosi sulla motivazione dell'ordinanza di primo grado della High Court o su nuovi elementi o su nuovi accertamenti. Esaminerò questa possibilità nel punto successivo della mia analisi.

B — *La giurisprudenza della Corte relativa alla possibilità di decisioni contraddittorie*

22. Ho già ricordato che, nella sentenza Delimitis [14], la Corte aveva segnalato il rischio che i giudici nazionali e la Commissione adottassero decisioni contraddittorie nell'ambito dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Essa ha anche sottolineato che decisioni contraddittorie sono contrarie al principio generale della certezza del diritto e «sono pertanto da evitarsi allorché i giudici nazionali si pronunciano su accordi o pratiche che possono costituire ancora oggetto di decisione da parte della Commissione» [15].

23. La Corte ha successivamente giudicato utile fornire al giudice nazionale alcuni

11 — Così sarebbe stato se la Commissione avesse fondato la sua decisione sulla situazione del mercato dei gelati in Irlanda nel periodo 1990-1992 e sulla quota di mercato detenuta dalle imprese interessate durante il medesimo periodo.

12 — V. anche il punto 7 dell'ordinanza citata del presidente del Tribunale 7 luglio 1998.

13 — V. *supra*, nota 2.

14 — Sentenza citata alla nota 3.

15 — Ibidem, punto 47.

orientamenti sul modo di affrontare questa situazione. Se la soluzione in merito all'applicazione delle disposizioni comunitarie controverse è evidente, il giudice nazionale può proseguire il procedimento [16]. Al contrario, «la sospensione del procedimento o l'adozione di provvedimenti provvisori va presa in considerazione» [17] quando, nell'ambito dell'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato, si presenti il rischio di decisioni contraddittorie tra la sentenza del giudice nazionale e la decisione che deve essere adottata dalla Commissione. Inoltre, la Corte ha sottolineato che il giudice nazionale aveva la possibilità di informarsi presso la Commissione sullo stato di avanzamento del procedimento comunitario ovvero di chiedere la sua assistenza se l'applicazione degli articoli del Trattato in causa sollevava particolari difficoltà [18]. Infine, il giudice nazionale può sospendere il procedimento nella causa dinanzi ad esso pendente e sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato [19].

24. Occorre ricordare che la causa Delimitis riguardava il caso in cui un giudice nazionale era chiamato a pronunciarsi sull'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato nel momento in cui la Commissione era investita del medesimo problema ma non aveva ancora adottato una decisione a questo riguardo. Inoltre, quando la Corte invita a far ricorso alla procedura dell'art. 177 del Trattato, ciò avviene in una fase del procedimento in cui il giudice nazionale non contesta la legittimità di un atto già adottato dalla Commissione. In altri termini, il giudice nazionale è invitato, per mezzo delle questioni pregiudiziali che sottopone alla Corte, a sollevare un problema di interpretazione di disposizioni di diritto comunitario, e non, eventualmente, un problema relativo alla validità di una decisione individuale della Commissione. Questo problema sorge nel contesto della presente causa, sulla cui specificità mi sembra opportuno insistere.

C — *La specificità della causa di cui trattasi*

25. La presente causa non è interamente sussumibile nelle conclusioni a cui è pervenuta la Corte nella sentenza Delimitis. La sua specificità e le sue difficoltà consistono nei seguenti elementi:

In primo luogo, come ho già ricordato, la contraddizione tra la sentenza del giudice irlandese di primo grado e la decisione già adottata dalla Commissione non è semplicemente possibile; essa è manifesta ed imminente [20]. La contraddizione si sarebbe già prodotta se il Tribunale di primo grado non avesse ordinato la sospensione dell'esecuzione della decisione della Commissione [21]. Inoltre, le decisioni della Commissione e del giudice irlandese sarebbero

16 — Ibidem, punto 50.

17 — Ibidem, punto 52.

18 — Si tratta di un'applicazione del principio dell'obbligo di cooperazione della Commissione con le autorità nazionali ai sensi dell'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE).

19 — Sentenza Delimitis, citata alla nota 3, punto 54.

20 — Sottolineo ancora che, nella presente causa, il giudice nazionale ha ritenuto che le clausole di esclusiva in esame siano conformi alle regole di concorrenza comunitarie, mentre la Commissione ha adottato un punto di vista esattamente contrario. Le conseguenze dell'esistenza di punti di vista opposti sarebbero meno gravi per l'equilibrio dell'ordinamento giuridico comunitario se fosse stato il giudice nazionale ad aver adottato un punto di vista sfavorevole nei confronti delle clausole di esclusiva e se la Commissione le avesse giudicate compatibili con gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato.

21 — V. supra, nota 12.

contraddittorie se, nell'ambito del procedimento principale, la Supreme Court adottasse punti di vista contrari a quelli formulati nella decisione 98/531. Questo potrebbe avvenire se la Supreme Court ritenesse, da una parte, che la motivazione e il dispositivo dell'ordinanza della High Court fossero corretti oppure, dall'altra parte, che la motivazione dell'ordinanza di primo grado fosse erronea ma che il dispositivo, sulla base di altri elementi, fosse corretto.

In secondo luogo, il problema della legittimità della decisione della Commissione è pendente dinanzi al Tribunale. Nel caso in cui quest'ultimo respingesse il ricorso sottoposto al suo esame e la Supreme Court confermasse la decisione contraria della High Court, il primato del diritto comunitario sarebbe inficiato due volte dai giudici irlandesi [22].

In terzo luogo, la presente causa potrebbe condurre la Corte a pronunciarsi sulle relazioni tra i mezzi di ricorso di cui agli artt. 173 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230 CE) e 177 del Trattato, così come sulle relazioni tra la Corte e il Tribunale.

In quarto luogo, una delle parti nella causa principale, la società HB, che difende l'ordinanza in primo grado della High Court, è anche la destinataria della decisione della Commissione ed ha introdotto un ricorso dinanzi al Tribunale avverso quest'ultima. A questo proposito, la sua controparte nella causa principale, la società Masterfoods, è intervenuta dinanzi al Tribunale nell'ambito del procedimento avviato dal ricorso della HB. Questo fatto può eventualmente influenzare la risposta alla prima questione pregiudiziale.

IV — Soluzione delle questioni pregiudiziali

A — *Osservazioni preliminari*

a) L'oggetto della causa principale

26. Occorre prima di tutto chiedersi quale sia l'oggetto del procedimento pendente dinanzi alla Supreme Court. Senza che occorra entrare nei dettagli del diritto processuale irlandese, constato che il giudice del rinvio si sforza di esaminare la fondatezza sia della motivazione che del dispositivo dell'ordinanza pronunciata in primo grado. La fondatezza delle valutazioni della High Court sulla compatibilità delle clausole di esclusiva controverse con gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato sarà prima di tutto esaminata alla luce dei dati di fatto e di diritto sui quali il giudice irlandese di primo grado è stato chiamato a pronunciarsi. La decisione 98/531 non ha,

22 — Da una parte, perché i punti di vista della competente autorità amministrativa comunitaria (la Commissione) non sarebbero stati rispettati; dall'altra parte, perché non sarà stata rispettata la competenza dei giudici comunitari — il Tribunale e, in caso di ricorso, la Corte — a pronunciarsi sulla legittimità degli atti delle autorità comunitarie ed imporre il loro rispetto.

per forza di cose, alcuna incidenza sulla valutazione della Supreme Court.

27. Al contrario, gli effetti giuridici dell'ordinanza pronunciata in primo grado dal giudice irlandese, nei limiti in cui continuano a sussistere successivamente all'entrata in vigore della decisione 98/531, sono direttamente incompatibili con quest'ultima. Conseguentemente, *indipendentemente dalla fondatezza della motivazione dell'ordinanza pronunciata in primo grado dalla High Court, al tempo in cui ciò è avvenuto*, è evidente che, se questa ordinanza avesse continuato a produrre i suoi effetti successivamente all'entrata in vigore della decisione della Commissione, si sarebbe verificata un'incompatibilità con quest'ultima se il Tribunale non ne avesse ordinato la sospensione dell'esecuzione. La Supreme Court non può trascurare questa realtà allorché, nella sua sentenza, si pronuncia in ultimo grado sulla continuazione o meno dell'applicazione del dispositivo dell'ordinanza della High Court anche dopo l'11 marzo 1998. Inoltre, considerato il fatto che la Supreme Court è chiamata a pronunciarsi su una decisione giudiziaria pronunciata in primo grado e che contiene un'ingiunzione definitiva, essa deve, per quanto l'ordinamento giuridico interno glielo consenta, prendere in considerazione la situazione giuridica e di fatto così come formatasi fino al momento della sua sentenza. In tal caso, essa non può trascurare l'esistenza ed il contenuto della decisione 98/531.

b) Le questioni pregiudiziali

28. La prima questione attiene al fatto che la decisione 98/531, che è incompatibile con il dispositivo dell'ordinanza pronunciata in primo grado dal giudice irlandese, è stata già impugnata dinanzi al Tribunale. Ciò è sufficiente perché il giudice nazionale sia obbligato ad attendere la fine del procedimento di annullamento prima di decidere in via definitiva sulla causa dinanzi ad esso pendente? È giuridicamente rilevante il fatto che la società HB, che difende l'ordinanza pronunciata in primo grado, sia anche la parte che ha impugnato la decisione 98/531 ai sensi dell'art. 173 del Trattato? Le due altre questioni riguardano problemi di merito, vale a dire la corretta interpretazione e l'applicazione degli artt. 85, n. 1, 86 e 222 del Trattato CE (divenuto art. 295 CE).

29. Per quanto riguarda la prima questione pregiudiziale, occorre fare la seguente osservazione preliminare. Se la soluzione della causa nazionale non è influenzata dalla validità della decisione 98/531, allora non può, in nessun modo, dipendere dall'esito del procedimento diretto all'annullamento di questa decisione, pendente dinanzi al Tribunale. Questa eventualità sarebbe concepibile, ipoteticamente, se — come è stato osservato — l'ordinanza della High Court, nel suo dispositivo, non fosse necessariamente incompatibile con la decisione della Commissione, dal momento che si fonda su fatti diversi. Tuttavia, in pratica, si può realmente decidere sulla causa principale senza chiedersi assolutamente se la contestata decisione della Commissione sia corretta e debba essere rispettata? Occorrerà stabilire una distinzione tra i due casi seguenti.

30. i) Supponiamo che, sulla base dell'interpretazione che la Corte offrirà nel contesto della seconda e della terza questione pregiudiziale, la Supreme Court sia indotta a concludere che, considerati i fatti di cui la

High Court doveva conoscere, la sua ordinanza non fosse fondata in diritto a causa di una interpretazione e/o applicazione erronea degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato. In questo caso, l'ordinanza di primo grado sarà annullata e cesserà di produrre effetti giuridici e il problema della contraddizione tra tale ordinanza e la decisione della Commissione non si porrà più. Se la constatazione dell'invalidità dell'ordinanza di primo grado e l'annullamento della contestata ingiunzione definitiva adottata in favore della HB hanno come conseguenza di porre fine al procedimento nella causa principale, pendente dinanzi alla Supreme Court, ritengo che il giudice del rinvio possa senza dubbio terminare il suo sindacato giurisdizionale senza dover conoscere in merito alla validità della decisione 98/51 e senza esporsi al rischio di una pronuncia incompatibile con la decisione della Commissione.

31. ii) Al contrario, che cosa potrebbe succedere nel caso — che è anche più probabile — in cui il giudice del rinvio fosse invitato, tenuto conto delle regole di procedura nazionali eventualmente applicabili, a pronunciarsi sulla fondatezza dell'ingiunzione definitiva adottata in favore della HB sulla base dei fatti così come si sono svolti fino al momento in cui si pronuncerà? Esiste un caso connesso: quello in cui la Supreme Court annulli l'ingiunzione definitiva emessa in primo grado e sia chiamata a decidere sul merito, esaminando questa volta se, al momento di questa nuova valutazione, le clausole contestate della HB siano o meno compatibili con il diritto comunitario. Inoltre, come trattare i casi in cui, tenuto conto anche delle risposte alla seconda e alla terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio confermi l'ingiunzione definitiva emessa in primo grado?

32. In tutte queste ultime ipotesi, ritengo che la Supreme Court non possa prescindere dalla decisione 98/531, di cui deve rispettare il contenuto. Essa non può a fortiori pronunciare una sentenza in ultimo grado che confermi l'ordinanza pronunciata in primo grado o che, ad ogni modo, imponga il rispetto degli accordi in causa, relativi ai frigocongelatori, dal momento che ciò costituirebbe da parte sua un pregiudizio diretto alla validità della decisione della Commissione nonché una violazione degli obblighi che l'art. 5 del Trattato impone allo Stato membro interessato [23]. Si constata dunque che il giudice del rinvio non è in grado di statuire definitivamente nella causa principale se non conosce in quale misura la decisione 98/531 sia o meno valida, questione che esso non è competente a decidere. Il giudice del rinvio ha evidentemente la possibilità di attendere la sentenza del Tribunale sul ricorso proposto avverso la decisione 98/531. Tuttavia, se non desidera attendere l'esito del procedimento diretto all'annullamento pendente dinanzi al Tribunale [24], non ha altra scelta che sollevare il problema della validità della decisione 98/531 proponendo a questo riguardo una questione pregiudiziale alla Corte [25], *a condizione che questa*

23 — D'altronde, la Supreme Court non deve necessariamente conformarsi fin d'ora alla decisione della Commissione dal momento che ne è stata sospesa l'esecuzione. Se, malgrado ciò, il giudice irlandese applicasse la decisione di cui trattasi della Commissione, questa applicazione sarebbe erronea in quanto contravverrebbe, in violazione delle regole del contenzioso comunitario in vigore, all'ordinanza del presidente del Tribunale relativa alla sospensione dell'esecuzione della decisione 98/531 (citata al punto 12).

24 — Immagino che la Supreme Court non abbia l'intenzione di attendere la sentenza del Tribunale, a meno che non vi sia tenuta. Se no, essa non avrebbe posto le questioni pregiudiziali in esame e il Tribunale non sarebbe stato indotto a sospendere il procedimento dinanzi ad esso pendente.

25 — V., a titolo indicativo, sentenze 22 ottobre 1987, causa 314/85, Foto-Frost (Racc. pag. 4199); 9 novembre 1995, causa C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e a. (Racc. pag. I-3761); 15 aprile 1997, causa C-27/95, Bakers of Nailsea (Racc. pag. I-1847), nonché 17 luglio 1997, causa C-334/95, Krüger (Racc. pag. I-4517).

possibilità sussista nel caso specifico[26].

33. Ci si può pertanto porre la seguente domanda a proposito del caso in cui la soluzione della causa principale presupponga una valutazione della validità della decisione 98/531. Il giudice del rinvio può, se lo desidera[27], sottoporre questo problema alla Corte attraverso il ricorso previsto all'art. 177 del Trattato?

26 — È necessario ricordare a questo riguardo una ulteriore caratteristica della causa in esame, che può modificare i dati del problema giuridico sollevato: la sospensione dell'esecuzione della decisione controversa della Commissione è stata ordinata dal Tribunale. In quanto questa sospensione impedisce all'atto in questione di produrre i suoi effetti, non offre ipso facto al giudice del rinvio la possibilità di decidere la causa dinanzi ad esso pendente senza rimettere in discussione la validità della relativa decisione della Commissione? Propongo di rispondere negativamente a questa domanda.
Innanzi tutto, è necessario stabilire una distinzione tra il problema della validità e dell'esistenza di una decisione comunitaria individuale, adottata dalla Commissione, e quello della sua esecuzione, cioè degli effetti giuridici che produce concretamente. La sospensione dell'esecuzione non incide assolutamente sulla validità della decisione nè compromette la sua legittimità. La sospensione viene concessa affinché sia possibile regolare provvisoriamente alcune situazioni per evitare che divengano difficilmente reversibili in caso di successivo annullamento della decisione. Questa resta giuridicamente esistente ed esprime la volontà della competente autorità amministrativa comunitaria, e ciò relativamente all'applicazione di particolari norme giuridiche a situazioni concrete.
Il principio della certezza del diritto, ma anche quello del primato del diritto comunitario obbligano dunque i giudici nazionali evidentemente non ad applicare questa decisione, ma quantomeno a rispettarla. Essi devono astenersi da qualsiasi azione che potrebbe incidere sugli aspetti giuridici che sono espressi nello specifico atto amministrativo, anche quando ne sia sospesa l'esecuzione. Ritengo che una simile azione potrebbe concretizzarsi nella sentenza della Supreme Court con la quale dichiarasse in ultimo grado che l'ordinanza della High Court continuerà ad applicarsi anche in futuro.
Questa soluzione può sorprendere. Si potrebbe anche sostenere che essa va contro la logica stessa della sospensione dell'esecuzione, laddove consente alla decisione della Commissione di conservare un certo carattere obbligatorio, anche quando in realtà sia stata sospesa. Queste obiezioni dogmatiche trascurano tuttavia la specificità del problema in esame, che non sorge nell'ambito di un ordinamento giuridico (nazionale o comunitario) unico, ma riguarda le relazioni tra questi due ordinamenti giuridici e non può essere trattato esclusivamente sulla base dei principi generali del diritto pubblico nazionale.
Un argomento supplementare a favore della tesi che difendo mi è offerto dalla giurisprudenza Delimitis. In tale sentenza la Corte aveva invitato i giudici nazionali ad astenersi dal pronunciare una sentenza incompatibile con la decisione della Commissione sul medesimo problema, anche in un momento in cui la Commissione non si era ancora pronunciata, cioè non aveva adottato l'atto amministrativo. In altri termini, il solo fatto che la Commissione potrebbe pronunciarsi su una questione limita in una certa misura la libertà del giudice nazionale nei confronti della causa dinanzi ad esso pendente, e questo in nome della certezza del diritto e del primato del diritto comunitario. Ne consegue che, quando la Commissione si è non soltanto occupata di una causa, ma ha anche adottato una decisione su questa, il giudice nazionale deve a fortiori astenersi dallo statuire in senso contrario, anche se l'esecuzione dell'atto della Commissione in questione sia stata sospesa.

B — *È possibile, nel caso specifico, l'esame della validità della decisione 98/531 per mezzo di una questione pregiudiziale?*

34. Nell'analisi che seguirà, mi sforzerò di rispondere alle due parti della prima que-

27 — Dalla seconda e dalla terza domanda pregiudiziale, che riguardano il merito della causa, non è possibile dedurre che il giudice del rinvio si interroga realmente sulla validità della decisione contestata della Commissione. Nel caso in cui questo problema sia decisivo per risolvere correttamente la causa principale e l'opinione del giudice del rinvio sia cruciale a questo riguardo, si potrebbe sostenere che la soluzione più appropriata consista nell'invitare nuovamente tale giudice a dichiarare se intenda contestare la validità della decisione 98/531.
Ad ogni modo la Corte sembra seguire un ragionamento diverso nella sua recente sentenza 7 settembre 1999, causa C-61/98, De Haan (Racc. pag. I-5003). Nonostante il giudice del rinvio non abbia sollevato il problema della validità di una decisione della Commissione, cruciale per la soluzione della controversia, la Corte ha ritenuto necessario esaminare questa questione, in modo da «fornirgli una risposta utile per la soluzione della controversia» (punto 47). Essa ha inoltre dichiarato che «l'esame della decisione della Commissione (...) è, inoltre, conforme al principio dell'economia processuale, giacché la Corte è, peraltro, direttamente adita della questione di legittimità della detta decisione nella causa C-157/98, Paesi Bassi/Commissione, il cui procedimento è attualmente sospeso in attesa della presente sentenza» (punto 49). Sotto questo profilo, la causa De Haan presenta analogie con la presente causa, in quanto la decisione contestata 98/531 è già stata impugnata dinanzi al Tribunale, che ha sospeso il procedimento in attesa della sentenza della Corte.
Occorre tuttavia rilevare alcune differenze tra le due cause. Nella causa De Haan, il giudice nazionale non conosceva la decisione della Commissione quando ha pronunciato la sua ordinanza di rinvio (punto 47); inoltre, nella stessa causa, questa decisione «ha formato oggetto di osservazioni sia scritte sia orali» delle parti (punto 49). Al contrario, nella presente causa, la Supreme Court non ignora la decisione della Commissione, cosa che si può chiaramente dedurre dalla formulazione della prima questione pregiudiziale. Dall'altra parte, le parti non sono state direttamente invitate a pronunciarsi sulla validità della decisione della Commissione.
Per quanto si possa prescindere da questi problemi, ritengo che l'esame della validità della decisione controversa della Commissione si scontri con un altro ostacolo, più importante, che illustrerò di seguito.

stione pregiudiziale, nell'ipotesi in cui, per risolvere la causa principale, occorra preliminarmente esaminare la validità della decisione 98/531.

a) Osservazioni introduttive

35. Inizierò la mia analisi con le due osservazioni seguenti.

36. In primo luogo, occorre sottolineare che, se il giudice del rinvio decidesse autonomamente di sospendere il procedimento fino a che i competenti organi giurisdizionali della Comunità si siano pronunciati in via definitiva sulla legittimità dell'atto contestato della Commissione, questa soluzione sarebbe la migliore per evitare il rischio di una pronuncia contraddittoria con la decisione della Commissione. Ora, né dalla sentenza Delimitis né da una qualsiasi norma di diritto comunitario può dedursi *chiaramente* che un giudice nazionale è obbligato ad attendere che il ricorso d'annullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato sia stato deciso prima di risolvere in via definitiva la causa dinanzi ad esso pendente. Al contrario, nella sentenza Delimitis la Corte parla di una possibilità, e non di un obbligo, per il giudice nazionale di sospendere il procedimento nazionale al fine di evitare decisioni contraddittorie.

37. La presente causa differisce in maniera considerevole dalla fattispecie che aveva impegnato il giudice nella causa Delimitis [28]. Ad ogni modo, da tale sentenza si può dedurre che, se il giudice nazionale, posto davanti al rischio di una sentenza contraddittoria con le tesi della Commissione, avvia il procedimento di cui all'art. 177 del Trattato, soddisfa le esigenze del procedimento nazionale, e dall'altra parte, assicura la tutela della legalità comunitaria e della certezza del diritto [29]. Al contrario, la soluzione secondo cui è sufficiente proporre un ricorso contro una decisione della Commissione ai sensi dell'art. 173 del Trattato perché il procedimento di cui all'art. 177 sia escluso e perché il giudice nazionale sia obbligato a sospendere la decisione fino al termine del procedimento di annullamento, per non rischiare di pronunciarsi in senso contrario, sembra problematica. A prima vista, questa soluzione sembra imporre un vincolo eccessivo al giudice nazionale, e non si comprende chiaramente se questo corrisponda alla attuale divisione delle competenze tra organi nazionali e comunitari ovvero se ciò sia o meno conforme a ciò che è generalmente consentito per quanto riguarda le relazioni tra l'ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario [30].

38. In secondo luogo, si deve notare che la Corte ha dovuto esaminare in altre cause questioni pregiudiziali che sollevavano il problema della validità di un atto comunitario, già impugnato con un ricorso d'an-

28 — V. supra, nota 3 e paragrafi 22 e ss..

29 — È quanto anche la Commissione sembra considerare, ai punti 22 e 32 della sua comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali, citata alla nota 6.

30 — Ad ogni modo, a mio parere, non è sufficiente invocare il principio della cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione, che trova la sua origine all'art. 5 del Trattato, perché il giudice nazionale sia soggetto ad un obbligo generale di sospensione del giudizio nella causa principale per la sola ragione che un ricorso avverso una decisione della Commissione è pendente dinanzi al Tribunale.

nullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato. In questi casi, la Corte non ha dichiarato l'impossibilità di sollevare tali questioni per il fatto che un ricorso d'annullamento fosse stato proposto e non ha neppure preteso che i giudici nazionali attendessero la chiusura del procedimento di cui all'art. 173 del Trattato [31]. Al contrario, i giudici comunitari stessi, qualora siano investiti di due procedimenti paralleli sul medesimo oggetto, sospendono uno fino alla conclusione dell'altro [32].

39. Se fossi soddisfatto delle considerazioni generali fin qui svolte, sarei indotto a formulare un principio direttivo, secondo cui, anche nei casi in cui il giudice nazionale si trovasse davanti al rischio di una contraddizione con una decisione precedente della Commissione, contro la quale è stato proposto un ricorso d'annullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato, questo giudice non sarebbe obbligato ad aspettare la fine del procedimento diretto all'annullamento, benché sia necessario, per risolvere la causa principale, sapere se la decisione controversa della Commissione sia o meno valida. Questo problema può essere risolto proponendo una questione pregiudiziale alla Corte.

40. Tuttavia, cercherò ora di dimostrare che questo principio direttivo non è al riparo da possibili contestazioni. Possono infatti sostenersi argomenti di una certa rilevanza in favore della soluzione opposta, almeno per quanto riguarda la causa in esame, e cioè in favore dell'esclusione, nel caso specifico, del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato e del riconoscimento dell'obbligo per il giudice nazionale di sospendere il procedimento dinanzi ad esso pendente in attesa della chiusura del procedimento diretto all'annullamento, pendente dinanzi al Tribunale.

b) L'identità delle parti nel procedimento principale osta alla proposizione di una questione pregiudiziale relativa alla validità della decisione 98/531

41. La possibilità per il giudice nazionale di fare ricorso al rinvio pregiudiziale non è illimitata. La Corte ha dichiarato fino ad oggi che non è possibile mettere in discussione la validità di un atto comunitario per mezzo del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato se una delle parti nel procedimento principale si trova nella seguente condizione: da un lato, essa è la destinataria dell'atto comunitario in causa, che potrebbe senza dubbio impugnare validamente ai sensi dell'art. 173 del Trattato, ma non può esercitare questo diritto processuale a causa della scadenza del termine imposto dall'ultimo comma di questo articolo; dall'altro lato, è la parte nel procedimento principale che trarrà un vantaggio dalla contestazione della validità di quest'atto per mezzo della questione pregiudiziale.

31 — Secondo una prassi consolidata, la Corte si rimette alla valutazione del giudice nazionale sull'opportunità di proporre una questione pregiudiziale relativamente alla validità dell'atto amministrativo comunitario. Il giudice nazionale è competente a valutare se può attendere la chiusura del procedimento diretto all'annullamento pendente dinanzi al Tribunale o alla Corte ovvero se sia necessario utilizzare il mezzo di ricorso che gli viene offerto dall'art. 177 del Trattato. Nel secondo caso, la Corte risponde generalmente alle questioni pregiudiziali che le sono proposte pronunciandosi sulla legittimità dell'atto comunitario in causa.

32 — V. art. 47, terzo comma, dello Statuto CE della Corte di giustizia. Inoltre non può escludersi che venga data la precedenza al procedimento ex art. 177 rispetto a quello di cui all'art. 173. Questa soluzione viene utilizzata anche quando il ricorso è stato proposto dinanzi al Tribunale. V., ad esempio, sentenza 17 luglio 1997, causa C-183/95, Affish (Racc. pag. I-4315), e l'ordinanza T-136/98 del Tribunale.

42. Questa giurisprudenza consolidata [33] favorisce il rafforzamento del corretto rispetto delle regole di procedura comunitarie e, pertanto, della certezza del diritto. Più precisamente, adottare la soluzione opposta equivarrebbe a riconoscere alla parte che appartiene alla citata categoria «la possibilità di eludere il carattere definitivo che, in forza del principio della certezza del diritto, dev'essere attribuito ad una decisione dopo la scadenza del termine di impugnazione previsto dall'art. 173» [34].

43. Gli elementi della presente causa differiscono da quelli sui quali la Corte si è pronunciata nella citata giurisprudenza. La società HB è la parte nel procedimento principale che ha un interesse a che la decisione 98/531 sia dichiarata invalida a seguito di una questione pregiudiziale proposta a questo riguardo dalla Supreme Court. Ora, la stessa società, in quanto destinataria della decisione comunitaria in questione, ha già impugnato questa decisione dinanzi al Tribunale chiedendone l'annullamento. Occorre inoltre ricordare che la controparte nel procedimento principale, la società Masterfoods, ha presentato la denuncia in base alla quale la Commissione ha adottato la decisione controversa ed è intervenuta a favore della validità di questa decisione dinanzi al Tribunale.

44. Non sembra che la Corte si sia già occupata direttamente di un caso eccezionale del genere. A prima vista, tuttavia, riconoscere la possibilità di un rinvio pregiudiziale non comporta, nel caso specifico, il rischio di incidere sul carattere obbligatorio tanto degli atti comunitari che delle regole di procedura comunitarie, rischio che esiste evidentemente nel caso della giurisprudenza ricordata sopra. Il solo fatto che la contestata decisione della Commissione sia già stata impugnata dinanzi al Tribunale è sufficiente perché la situazione giuridica in oggetto non si sia consolidata in maniera incontrovertibile e perché il suo destinatario non sia stato privato di qualsiasi possibilità di contestarne la legittimità [35].

33 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven nella causa Banks (sentenza 13 aprile 1994, causa C-128/92, Racc. pag. I-1209); sentenze 9 marzo 1994, causa C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf (Racc. pag. I-833); 30 gennaio 1997, causa C-178/95, Wiljo (Racc. pag. I-585), e 11 novembre 1997, causa C-408/95, Eurotunnel (Racc. pag. I-6315).

34 — Punto 21 della sentenza Wilio, citata alla nota 33. In tale sentenza, la Corte sottolinea la necessità di evitare il rischio di uno sviamento di procedura e di una violazione di regole di procedura comunitarie, benché, attraverso ciò, essa limiti la possibilità per il giudice nazionale di definire le questioni pregiudiziali che sottopone alla valutazione della Corte. In altri termini, in tale specifico caso, il carattere autonomo del rinvio pregiudiziale risulta falsato.

35 — La sentenza 21 maggio 1987, cause riunite 133/85-136/85, Rau e a. (Racc. pag. 2289), sembra ugualmente pronunciarsi in favore della possibilità di contestare la legittimità della decisione controversa della Commissione nell'ambito del procedimento nazionale e, per estensione, della possibilità di proporre una questione pregiudiziale a questo riguardo. Da questa sentenza sembra discendere che una persona che ha la possibilità di impugnare un atto comunitario nei termini previsti dall'art. 173 del Trattato può contestare la legittimità di questo atto nell'ambito di un procedimento nazionale. Formulo alcune riserve sul fatto che la soluzione adottata nella sentenza Rau e a. sia ancora valida dopo la sentenza TWD Textilwerke Deggendorf (citata alla nota 33), ma anche dopo la creazione del Tribunale di primo grado. Ora, indipendentemente da ciò, gli elementi della sentenza Rau e a. non sono identici a quelli della presente causa. Il caso di una persona che sia parte in un procedimento nazionale e sia teoricamente legittimata ad impugnare un atto comunitario davanti al Tribunale viene trattato in maniera diversa da quello di una parte in un procedimento nazionale che abbia già proposto un ricorso oppure sia già intervenuta in un procedimento per annullamento nell'ambito dell'art. 173 del Trattato. Così come spiegherò successivamente, la partecipazione simultanea ai due procedimenti è una situazione particolare, che dovrà essere esaminata separatamente.

45. Nonostante tutto ritengo che, in questo caso specifico, sia preferibile ammettere che non è possibile mettere in discussione indirettamente la validità dell'atto comunitario attraverso una questione pregiudiziale. Controllare la validità di un atto comunitario nell'ambito di due procedimenti paralleli al fine di proteggere, in ultima analisi, gli interessi delle parti che partecipano ai due procedimenti mi sembra contrario al principio di buona amministrazione della giustizia [36].

46. Questo ragionamento si fonda innanzitutto sulla constatazione che situazioni nelle quali le stesse parti sollevano esattamente il medesimo problema giuridico nell'ambito di due procedimenti giudiziari paralleli, totalmente indipendenti tra loro, sono dovute alle imperfezioni di un sistema giurisdizionale. Tali situazioni non sono auspicabili, non soltanto perché l'opera giurisdizionale ne risulta appesantita, ma anche perché ne consegue un aumento del rischio di decisioni contraddittorie o, quantomeno, un rischio di alterazione delle regole di procedura e di esercizio abusivo dei mezzi di ricorso [37].

47. Nella presente causa, il procedimento nazionale davanti alla Supreme Court contrappone soggetti che partecipano già al procedimento per annullamento dinanzi al Tribunale. Per quanto riguarda in particolare la HB, che rischierebbe di subire ingiustamente un pregiudizio se l'atto contestato della Commissione — supponendo che si riveli illegittimo — fosse applicato nel procedimento nazionale, essa è protetta in maniera efficace contro tale rischio: in primo luogo la HB, proponendo un ricorso dinanzi al Tribunale, ha fatto uso di diritti processuali che le sono conferiti dall'art. 173 del Trattato; in secondo luogo, l'atto contestato della Commissione è oggetto di una sospensione dell'esecuzione,

36 — La soluzione specifica che propongo, considerati gli elementi della causa in esame, non esclude del tutto il caso in cui venga riconosciuta ad un giudice nazionale la possibilità di mettere in discussione la legittimità di una decisione comunitaria attraverso una questione pregiudiziale anche quando questa decisione sia stata già impugnata attraverso il procedimento dell'art. 173 del Trattato. Più precisamente, quando le parti nel procedimento nazionale sono persone che non beneficiano (o di cui non è sicuro che beneficino) della legittimazione ad impugnare direttamente l'atto comunitario contestato davanti al Tribunale — caso che è anche il più frequente — sarebbe forse ingiusto che queste persone debbano dipendere, per la loro tutela giurisdizionale, dalla evoluzione del procedimento diretto all'annullamento in stato di pendenza e di cui essi non possono influenzare l'esito. Per esempio, se il ricorrente nel procedimento di cui all'art. 173 del Trattato non invocasse i motivi di annullamento appropriati o se rinunciasse al suo ricorso, potrebbe verificarsi che l'atto impugnato, benché illegittimo, non venga annullato dai giudici comunitari; questa situazione può danneggiare i terzi pregiudicati dagli effetti sfavorevoli che l'atto comunitario produce a loro svantaggio senza che possano opporsi alla sua esecuzione. Conseguentemente, se fosse vietato proporre una questione pregiudiziale relativa alla legittimità dell'atto contestato, le parti nel procedimento principale che non possono impugnare questo atto dinanzi al Tribunale non potranno neppure difendersi in maniera adeguata contro questo atto illegittimo, come potrebbero fare se riuscissero a persuadere il giudice nazionale ad avviare il procedimento di rinvio pregiudiziale e depositassero successivamente osservazioni dinanzi alla Corte.
Tuttavia, anche la soluzione della risposta a una questione pregiudiziale vertente sulla validità di un atto comunitario che sia già oggetto di un ricorso d'annullamento, in particolare nei casi in cui le parti del procedimento principale non siano legittimate ad esperire il ricorso dell'art. 173 del Trattato, si scontra con gravi problemi pratici, che esporrò in un paragrafo successivo della mia analisi (v. infra, paragrafo 49 e seguenti).

37 — È la ragione per la quale le regole relative alla litispendenza ed alla competenza di ogni sistema contenzioso mirano, tra l'altro, a evitare tali situazioni, non soltanto prevedendo che ogni causa debba essere giudicata da una precisa autorità giudiziaria, ma anche impedendo la possibilità di instaurare nuovamente una causa già pendente dinanzi ai giudici.

il che esclude la possibilità che sia applicato direttamente dal giudice irlandese [38].

48. Inoltre, riconoscere alla HB, così come alla Masterfoods, la possibilità di ottenere che la validità della decisione 98/531 sia esaminata tramite una questione pregiudiziale proposta dalla Supreme Court alla Corte creerebbe, a mio parere, un rischio di sviamento del procedimento. Tanto la ricorrente che la parte interveniente dinanzi al Tribunale sarebbero poste in condizione di trasferire alla Corte il compito di pronunciarsi sulla validità della decisione contestata della Commissione, eludendo in tal modo il procedimento per l'annullamento. Non credo che, dal punto di vista procedurale, si possa accettare una simile situazione, che consentirebbe o potrebbe consentire indirettamente a determinate parti di scegliere il mezzo di ricorso comunitario mediante il quale sarà esaminata la legittimità di una decisione di un'istituzione comunitaria [39]. Questo non è compatibile con un'efficace amministrazione della giustizia. Ritengo dunque che, considerate le specifiche condizioni della causa in esame, sia preferibile escludere la possibilità che la validità della decisione 98/531 sia contestata tramite una domanda pregiudiziale proposta dalla Supreme Court [40].

38 — Questa seconda osservazione ha una importanza particolare. Se il Tribunale non avesse ordinato la sospensione dell'esecuzione della decisione della Commissione, il rinvio di una questione pregiudiziale da parte del giudice nazionale avrebbe avuto eventualmente, oltre all'interesse di sollevare nuovamente il problema della validità di questa decisione, anche un altro interesse pratico; consentirebbe al giudice nazionale di sospendere esso stesso l'applicazione dell'atto comunitario, conformemente a quanto è stato dichiarato nella sentenza Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e a., citata alla nota 25.

39 — Esiste il rischio che una delle parti nel procedimento per l'annullamento dinanzi al Tribunale ritenga che i suoi interessi possano essere meglio tutelati mediante il rinvio pregiudiziale di una questione relativa alla legittimità dell'atto già impugnato in sede di annullamento, cosicché questa parte privilegi il controllo di legittimità ai sensi dell'art. 177 del Trattato rispetto al controllo giurisdizionale anche di merito ai sensi dell'art. 173 del Trattato. Ora, in questo caso, il comportamento di tale parte ha un carattere dilatorio e abusivo e perviene a falsare le regole di procedura comunitarie. Non dico evidentemente che questo sia il caso in esame; tuttavia, il rischio di uno sviamento di procedura esiste, quanto meno teoricamente.

40 — A questo argomento si potrebbe opporre che la soluzione proposta determina un ritardo nel procedimento nazionale, che è indipendente dal procedimento comunitario per l'annullamento, e che ne risulta compromessa la competenza del giudice nazionale a determinare quando sia necessario ottenere una risposta a una questione pregiudiziale per risolvere la causa dinanzi ad esso pendente.
Escludere nel caso specifico la possibilità di proporre una questione pregiudiziale significa effettivamente obbligare il giudice nazionale ad attendere la chiusura del procedimento dinanzi al Tribunale prima di pronunciarsi in via definitiva. Non è uso che la Corte si interessi della questione della necessità e della utilità di proporre una questione pregiudiziale, perché questo appartiene alla competenza del giudice nazionale. Ad ogni modo, dalla giurisprudenza relativa alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali discende che tale competenza non è assoluta, ma, in alcuni casi eccezionali, è limitata dalla Corte. D'altronde, la necessità di assistere il giudice nazionale in materia di diritto comunitario non è valutata in abstracto, ma sulla base degli elementi della causa specifica. Conseguentemente, se, come nel caso di specie, occorre dedurre in modo certo da questi elementi che non è utile, ma piuttosto «pericoloso» dal punto di vista procedurale, risolvere una questione pregiudiziale relativa alla validità della decisione 98/531, proprio perché le parti nel procedimento principale possono e devono ricercare la tutela giurisdizionale appropriata dinanzi al Tribunale che esse hanno già adito, non si può accettare che, malgrado ciò, il giudice nazionale abbia il diritto di sottoporre la relativa questione pregiudiziale alla Corte.
Per quanto riguarda l'eventuale ritardo causato dall'esclusione della possibilità di proporre una domanda pregiudiziale, combinata con l'obbligo di attendere la chiusura del procedimento per l'annullamento, occorre sottolineare quanto segue. Questo ritardo equivale non ad un diniego di giustizia da parte dei giudice nazionale, ma ad una sospensione provvisoria del procedimento nazionale. Tali rinvii non convengono evidentemente ad una efficace amministrazione della giustizia. Tuttavia possono essere necessari, soprattutto quando incidono sulle relazioni tra i due ordinamenti giuridici (comunitario e nazionale) così come sulle relazioni tra i giudici nazionali ed i giudici comunitari. D'altronde, la Corte ha evocato la possibilità di tali ritardi nella citata causa Delimitis, quando ha invitato il giudice nazionale ad esaminare in quale misura fosse necessario sospendere il procedimento nazionale e regolare in maniera provvisoria le relazioni giuridiche tra le parti nella causa principale per il tempo necessario all'esame della causa nell'ambito del procedimento amministrativo comunitario. Le stesse osservazioni valgono anche, a fortiori, quando l'evoluzione parallela della causa oppone il giudice nazionale non tanto all'autorità amministrativa, e cioè alla Commissione, ma alla competente autorità giudiziaria dell'ordinamento giuridico comunitario, vale a dire il Tribunale. Infine, il ritardo causato non è tanto importante. Anche se si ammettesse che è possibile proporre una domanda pregiudiziale in casi simili a quello di cui trattasi, il giudice nazionale dovrebbe ad ogni modo sospendere la decisione nella causa principale in attesa di una risposta della Corte alle questioni pregiudiziali. Evidentemente, è generalmente più rapido dare una tale risposta che decidere su un ricorso ai sensi dell'art. 173 del Trattato. Tuttavia, il guadagno in termini di tempo che può essere realizzato eludendo il procedimento di cui all'art. 173 del Trattato non giustifica, nuovamente, tale soluzione, e questo per le ragioni che ho già analizzato.

c) I problemi posti, in generale, dall'esame della validità di una decisione comunitaria come quella in oggetto, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato

49. Mi sembra indispensabile esporre qualche considerazione supplementare per spiegare per quale motivo, a mio parere, sia difficile esaminare la validità di decisioni, come la decisione di cui trattasi, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177, quando sia pendente un ricorso avverso il medesimo atto.

50. Inizierò il mio ragionamento con la domanda seguente. Una decisione della Commissione può essere considerata come legittima dalla Corte, che la ha valutata nei limiti del controllo che essa può esercitare ai sensi dell'art. 177 del Trattato, ed essere annullata dal Tribunale, che ha per esempio rilevato un errore di fatto, nell'ambito del controllo anche di merito che questo organo giurisdizionale può esercitare? In questo caso, cioè se il Tribunale rileva nella decisione un errore che sfugge al controllo che la Corte può esercitare, la sentenza di annullamento sarà assolutamente corretta, pur essendo in totale contraddizione con le risposte date dalla Corte alle questioni pregiudiziali. Se questa ipotesi è corretta, la stessa eventualità della comparsa di tale non auspicabile situazione, come descritta sopra, di decisioni contraddittorie dei giudici comunitari dovrà dissuadere la Corte dall'esaminare la validità della decisione della Commissione in sede pregiudiziale.

51. Questo rischio mi sembra reale. Potrebbe essere eliminato soltanto se, nel momento in cui decidesse di esaminare la validità di una decisione della Commissione nell'ambito di una risposta ad una questione pregiudiziale, la Corte fosse in grado di effettuare lo stesso controllo giuridico che il Tribunale effettua nell'ambito dell'art. 173 del Trattato. Questo non mi sembra possibile.

52. Mi riferisco prima di tutto alla differenza tra il procedimento di cui all'art. 177 del Trattato e quello di cui all'art. 173. Nel primo caso, la Corte ha un approccio puramente giuridico. La sua competenza è limitata all'interpretazione e alla valutazione della legittimità degli atti regolamentari e individuali delle istituzioni comunitarie [41]. Al contrario, il procedimento ex art. 173 del Trattato può condurre il giudice comunitario a valutare questioni di merito, come l'accertamento e la valutazione di elementi di fatto [42].

41 — Sotto questo profilo, la sua competenza si avvicina alla competenza d'annullamento in sede d'impugnazione di una sentenza, che le è stata ugualmente conferita.

42 — Noto ancora una volta che la posizione delle parti nel procedimento per l'annullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato è chiaramente diversa da quella delle parti che depositano osservazioni nel contesto del procedimento di cui all'art. 177. I motivi, le deduzioni, e gli argomenti che esse sviluppano nel procedimento per l'annullamento influiscono sull'esito di questo, mentre le osservazioni che esse depositano nell'ambito del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato giocano un ruolo nettamente meno importante.
Posso aggiungere anche l'osservazione seguente a quanto già esposto sopra: il giudice del merito, di cui all'art. 173 del Trattato, dispone di ampi poteri in merito alla raccolta di elementi di prova al fine di stabilire i fatti pertinenti della causa; al contrario, quando risponde ad una questione pregiudiziale, la Corte è in via di principio vincolata ai fatti descritti dal giudice del rinvio nella sua ordinanza; questi fatti non sono necessariamente gli stessi sui quali si fonda l'atto comunitario la cui validità è messa in discussione.

53. Le differenze tra i due procedimenti non hanno una grande importanza pratica quando il controllo giurisdizionale riguarda la validità di un atto normativo della Comunità, come un regolamento oppure una direttiva. La valutazione della legittimità di questi atti si limita principalmente all'esercizio di un controllo di pura legittimità, senza che sia necessario esaminare questioni riconducibili al contenzioso di piena giurisdizione. Al contrario, nel caso di atti amministrativi individuali, come quello di cui si tratta nel caso di specie, l'esercizio di un controllo di piena giurisdizione è essenziale per assicurare una efficace tutela giurisdizionale.

54. Inoltre, la decisione della Commissione in esame presenta una particolarità supplementare. Essa riguarda l'applicazione, in un caso specifico, delle disposizioni degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato. In altri termini, implica valutazioni tecniche ed economiche complesse, la cui esattezza richiede un esaustivo controllo nel merito della causa da parte di una autorità giudiziaria specializzata. È proprio per questi motivi, tra gli altri, che il legislatore costituzionale comunitario è stato portato ad istituire il Tribunale di primo grado. Decidendo sistematicamente sui ricorsi d'annullamento di decisioni della Commissione, analoghi a quello di cui trattasi nella fattispecie, questo giudice è giunto ad approfondire e a rinforzare il controllo giurisdizionale su queste decisioni, contribuendo in tal modo al miglioramento del sistema comunitario di tutela giurisdizionale [43].

55. In conclusione, ritengo che l'azione giurisdizionale sia più efficace nel contesto del controllo d'annullamento, tanto davanti alla Corte che davanti al Tribunale, di atti amministrativi individuali come quello in esame nel caso di specie piuttosto che in sede pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato [44]. D'altronde, non sarebbe ragionevole modificare la natura del procedimento dell'art. 177 del Trattato

43 — Come è stato sottolineato dalla Corte nella recente sentenza 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, Baustahlgewebe/Commissione (Racc. pag. I-8417), «l'affiancamento del Tribunale alla Corte e l'istituzione di un doppio grado di giurisdizione mirava, da una parte, a migliorare la tutela giurisdizionale dei singoli, in particolare con riferimento ai ricorsi che richiedono l'esame approfondito di fatti complessi, e, d'altra parte, a preservare la qualità e l'efficacia della tutela giurisdizionale nell'ordinamento giuridico comunitario».

44 — Non voglio, con questa osservazione, sottovalutare l'importanza del procedimento di rinvio pregiudiziale. Come è stato affermato dall'avvocato generale Jacobs nelle conclusioni nella causa Extramet Industrie/Consiglio (sentenza 16 maggio, causa C-358/89, Racc. pag. I-2501), esistono categorie di controversie giuridiche che è preferibile, in ragione della loro natura e delle loro peculiarità, sottoporre alla valutazione giurisdizionale che viene assicurata tramite il ricorso per annullamento — e ciò, evidentemente, nel caso in cui sia possibile dal punto di vista procedurale — piuttosto che sottoporle all'esame della Corte ex art. 177 del Trattato (conclusioni dell'avvocato generale Jacobs 21 marzo 1991), in quanto «il rinvio da parte di un giudice nazionale di una questione vertente sulla validità di un regolamento non sempre offre alla Corte una piena opportunità di esaminare la questione allo stesso modo di un ricorso diretto proposto contro l'istituzione che lo ha emanato (...)» (paragrafo 73). Quantomeno, non appare logico né giuridicamente consequenziale sostenere che, in queste particolari fattispecie, il procedimento di cui all'art. 177 del Trattato possa sostituirsi a quello dell'art. 173.

al punto da farne una copia fedele di quello dell'art. 173 [45].

C — *Conclusioni*

56. L'analisi appena svolta conduce alle seguenti conclusioni.

57. Il giudice del rinvio non è obbligato a sospendere il procedimento dinanzi ad esso pendente e ad aspettare la fine del procedimento di annullamento per la sola ragione che dinanzi al Tribunale è stato proposto un ricorso contro la decisione 98/531. Tuttavia, vi è tale obbligo se la soluzione della causa principale presuppone che il giudice nazionale sia a conoscenza della validità o meno della decisione in questione, nel caso in cui questo problema non possa essere sottoposto alla Corte tramite il mezzo di ricorso di cui all'art. 177 del Trattato per le ragioni che ho esposto precedentemente. Ad ogni modo, il giudice del rinvio o il giudice al quale la causa sarà eventualmente rinviata per essere giudicata nel merito deve evitare di pronunziare una sentenza contraddittoria con la decisione 98/531, a meno che questa decisione non sia stata annullata dal giudice comunitario [46].

58. Fatta questa constatazione, occorre interrogarsi sul seguito da dare alla seconda e alla terza questione pregiudiziale. Mi pare probabile che la Supreme Court non sia in grado di risolvere la causa dinanzi ad essa

45 — Nel caso ipotetico in cui la Corte agisse come giudice d'annullamento nell'ambito della risposta a una questione pregiudiziale, la stessa esistenza del Tribunale verrebbe messa in discussione. Più specificamente, nel caso in cui una parte possa direttamente adire la Corte ai sensi dell'art. 177 del Trattato e ottenere un controllo giurisdizionale di portata identica a quella che potrebbe ottenere dinanzi al Tribunale, è evidente che preferirà eludere il procedimento dell'art. 173 del Trattato, per evitare in tal modo l'eventualità di un ricorso contro la sentenza di annullamento.
Non mi soffermerò oltre sugli argomenti esposti, da cui sembra comunque potersi dedurre che la Corte deve esaminare genericamente se sia utile rispondere ad una questione pregiudiziale che solleva il problema della validità di una decisione della Commissione in materia di applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato in una causa specifica, quando questa stessa decisione sia stata oggetto di un ricorso d'annullamento dinanzi al Tribunale. Così come ho già detto precedentemente, nonostante le possibili insufficienze del controllo giurisdizionale effettuato in sede pregiudiziale, la valutazione della validità di atti amministrativi comunitari attraverso questo mezzo procedurale può costituire il solo mezzo di tutela giurisdizionale per le persone che non dispongono, ai sensi dell'art. 173 del Trattato, della legittimazione ad impugnare direttamente questo atto dinanzi al Tribunale.

46 — Si pone il problema seguente: il giudice irlandese si trova nell'impossibilità di contestare la validità della decisione 98/531 esclusivamente nel corso del procedimento per l'annullamento dinanzi al Tribunale o deve attendere la fine del procedimento di impugnazione?
A questo riguardo, occorre fare la seguente distinzione. Se la sentenza del Tribunale non viene impugnata con ricorso da parte della HB o della Masterfoods, non è possibile contestare l'esattezza di questa sentenza nell'ambito del procedimento nazionale. Dal punto di vista giurisdizionale, non sarebbe corretto, in applicazione della giurisprudenza TWD Textilwerke Deggendorf (vedi sopra, nota 33), che una delle parti nel procedimento dinanzi al Tribunale, a cui sia stato precluso il diritto di proporre un'impugnazione, possa impugnare indirettamente la sentenza pronunciata in primo grado dinanzi ai giudici nazionali.
Al contrario, se è stato già proposto un ricorso contro la sentenza pronunziata in primo grado, un rinvio pregiudiziale ad opera del giudice irlandese che mettesse in discussione le valutazioni del Tribunale presenterebbe meno problemi pratici. Precedentemente ho già spiegato che la risposta alle questioni pregiudiziali relative alla portata e agli elementi del controllo giurisdizionale presenta analogie con il procedimento di impugnazione. La Corte può, ad alcune condizioni, decidere simultaneamente le due cause. Tuttavia, per le ragioni che ho già analizzato, occorre nuovamente chiedersi in quale misura sia appropriato consentire alle società HB e Masterfoods, da una parte, di avviare il procedimento di impugnazione e, dall'altra parte, di mettere in causa la fondatezza della sentenza del Tribunale nell'ambito di una questione pregiudiziale deferita dal giudice irlandese.
Ad ogni modo, in questa fase preferisco evitare di affrontare questo problema particolare, quello cioè di accertare in quale misura il giudice irlandese possa o meno proporre questioni pregiudiziali in pendenza del procedimento di impugnazione.

pendente prima della chiusura del procedimento di annullamento pendente dinanzi al Tribunale, in quanto la questione della validità della decisione 98/531 sembra avere un carattere preliminare rispetto alla soluzione della causa principale. Se così è effettivamente, allora è superfluo rispondere a queste due questioni pregiudiziali; se la Corte non deve esaminare il problema della validità della decisione 98/531, che — per le ragioni che ho già esposto — non può essere sollevato dal giudice del rinvio, tale risposta non è utile per risolvere la causa principale.

59. Tuttavia non deve escludersi che la Supreme Court abbia proposto le questioni in esame per valutare la fondatezza della motivazione dell'ordinanza pronunziata in primo grado dalla High Court, fondandosi esclusivamente sul contesto giuridico e di fatto sulla cui base è stata emessa. D'altronde, è questo il motivo per cui i soli elementi di fatto che sono stati sottoposti alla Corte nell'ordinanza di rinvio sono quelli che erano stati accertati in primo grado dalla High Court. Ritengo che questo particolare aspetto della causa possa essere esaminato nella specie, nell'ambito delle risposte alla seconda e terza questione pregiudiziale. Non intendo evidentemente esaminare l'esattezza del contenuto della decisione 98/531 né prendere in considerazione elementi contrari a questa decisione.

V — Sulla seconda questione pregiudiziale

60. La seconda questione solleva il problema della compatibilità delle clausole di esclusiva in esame con gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato.

A — *Il prezzo dei gelati e la compatibilità degli accordi in esame con le disposizioni dell'art. 86 del Trattato*

61. Prima di esaminare le asserzioni delle parti che hanno depositato osservazioni nel presente procedimento, mi sembra necessario insistere sul seguente problema particolare, sollevato dal governo svedese.

62. I seguenti elementi sembrano risultare dai fatti constatati dal giudice irlandese di primo grado: nel periodo contestato, su cui si è concentrato il controllo giurisdizionale, il prezzo di vendita ai dettaglianti dei gelati della HB era un prezzo unico, indipendentemente dal fatto che questi dettaglianti avessero concluso accordi di fornitura dei frigocongelatori di cui trattasi con la HB. Conseguentemente, si poteva ritenere che il prezzo di vendita dei gelati includesse, oltre al prezzo del gelato, il costo del frigocongelatore e il costo della sua manutenzione. In quest'ottica, tale politica di fatturazione globale, combinata con l'obbligo di rispettare la controversa clausola di esclusiva sull'uso dei frigocongelatori, introduceva discriminazioni tra i dettaglianti. Coloro che risultavano essere proprietari dei frigocongelatori erano soggetti ad un onere per un servizio di cui non beneficiavano; inol-

tre, il costo della fornitura, senza corrispettivo (senza nemmeno un corrispettivo simbolico), dei frigocongelatori della HB agli altri dettaglianti veniva trasferito su di loro.

63. Tenuto conto della posizione dominante che la società HB deteneva sul mercato [47], ritengo che questo tipo di comportamento della suddetta società — sempre supponendo che i fatti si siano svolti in questo modo — contravenisse all'art. 86, lett. c), del Trattato. Questa disposizione qualifica come sfruttamento abusivo di una posizione dominante il fatto di «applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza» [48]. Nella fattispecie, i dettaglianti che non desiderano disporre dei frigocongelatori offerti dalla HB né essere soggetti alle clausole di esclusiva di cui trattasi subiscono un evidente svantaggio a livello della concorrenza rispetto a coloro che concludono contratti di fornitura di frigocongelatori con la HB [49]. D'altronde, la Commissione è arrivata alla medesima conclusione nella comunicazione degli addebbiti che ha inviato nel 1993 alla società HB. Anche la HB sembra aver ammesso indirettamente che la sua politica commerciale era contraria alle regole di concorrenza, poiché ha modificato il suo comportamento nel 1995 introducendo un sistema di fatturazione differenziale, a seconda che i dettaglianti si rifornissero o meno, oltre che di gelati, anche di frigocongelatori presso di lei [50].

64. Conseguentemente, lo sfruttamento abusivo della posizione dominante da parte della HB, descritta sopra, è contrario all'art. 86 del Trattato dal momento che può pregiudicare il commercio tra gli Stati membri [51]. Inoltre, le clausole di esclusiva

47 — V., infra, paragrafo 90 e ss.

48 — La Corte si trova abitualmente confrontata a casi nei quali la discriminazione consiste nell'imporre un prezzo diverso per lo stesso prodotto o per lo stesso servizio. A titolo esemplificativo, v. sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461). Nella presente causa, avviene esattamente il contrario: lo stesso prezzo è imposto per situazioni diverse, cosicché una categoria di partners commerciali è svantaggiata a scapito di un'altra categoria.

49 — In altri termini, siamo in presenza di un comportamento abusivo da parte della HB, che crea una situazione di concorrenza sleale. Questa osservazione, a mio parere, è sufficiente perché questo comportamento sia considerato contrario all'art. 86 del Trattato, senza che occorra esaminare inoltre in quale misura vi sia anche un pregiudizio alla libera concorrenza a causa della chiusura del mercato.

50 — La HB rimborsa ai dettaglianti che non richiedono i suoi frigocongelatori una somma forfettaria, ritenuta corrispondere al costo di acquisto o di manutenzione di cui non deve farsi carico in quanto non fornisce i frigocongelatori.

51 — È opportuno osservare che il pregiudizio al commercio intracomunitario è una condizione di applicazione dell'art. 86 del Trattato generalmente interpretata in modo estensivo da parte della dottrina e della giurisprudenza. Questo pregiudizio non dev'essere sensibile, diretto o attuale, ma è sufficiente che sia indiretto o potenziale (sentenze 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 429, e 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents Corporation/Commissione, Racc. pag. 223).
Nella presente causa, occorre svolgere le seguenti osservazioni: se viene constatato, secondo quanto affermato sopra, che la HB ha assunto un comportamento abusivo, si verifica sul mercato la situazione seguente: a causa della posizione dominante della HB, la maggior parte dei dettaglianti irlandesi acquista gelati dalla HB, indipendentemente dal fatto che essi si approvvigionino nello stesso momento anche di frigocongelatori presso questa società o meno. Questi dettaglianti si ripartiscono in due categorie. Da una parte, vi sono quelli che sono vincolati tramite la clausola di esclusiva e non possono dunque approvvigionarsi e conservare gelati che provengono da produttori, nazionali o stranieri, diversi dalla HB. Tali produttori fruiscono di un vantaggio concorrenziale grazie al comportamento abusivo della HB. Dall'altra parte vi sono i dettaglianti che, oltre ai gelati della HB, potrebbero anche comprare prodotti simili da altri produttori, nazionali o stranieri; questi dettaglianti subiscono uno svantaggio a livello di concorrenza rispetto ai primi.
Conseguentemente, con il suo comportamento, la HB ottiene i risultati seguenti: in primo luogo, in forza della sua posizione dominante, tratta con la maggior parte dei dettaglianti irlandesi. In secondo luogo, con il suo comportamento abusivo, riesce a porre in una situazione concorrenziale sfavorevole i dettaglianti che trattano con lei e che potrebbero anche approvvigionarsi di gelati presso altri produttori, stranieri o meno. Essa impedisce in tal modo ai fornitori stranieri di accedere al mercato irlandese dei gelati di consumo immediato. Quest'ultima considerazione è sufficiente, a mio parere, per sostenere che la politica di cui trattasi della HB — che consiste, da una parte, nel vendere i gelati ad un prezzo unico e, dall'altra parte, nell'imporre una clausola di esclusiva per i frigocongelatori che essa fornisce — è tale da incidere sul commercio intracomunitario.

controverse, combinate con la politica di fatturazione unica dei gelati, violavano la disposizione comunitaria ricordata e il loro rispetto non poteva essere imposto per via giudiziaria.

B — *Le clausole di esclusiva controverse e l'art. 85, n. 1, del Trattato*

65. Esaminerò in quale misura una serie di contratti di esclusiva violi l'art. 85, n. 1, del Trattato [52].

52 — La particolarità della presente causa consiste nel fatto che la clausola di esclusiva non riguarda la fornitura del prodotto controverso (la HB non vieta ai dettaglianti di rifornirsi di gelati di un'altra marca), ma l'uso del frigocongelatore per la conservazione di prodotti (la HB vieta la conservazione dei prodotti di un'altra marca nei suoi frigocongelatori). Ora, nuovamente, se gli accordi in questione hanno come oggetto di ostacolare, di restringere o di falsare il gioco della concorrenza sul mercato dei gelati e possono incidere sul commercio tra gli Stati, essi sono vietati ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
L'esistenza di un nesso tra questi accordi, relativi all'uso esclusivo dei frigocongelatori utilizzati per la conservazione dei gelati, e le condizioni di concorrenza che esistono sullo stesso mercato dei gelati risulta dalla sentenza Langnese Iglo/Commissione (sentenza 8 giugno 1995, causa T-7/93, Racc. pag. II-1533). In tale sentenza, il Tribunale ha esaminato la legittimità di una decisione della Commissione per quanto riguarda la compatibilità con l'art. 85 di contratti di fornitura esclusiva, conclusi tra produttori di gelati e dettaglianti che vendono gelati destinati al consumo «nei luoghi pubblici». Nel corso dell'esame finalizzato alla verifica dell'esistenza, oltre a questi contratti, di ulteriori importanti fattori che potevano contribuire alla chiusura del mercato, la Commissione ha constatato che l'accesso di nuovi concorrenti sul mercato era reso più difficile per l'esistenza di un sistema di concessione di un elevato numero di frigocongelatori messi a disposizione dei dettaglianti, in cambio dell'obbligo di utilizzare i frigocongelatori esclusivamente per la conservazione dei prodotti del fornitore. Il Tribunale ha dichiarato che «giustamente la Commissione [ha] ritenuto trattarsi in tal caso di un elemento che contribuisca a rendere più difficile l'accesso al mercato. Tale circostanza implica, infatti, necessariamente la conseguenza che qualsiasi nuovo concorrente che arrivi sul mercato debba o convincere il rivenditore al dettaglio a cambiare il frigocongelatore installato dalla ricorrente con un altro — il che presuppone la rinuncia al fatturato realizzato con i prodotti del precedente fornitore — ovvero convincere il rivenditore al dettaglio ad accettare l'installazione di un frigocongelatore supplementare, il che può rivelarsi impossibile, per ragioni di spazio, in particolare nei piccoli punti di vendita (...)» (punto 108).

a) La sentenza Delimitis

66. Il percorso giuridico attraverso il quale il problema in oggetto sarà esaminato è stato tracciato dalla sentenza Delimitis, citata [53].

67. La Corte ha ritenuto che accordi di esclusiva da cui tanto il fornitore che i dettaglianti traggono vantaggi non sono di per sé contrari al diritto comunitario della concorrenza; «si deve tuttavia verificare se essi non producono l'effetto di frapporvi ostacoli, restringerla o di falsarne il gioco» [54]. Ai fini della valutazione di un siffatto accordo, occorre tener conto «del contesto economico e giuridico in cui esso si inserisce e nel quale può concorrere, con altri, a produrre un effetto globale sul gioco della concorrenza». Questo effetto cumulativo non costituisce altro che «uno fra i molti elementi» connessi ad una eventuale alterazione del gioco della concorrenza e alle sue conseguenze sul commercio tra gli Stati.

68. L'esame degli effetti cumulativi di un accordo e di accordi analoghi richiede prima di tutto una delimitazione del mercato considerato. Per valutare se l'esistenza di più contratti di esclusiva ostacoli l'accesso al mercato così delimitato, si deve passare successivamente all'esame «della

53 — Tale sentenza riguardava contratti di esclusiva per la fornitura di birra, conclusi tra un fornitore (un birrificio) ed un rivenditore (ristorante o esercizio pubblico). Il primo accordava al secondo alcuni vantaggi finanziari ed economici, come la concessione di prestiti agevolati, l'affitto di locali, la messa a disposizione di attrezzature; il secondo si impegnava a rifornirsi di birra esclusivamente presso il primo e a non vendere prodotti concorrenti nel suo esercizio.

54 — Sentenza Delimitis, citata alla nota 3, punto 13.

natura e dell'importanza del complesso di questi contratti». L'incidenza di questi contratti sull'accesso al mercato dipende, in particolare, dal numero dei punti di vendita vincolati in virtù dei contratti di esclusiva rispetto al numero degli esercizi pubblici che non lo sono, dalla durata degli impegni sottoscritti, così come dai quantitativi di prodotto oggetto di detti impegni che sono commercializzati dai «punti di vendita vincolati» rispetto ai quantitativi venduti dai distributori non vincolati [55]. La Corte ritiene che «l'esistenza di un complesso di contratti analoghi [e cioè dei contratti di esclusiva [56]], anche se la sua incidenza sulle possibilità di accesso al mercato è rilevante, non può tuttavia di per sé essere sufficiente per concludere che il mercato considerato è inaccessibile, in quanto non si tratta che di una circostanza che, assieme ad altre, può costituire il contesto economico e giuridico nel quale il contratto deve essere valutato» [57].

69. La Corte sottolinea successivamente che occorre esaminare «se esistono possibilità reali e concrete per un nuovo concorrente di inserirsi nel complesso di contratti» [58].

70. Se da questa analisi discende che l'insieme dei contratti controversi produce, come «effetto cumulativo», la chiusura del mercato nei confronti di nuovi concorrenti, nazionali e stranieri, la responsabilità di questa chiusura ed i divieti di cui all'art. 85 n. 1, devono essere imputati agli operatori che «vi contribuiscono in modo significativo» [59]. Per esaminare questa ultima questione, e cioè accertare in quale misura alcuni contratti di esclusiva contribuiscano a produrre l'effetto cumulativo di chiusura del mercato, occorre valutare «la posizione delle parti contraenti sul mercato» [60]. Quest'ultima è determinata, sulla base della quota di mercato detenuta dal fornitore su questo mercato, dal numero di punti di vendita che quest'ultimo controlla rispetto al numero totale di punti di vendita e dalla durata dei contratti in causa.

71. Riassumendo, un contratto di esclusiva è vietato se si constata, in primo luogo, che il complesso dei contratti analoghi, tenuto conto anche del loro contesto economico e giuridico più generale, produce l'effetto cumulativo di chiudere l'accesso al mercato e, in secondo luogo, che il contratto di cui trattasi contribuisce in maniera significativa a questo risultato.

b) La trasposizione della giurisprudenza Delimitis nella presente causa

72. Prima di tutto devo esaminare la natura e l'importanza del complesso dei contratti

55 — Ibidem, punto 19.

56 — Questa osservazione è mia.

57 — Sentenza Delimitis, citata alla nota 3, punto 20.

58 — Ibidem, punto 21. La Corte richiama, in primo luogo, criteri come le normative relative all'acquisizione di società di produzione e la creazione di punti di vendita, in secondo luogo, il numero minimo di punti di vendita necessario per una proficua gestione di un sistema di distribuzione, in terzo luogo, la presenza di grossisti e di reti indipendenti di vendita e, in quarto luogo, le condizioni di concorrenza che sussistono sul mercato di riferimento. Per quanto riguarda quest'ultimo criterio, la Corte considera elementi determinanti il numero e la dimensione dei produttori presenti sul mercato, il grado di saturazione di quest'ultimo e la fedeltà dei consumatori alle marche esistenti.

59 — Sentenza Delimitis, citata alla nota 3, punto 24.

60 — Ibidem, punto 25.

di fornitura di frigocongelatori, che contengono una clausola di esclusiva e che sono conclusi tra le società che forniscono i gelati e i dettaglianti [61]. Questi contratti sono ordinari in Irlanda. Benché non siano di per sé contrari all'art. 85, n. 1, del Trattato, possono però restringere la concorrenza, qualora escludano da alcuni punti di vendita i prodotti di altri concorrenti.

73. Occorre dapprima chiedersi quali siano le caratteristiche dei punti di vendita. Da quanto accertato dalla High Court nell'ordinanza impugnata dinanzi alla Supreme Court risulta che la maggior parte dei punti di vendita è costituita dai dettaglianti [62]; essi assicurano anche la maggior parte delle vendite. Inoltre, una piccolissima parte di dettaglianti dispone di propri frigocongelatori, cioè di frigocongelatori nei quali possono conservare gelati di marche diverse [63]. La stragrande maggioranza dei dettaglianti non dispone che di uno o due frigocongelatori riservati all'uso esclusivo di un fornitore. Il numero limitato dei frigocongelatori sembra essere dovuto alla mancanza di spazio nei negozi dei dettaglianti e alla mancanza di un interesse commerciale da parte degli stessi dettaglianti; questi ultimi non si aspettano alcun aumento sostanziale dei loro guadagni dall'acquisto di un frigocongelatore supplementare, anche se questo non è impossibile in pratica [64]. Per quanto riguarda la società HB, secondo i dati forniti dal giudice del rinvio, essa controlla circa 12 000 frigocongelatori sui 18 000 che esistono sul mercato di riferimento. Il giudice irlandese di primo grado ha calcolato che circa l'80% dei frigocongelatori che si trovano nei piccoli negozi al dettaglio sono controllati dalla HB.

74. Ritengo che i contratti di fornitura di frigocongelatori ai dettaglianti incidano sensibilmente sulle possibilità di accesso di un nuovo concorrente sul mercato. Dal momento che non è probabile ovvero che non è molto probabile che il dettagliante possa essere convinto a sostituire un frigocongelatore esistente oppure ad installare un frigocongelatore supplementare (di sua proprietà o di un'altra marca), è giocoforza ritenere che i punti di vendita controllati da un fornitore tramite le clausole di esclusiva siano de facto vincolati a tale fornitore. E poiché i punti di vendita che hanno concluso accordi relativi a frigocongelatori che contengono una clausola di esclusiva sono molto più numerosi di quelli che dispongono di «frigocongelatori non vincolati», è evidente che la maggior parte dei punti di vendita in Irlanda è de facto vincolata ad un fornitore.

61 — Il primo atto dell'operatore del diritto consiste nel delimitare il mercato del prodotto e il mercato geografico. Dalla formulazione della seconda questione pregiudiziale si deduce che il giudice del rinvio sembra considerare come mercato rilevante quello dei gelati confezionati individualmente e di consumo immediato in Irlanda.

62 — Si tratta soprattutto di piccoli negozi di generi alimentari, chioschi e stazioni di servizio. Essi rappresentano circa 9 000 punti di vendita su un totale di 10 279 (ricerca di mercato condotta nel 1990).

63 — La ragione principale per la quale il numero dei proprietari di frigocongelatori è basso è data dal costo di acquisto e di manutenzione, così come d'altro canto dalla facilità di acquisire un frigocongelatore da un fabbricante di gelati, anche se questa acquisizione comporta l'accettazione della clausola di esclusiva.

64 — Su questo punto, sarebbe ancora opportuno esaminare in quale misura il mercato in causa sia saturo di frigocongelatori. In altri termini, se il numero di frigocongelatori già installati ha raggiunto quasi una soglia massima, non ci si può aspettare che i dettaglianti abbiano un interesse ad installare frigocongelatori supplementari nei loro negozi.

75. Per quanto riguarda in particolare il caso della HB, questa beneficia ancora di un vantaggio supplementare in forza della posizione che occupa sul mercato. È infatti il produttore di gelati che possiede la maggiore gamma di prodotti e che gode della maggiore popolarità. Conseguentemente, i dettaglianti — che, come è stato detto, non possiedono normalmente frigocongelatori propri — hanno tutto l'interesse, quando decidono di vendere gelati, a rivolgersi alla HB; questa assicura loro, in ragione della posizione sul mercato, un fatturato, che è stimato essere più elevato. Così essi non hanno praticamente alcuna possibilità di rinunciare ai frigocongelatori della HB per sostituirli con frigocongelatori ad uso esclusivo di un'altra marca. Infine, non si può pensare che l'acquisto di un frigocongelatore supplementare per vendere gelati di un'altra marca possa aumentare sensibilmente gli utili dei dettaglianti; i gelati della HB continueranno a rappresentare la maggior parte delle vendite del negozio. Tutto ciò è stato confermato anche dal giudice irlandese di primo grado.

76. Per quanto riguarda le possibilità di accesso alla rete di distribuzione esistente da parte di nuovi concorrenti e, pertanto, al mercato rilevante, la HB si basa su una serie di argomenti per dimostrare che gli accordi in esame non hanno come effetto cumulativo la chiusura del mercato a nuovi concorrenti. Essa sostiene che, per applicare correttamente l'art. 85, n. 1, alla causa in esame, occorre determinare la «soglia minima di penetrazione del mercato» da consentire ai nuovi concorrenti. Se nella specie questo livello minimo viene garantito, le contestate clausole di esclusiva non sono contrarie alle regole comunitarie della concorrenza.

77. Non mi oppongo a questo ragionamento. Tuttavia, il gran numero di punti di vendita che sono de facto vincolati per mezzo delle clausole di esclusiva relative all'uso di frigocongelatori costituisce un indizio importante — che il giudice del rinvio è chiamato a verificare — del fatto che la restrizione della concorrenza, dovuta al complesso di accordi, è talmente grave che la soglia (minima) necessaria di accesso al mercato non esiste. Questa constatazione non viene inficiata dal fatto che alcuni concorrenti, come la Mars, riescano malgrado queste restrizioni a conquistare una piccola quota di mercato. Inoltre, non si può sostenere validamente — come la HB cerca di fare — che, per accedere al mercato della fornitura di gelati in Irlanda, il nuovo fornitore di gelati deve preoccuparsi di creare il proprio «parco frigocongelatori», in modo tale da assicurarsi il controllo di alcuni punti vendita. Questo approccio sembra giustificare gli obblighi supplementari imposti sul mercato presentandoli come una condizione della sua liberalizzazione. Ora, è opportuno sottolineare che il mercato in esame è quello della fornitura di gelati di consumo immediato e non un mercato comune di fornitura di gelati e di frigocongelatori [65]. Infine, la HB fa notare giustamente che gli accordi di esclusiva non sono ritenuti determinanti ai fini della chiusura del mercato, in modo

65 — Il funzionamento corretto delle regole di concorrenza non consente di obbligare i fabbricanti di gelati a fornire frigocongelatori per poter operare sul mercato dei gelati. La concorrenza tra le marche non deve essere sostituita dalla concorrenza per l'accesso ai negozi al dettaglio.

vietato dalle regole di concorrenza comunitarie, se i nuovi fornitori di gelati hanno la possibilità di ricorrere ad altri metodi per consolidare la loro posizione sul mercato. Non è però certo che sul mercato irlandese dei gelati sussista tale possibilità [66], ma tale questione rientra ad ogni modo nella competenza del giudice del rinvio [67].

78. Da questa analisi risulta che — se sono esatti gli elementi giuridici e di fatto, valutati sopra — il complesso dei contratti relativi ai frigocongelatori che contengono una clausola di esclusiva, conclusi tra i fornitori di gelati in Irlanda e i dettaglianti, ha come effetto cumulativo di alterare sane condizioni di concorrenza sul mercato rilevante e la chiusura dello stesso mercato. Il sistema delle clausole di esclusiva, così come funziona nel caso specifico, sembra dare un vantaggio eccessivo al fornitore che detiene la maggiore quota del mercato, nonché rendere praticamente impossibile l'accesso di nuovi fornitori (in particolare i piccoli e medi fornitori, cioè quelli che non hanno una vasta gamma di prodotti e non sono in condizioni di farsi carico del costo della creazione di una rete di frigocongelatori) e nuocere in ultima analisi al consumatore, in quanto non favorisce la concorrenza sulla base della qualità e del prezzo dei prodotti. Non contesto il fatto che questo sistema possa essere considerato in certo modo funzionale agli interessi delle parti negli accordi contestati relativi ai frigocongelatori, né che questo sistema possa avere un impatto positivo sul mercato [68]; tuttavia, anche se si ammettesse ciò, non si eliminerebbero le conseguenze negative e dannose per la libera concorrenza, equivalenti a una chiusura del mercato.

79. Occorre ancora esaminare in quale misura la clausola de minimis, formulata nella sentenza Delimitis, possa applicarsi nel caso specifico, cioè se gli accordi che riguardano in particolare i frigocongelatori della HB «contribuiscono in modo significativo» [69] a produrre sul mercato gli effetti negativi indicati sopra. Ritengo che si debba rispondere affermativamente a questa domanda, quantomeno sulla base degli elementi esposti nell'ordinanza pronunciata in primo grado dal giudice irlandese. La HB è parte nella stragrande maggioranza di questi contratti. Questa società si presenta come il fornitore considerato più importante sul mercato, ha da lungo tempo

66 — Secondo la sentenza Delimitis, si può ritenere che altre possibilità di accesso al mercato siano offerte dalla creazione di nuovi punti di vendita, dalla proficua creazione di un sistema di distribuzione o dal ricorso a grossisti indipendenti presenti sul mercato. Ad ogni modo, dal fascicolo non risulta che esista in Irlanda un commercio all'ingrosso indipendente per i gelati di consumo immediato che potrebbe consentire a nuovi fornitori di accedere alla distribuzione. Inoltre, se il mercato rilevante è effettivamente saturo sia dal punto di vista dei punti di vendita che dal punto di vista del numero complessivo dei frigocongelatori installati, allora è evidente che le soluzioni alternative aperte ai nuovi operatori (in particolare i piccoli e medi operatori), sono particolarmente limitate. Non ritengo che la soluzione proposta dalla HB, in particolare l'acquisto di altre imprese che dispongono di una rete di distribuzione e che sono già operative, possa essere ritenuta come una soluzione alternativa; supponendo anche che questa possibilità esista, il costo di accesso al mercato avrebbe molto probabilmente un effetto dissuasivo per gli operatori interessati. Dall'altra parte, non si può considerare conforme alle regole di concorrenza comunitarie il fatto di consentire agli operatori già attivi di bloccare il mercato al tal punto che la sola prospettiva di accesso per un nuovo concorrente consista nell'acquisizione di uno dei concorrenti esistenti; allora non c'è più libera concorrenza.
Occorre ancora esaminare se la posizione di forza occupata dai fornitori esistenti di gelati e la loro reputazione presso i consumatori costituiscano un ostacolo insuperabile per i nuovi arrivati.

67 — Il giudice del rinvio esaminerà questo problema alla luce del punto 21 nella sentenza Delimitis, citata alla nota 3.

68 — V. infra, paragrafi 85 e ss..

69 — Sentenza Delimitis; citata alla nota 3, punto 24.

consolidato questa posizione, dispone della migliore rete di frigocongelatori e, grazie a ciò, essa vende i suoi prodotti nella maggior parte dei punti di vendita. Ricordo che, secondo le valutazioni compiute dal giudice irlandese di primo grado, due terzi dei frigocongelatori installati nei punti di vendita in Irlanda sono stati forniti dalla HB sulla base di accordi di esclusiva e che l'80% dei dettaglianti sono de facto vincolati alla HB.

80. Queste osservazioni non sono inficiate dalle obiezioni della HB.

81. Questa società rinvia innanzitutto al criterio della durata delle clausole di esclusiva, utilizzato dalla Corte nella sentenza Delimitis. Essa sostiene che, contrariamente ai fatti in esame nella sentenza Langnese Iglo/Commissione [70], gli accordi controversi di utilizzo esclusivo di frigocongelatori sono liberamente conclusi dai dettaglianti, che possono recedere quando vogliono, senza che venga imposto loro alcun obbligo supplementare. Questo elemento depone — secondo la HB — in favore della conformità di questi accordi all'art. 85, n. 1, del Trattato.

82. Non sono d'accordo con questo punto di vista. Ad ogni modo è utile verificare la reale durata degli accordi. Se la durata media è lunga e se si constata una reticenza dei dettaglianti a recedere a breve termine, non si può sostenere che la possibilità di «recedere quando vogliono», così come è previsto, è sufficiente perché si possa ritenere che questi accordi non comportano una chiusura del mercato incompatibile con l'art. 85, n. 1.

83. La HB sostiene ancora che, per determinare correttamente il modo in cui i suoi contratti contribuiscono alla chiusura del mercato, è necessario fare la distinzione seguente. Non devono essere inclusi, nell'insieme dei punti di vendita che si sottraggono alla libera concorrenza in quanto de facto vincolati alla HB, i dettaglianti che, pur disponendo soltanto di uno o più frigocongelatori della HB, non sono interessati alla vendita di gelati di un'altra marca per ragioni puramente commerciali, in particolare a causa della debole domanda da parte dei consumatori di gelati diversi da quelli della HB.

84. Questo ragionamento, sul quale la High Court sembra essenzialmente essersi fondata, non mi trova d'accordo. Gli effetti di un contratto che restringe la concorrenza devono essere valutati obiettivamente, indipendentemente dalle ragioni per le quali le parti contraenti concludono questo contratto restrittivo. La circostanza che i terzi sono in larga misura esclusi dal mercato può essere in via di principio costitutiva di una violazione dell'art. 85, n. 1, del Trat-

70 — Citata alla nota 52.

tato, anche se il dettagliante che accetta la clausola di esclusiva dichiara in un certo momento che non è interessato all'aumento del numero dei suoi fornitori. Conseguentemente, per determinare correttamente gli effetti restrittivi sulla concorrenza dei contratti controversi relativi ai frigocongelatori, tenuto conto dell'analisi che ho svolto precedentemente, occorre ritenere che tutti i punti di vendita che dispongono solo di frigocongelatori della HB e che non vendono per questo motivo gelati di un'altra marca siano de facto dipendenti dalla HB.

c) Sulla giustificazione obiettiva delle clausole di esclusiva di cui trattasi

85. La HB ritiene che le clausole controverse restringano la concorrenza in modo trascurabile, e anche in maniera perfettamente legale in quanto questa restrizione è giustificata in maniera obiettiva. A questo proposito essa invoca la sentenza Pronuptia [71] e la teoria della giustificazione obiettiva di taluni comportamenti contrattuali che, per questo motivo, esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

86. Più precisamente, la HB fa valere che gli accordi con i quali concede l'utilizzo di frigocongelatori e assume su di sé l'onere della loro manutenzione, senza diretto corrispettivo, procurano un vantaggio tanto a sé medesima che ai dettaglianti che stipulano contratti con lei. Per esempio, tali accordi consentono di ridurre il costo globale della vendita dei gelati [72], di migliorare la distribuzione dei prodotti [73] e di aumentare il numero di punti di vendita dei prodotti [74].

87. Inoltre, la HB sostiene che la clausola di esclusiva, inserita nei citati contratti, è necessaria per il buon funzionamento del sistema e comporta soltanto restrizioni di concorrenza trascurabili e comunque legali. Essa fa notare che, senza questa clausola, la corretta organizzazione del mercato dei gelati di consumo immediato e l'adeguata distribuzione di questi prodotti sarebbero compromesse. I fornitori garantiscono con queste clausole un miglior accesso ai loro prodotti, hanno un certo margine per farsi carico del costo dei frigocongelatori in quanto possono contare su un migliore fatturato, controllano nel modo migliore le condizioni di igiene e di conservazione dei gelati, assicurano più facilmente la pubblicità e la promozione in generale dei loro prodotti e sono protetti contro un comportamento abusivo dei loro concorrenti [75], salvaguardando i loro diritti di proprietà

71 — Sentenza 28 gennaio 1986, causa 161/84 (Racc. pag. 353).

72 — I dettaglianti evitano la spesa rilevante costituita per loro dall'acquisto e dalla manutenzione di un frigocongelatore. In quanto filiale dell'Unilever, la HB acquista all'ingrosso i frigocongelatori direttamente dai fabbricanti a prezzi nettamente migliori di quelli che otterrebbero gli acquirenti individualmente. Inoltre, l'assenza di fatturazione distinta per i frigocongelatori ed i gelati semplifica le transazioni.

73 — La HB controlla in modo migliore le condizioni di distribuzione e di conservazione dei suoi prodotti e si assicura una migliore copertura geografica del mercato.

74 — Numerosi dettaglianti rifiuterebbero di assumere il rischio commerciale inerente all'acquisto oppure alla locazione e alla manutenzione di frigocongelatori per gelati a causa del carattere marginale di questa attività. La HB sostiene che la fornitura e la manutenzione gratuita di frigocongelatori costituiscono in molti casi il solo mezzo per far sì che alcuni punti di vendita offrano gelati.

75 — Questi ultimi beneficerebbero di un vantaggio concorrenziale indebito se potessero vendere i loro gelati utilizzando i frigocongelatori della HB.

sui frigocongelatori. E tutto questo viene ottenuto, secondo quanto afferma la HB, senza una restrizione eccessiva della concorrenza.

88. Su questo argomento osservo quanto segue.

In primo luogo, rilevo che il criterio della giustificazione obiettiva è difficile da interpretare e da applicare nella pratica; ci si può anche chiedere in quale misura costituisca un criterio adatto per rendere conto del senso delle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza [76]. Tuttavia non è un criterio assolutamente assente dalla giurisprudenza della Corte [77].

In secondo luogo, diversamente dalla fattispecie su cui la Corte si era pronunciata nella causa Pronuptia, nella causa in esame la clausola di esclusiva non sembra costituire una condizione obiettivamente necessaria per il funzionamento di un sistema il cui mantenimento tale quale sia totalmente giustificato. Da una parte, ammetto che i contratti di fornitura di frigocongelatori ai dettaglianti presentino vantaggi per le parti e per il consumatore; tuttavia, questo non vuol dire che l'esistenza e il corretto funzionamento del mercato di gelati di consumo immediato in Irlanda dipendano da queste clausole [78]. Dall'altra parte, e questa è la cosa più importante, la clausola di esclusiva che accompagna la fornitura di un frigocongelatore non è una condizione sine qua non della conclusione di contratti relativi a frigocongelatori. Malgrado le asserzioni in senso contrario della HB, niente dimostra che l'allestimento da parte dei fornitori di gelati di una rete di distribuzione che comporta la fornitura di frigocongelatori ai dettaglianti non possa esistere senza la fornitura gratuita di un congelatore, combinata con una clausola di esclusiva circa il suo utilizzo [79].

76 — Nelle mie conclusioni presentate il 15 luglio 1997 nella causa Montecatini/Commissione (sentenza 8 luglio 1999, causa C-235/92 P, Racc. pag. I-4539, punto 45), avevo manifestato le mie riserve circa la possibilità di trasporre il principio, di origine americana della «rule of reason» nell'ordinamento giuridico comunitario, in particolare per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

77 — Oltre alla sentenza Pronuptia, citata alla nota 71, rinvio alle mie conclusioni nella causa France/Ladbroke Racing e Commissione (sentenza 16 maggio 2000, causa C-83/98 P, Racc. pag. I-3271), in cui ho fatto riferimento al criterio della giustificazione obiettiva del controllo degli aiuti di Stato. V. anche sentenze 8 giugno 1982, causa 258/78, Nungesser/Commissione (Racc. pag. 2015), e 6 ottobre 1982, causa 262/81, Coditel (Racc. pag. 3381).

78 — Ciò viene dimostrato parimenti dal fatto che la HB è anche in grado di distribuire i suoi prodotti con successo nei punti di vendita in cui non vi sono frigocongelatori di sua proprietà.

79 — Nulla prova che la pratica attuale sia necessaria perché la rete di distribuzione di gelati funzioni in Irlanda. Dalle asserzioni della HB non è possibile dedurre assolutamente che la soppressione della esclusiva per l'utilizzo di frigocongelatori sconvolgerà la situazione attuale ad un punto tale che, da una parte, non sarà più possibile concludere accordi che riguardano i frigocongelatori con i dettaglianti e, dall'altra parte, il mercato ne sarà colpito in maniera irreversibile a causa del collasso del sistema di distribuzione e della perdita dei punti di vendita. Il nesso di causalità tra la soppressione della esclusiva e lo sconvolgimento del sistema non è giuridicamente provato.
Per quanto riguarda la tutela del diritto di proprietà della HB sui frigocongelatori, sottolineo che la concessione di un frigocongelatore senza corrispettivo, combinata con l'obbligo di accettare la clausola di esclusiva, non costituisce il solo mezzo per raggiungere questo obiettivo, ma dipende da una scelta effettuata dalla HB per ragioni commerciali. Anziché includere il costo dei frigocongelatori nel prezzo dei gelati, si potevano immaginare altri strumenti per ammortizzare l'investimento nei frigocongelatori; l'imposizione nei confronti dei dettaglianti di un canone d'affitto specifico per l'uso di frigocongelatori è una delle soluzioni possibili (v. in prosieguo, paragrafi 105 e ss.).
Questa soluzione potrebbe indurre un certo numero di dettaglianti a rinunciare alla vendita dei gelati. L'entità della perdita di alcuni punti di vendita non è ad ogni modo sicura. I dettaglianti sopporterebbero in più il costo della locazione del frigocongelatore, ma comprerebbero i gelati ad un prezzo inferiore (in quanto il costo del frigocongelatore non sarebbe compreso nel prezzo del gelato) e potrebbero aumentare la loro attività commerciale utilizzando il frigocongelatore anche per l'immagazzinamento e la conservazione di altri prodotti. Indipendentemente da ciò, la perdita di punti di vendita non legittima di per sé le restrizioni che le contestate clausole di esclusiva comportano per la concorrenza.

In terzo luogo, ritengo che, anche se si ammettesse che alcune restrizioni della concorrenza possano essere giustificate dal mantenimento di un meccanismo che funziona assolutamente nell'interesse del mercato e degli operatori, queste restrizioni non possono superare una soglia che può essere definita applicando il principio di proporzionalità [80]. Conseguentemente, nei limiti in cui, secondo l'analisi sopra svolta, si constata sulla base della valutazione globale del contesto giuridico e di fatto nel quale si inseriscono i contratti controversi della HB che essi contribuiscono in maniera rilevante, con altri contratti analoghi, all'effetto negativo cumulativo sulla concorrenza, in modo tale da provocare la chiusura del mercato, questi accordi sono — malgrado gli elementi positivi che la HB ha rilevato — contrari all'art. 85, n. 1, del Trattato. In primo luogo, a causa della gravità delle conseguenze negative per la concorrenza, le restrizioni in questione eccedono una soglia determinata, al di là della quale non possono più essere considerate giustificate [81]. In secondo luogo, come ho già rilevato, non è provato che le restrizioni in questione, provocate dai contestati contratti di esclusiva, siano indispensabili per raggiungere lo scopo che perseguono, benché legittimo [82].

89. In conclusione, occorre rispondere come segue alla prima parte della seconda questione pregiudiziale: tenuto conto degli elementi giuridici e di fatto del mercato di riferimento, un accordo o una pratica come quello oggetto della causa principale è contrario all'art. 85, n. 1, del Trattato quando tre condizioni sono soddisfatte: in primo luogo che, in combinato disposto con gli accordi o pratiche analoghe sullo stesso mercato, esso impedisca de facto l'accesso ad altri concorrenti a una parte particolarmente ingente dei punti di vendita esistenti, portando in tal modo a una chiusura del mercato; in secondo luogo, che contribuisca sensibilmente a questa chiusura; in terzo luogo, che questa restrizione

80 — Spesso si sostiene che la giurisprudenza Pronuptia consente di considerare un accordo oppure una pratica conforme all'art. 85, n. 1, del Trattato senza che occorra valutare in quale misura restringa la concorrenza, e ciò per il solo motivo che costituisce una condizione necessaria per il funzionamento di un sistema che non è, di per sé, contrario all'art. 85, n. 1. Non sono d'accordo con questo approccio. Se le restrizioni alla concorrenza in oggetto sono particolarmente importanti, non possono essere definite «complementari» o «trascurabili». La giurisprudenza Pronuptia cerca di migliorare l'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato e non offre una scappatoia per sottrarsi all'applicazione di queste disposizioni.
Pertanto è necessario trovare un equilibrio tra il bene costituito dalla libera concorrenza, che viene lesa dall'accordo o dalla pratica controversa, ed il bene che tale accordo intende tutelare. La volontà di raggiungere scopi legittimi non giustifica sempre la distorsione delle condizioni di concorrenza, soprattutto quando questa distorsione sia grave. Inoltre, bisognerà chiedersi, applicando i criteri del principio di proporzionalità (carattere appropriato, necessità, proporzionalità in senso stretto), se l'accordo o la pratica in questione non pregiudichi la concorrenza in modo eccessivo.

81 — Nelle conclusioni nella causa Montecatini/Commissione, citata alla nota 76, ho già sostenuto una tesi connessa circa l'impossibilità di giustificare restrizioni particolarmente gravi della concorrenza tramite la «rule of reason», tesi che sembra essere adottata tanto dal giudice comunitario quanto dal giudice americano della concorrenza. Nella stessa sentenza, la Corte ha affermato quanto segue: «In proposito è sufficiente rilevare che, anche ammettendo che la "rule of reason" svolga un ruolo nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato, essa non può in alcun caso escludere l'applicazione di tale norma nel caso di un'intesa che ha coinvolto produttori che detenevano la quasi totalità del mercato comunitario e concernente obiettivi di prezzo, la limitazione della produzione e la ripartizione del mercato. Il Tribunale non ha quindi commesso alcun errore di diritto nel dichiarare che il carattere manifesto dell'infrazione ostava in ogni caso all'applicazione della "rule of reason"» (punto 133).

82 — È evidente che, se i dati di fatto e di diritto del mercato fossero diversi, le asserzioni della HB relativamente all'utilità delle clausole di esclusiva avrebbero maggiore rilevanza e potrebbero giustificare questa utilità alla luce dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

della concorrenza sia tale da incidere sul commercio tra gli Stati [83].

C — *Le clausole di esclusiva controverse e l'art. 86 del Trattato*

90. La posizione di un'impresa sul mercato può essere qualificata come «dominante» quando consente a tale impresa di impedire una concorrenza effettiva e di comportarsi in maniera largamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e ai consumatori [84]. Quote rilevanti di mercato costituiscono, in via di principio e salvo circostanze eccezionali, la prova di una posizione dominante [85].

91. La quota della HB sul mercato irlandese dei gelati ad acquisto d'impulso in confezione monodose fluttua da numerosi anni intorno al 70%, ed oltre. Questo dato, combinato con altri parametri [86], porta necessariamente alla conclusione che la HB detiene una posizione dominante su questo mercato [87].

92. Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, vietato dall'art. 86, è «una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa (...) atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale (...) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato» [88]. Un'impresa che detiene una posizione dominante non può «elimin[are] un concorrente e rafforz[are] in tal modo la propria posizione, avvalendosi di mezzi diversi da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti» [89]. Per quanto riguarda l'applicazione corretta dell'art. 86, la Corte ritiene che «l'ambito di 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]. Per quanto riguarda i contratti di esclusiva, esiste una giurisprudenza conso-

83 — Nel caso in cui si constati una chiusura del mercato ad un punto tale che nuovi fornitori di gelati non possano avere accesso a punti di vendita, quale che sia la situazione geografica e la provenienza dei prodotti di questo fornitore, mi sembra probabile che il commercio tra gli Stati ne sarebbe pregiudicato. La suddetta restrizione della concorrenza rende più difficile l'accesso di concorrenti stranieri al mercato irlandese.

84 — V. sentenze 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands/Commissione (Racc. pag. 207), e Hoffmann-La Roche/Commissione, citata alla nota 48.

85 — V. sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, citata alla nota 48, punto 41; nonché sentenze 3 luglio 1991, causa C-62/86, AKZO/Commissione (Racc. pag. I-3359, punto 60), e 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, Hilti/Commissione (Racc. pag. I-667).

86 — Assenza di un altro concorrente di eguali dimensioni, accettazione da parte dei consumatori, controllo di una grande parte dei punti di vendita, accesso al «know how», e altri vantaggi che derivano dalla sua partecipazione al gruppo multinazionale Unilever.

87 — Il giudice irlandese di primo grado è arrivato anch'egli alla stessa conclusione.

88 — V. sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, citata alla nota 48 (punto 91).

89 — V. sentenza AKZO/Commissione, citata alla nota 85 (punto 70).

90 — V. sentenza 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. I-5951, punto 24).

lidata secondo cui «per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare — sia pure a loro richiesta — gli acquirenti con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante» [91].

93. La società HB propone ai dettaglianti il seguente accordo: essa offre loro (senza corrispettivo diretto da parte loro) frigocongelatori per i quali assume a suo carico le spese di acquisto e di manutenzione; tuttavia, essa pone come condizione l'utilizzo esclusivo di questi frigocongelatori per conservarvi esclusivamente i propri prodotti. In tal modo essa induce i dettaglianti che non hanno a disposizione frigocongelatori, siano questi di loro proprietà ovvero di un altro fornitore, a concludere con essa contratti di fornitura che comportano una clausola di esclusiva. Ho già spiegato che i dettaglianti che concludono tali contratti in generale non accettano di sostituire i loro frigocongelatori HB con frigocongelatori di un altro fornitore o con frigocongelatori di loro proprietà e non sono neppure disposti a installare frigocongelatori supplementari [92]. Conseguentemente, i punti di vendita che sono oggetto dei contratti contestati diventano de facto punti di vendita esclusiva dei prodotti della HB. Da questa analisi discende che la percentuale di questi punti di vendita è particolarmente elevata e sembra raggiungere l'80% dei piccoli negozi al dettaglio [93].

94. Ciò rafforza la posizione dominante della HB e indebolisce ancora di più una concorrenza che è ad ogni modo già debole a causa della posizione dominante della HB. Più generalmente, la controversa politica della HB non è conforme alle condizioni di una sana concorrenza nella fornitura di prodotti di consumo: in primo luogo, diventa difficile per gli altri fornitori, concorrenti della HB, accedere a questo mercato e consolidarvi la loro posizione; in secondo luogo, viene pregiudicata la libertà dei dettaglianti di scegliere i loro fornitori sulla base dei vantaggi che questi offrono; in terzo luogo, viene pregiudicata la libertà dei consumatori di scegliere i prodotti in questione sulla base della loro qualità ed del loro prezzo. In altri termini, a nessuno dei livelli di mercato la concorrenza tra i gelati ad acquisto d'impulso in confezione monodose è funzione delle caratteristiche di questi prodotti, ma dipende dalla misura in cui i punti di vendita in questione sono o meno de facto vincolati alla HB. In conclusione, ritengo che tale comportamento della HB sia costitutivo di un abuso di posizione dominante.

95. L'esattezza di questa conclusione non viene messa in discussione dalle asserzioni della HB.

91 — V. sentenze Hoffmann-La Roche/Commissione, citata alla nota 48 (punto 89), e AKZO/Commissione, citata alla nota 85 (punto 149). Nella sentenza 1° aprile 1993, causa T-65/89, BPB Industries e British Gypsum/Commissione (Racc. pag. II-389, punto 68), il Tribunale ha dichiarato che, «qualora, come nella fattispecie, un operatore detenga una forte posizione sul mercato, la stipulazione di contratti di fornitura esclusiva relativamente ad una quota rilevante degli acquisti costituisce un ostacolo inammissibile all'ingresso in questo mercato».

92 — V. supra, paragrafi 74 e 75.

93 — V. supra, paragrafo 73.

96. Questa parte sostiene innanzitutto che la conclusione di contratti relativi ai frigocongelatori contenenti una clausola di esclusiva costituisce una prassi costante dei fornitori sul mercato di riferimento che non si discosta da una sana concorrenza ma che, al contrario, ha un effetto positivo sulle condizioni di concorrenza. D'altronde, un eventuale divieto di questi contratti per il fatto che sono contrari all'art. 86 del Trattato obbligherebbe la HB a nuocere ai suoi propri interessi, cosa che non è possibile [94]. La HB invoca anche la sentenza Bronner [95], da cui deduce che una impresa che detiene una posizione dominante non è obbligata a far accedere la concorrenza al sistema di distribuzione dei propri prodotti, anche contro un ragionevole corrispettivo, qualora, in primo luogo, la negazione dell'accesso non abbia come conseguenza di impedire la concorrenza da parte dell'impresa che richiede questo accesso, in secondo luogo, tale negazione dell'accesso possa essere giustificata obiettivamente e, in terzo luogo, esista una soluzione alternativa, attuale o potenziale. Infine, la HB sostiene, da una parte, che gli accordi in questione non incidono sulle condizioni di concorrenza in quanto le assicurano una esclusiva soltanto per una percentuale trascurabile dei punti di vendita e, dall'altra parte, che il suo comportamento è ad ogni modo giustificato obiettivamente.

97. Non contesto che gli accordi relativi ai frigocongelatori costituiscano una prassi commerciale corrente sul mercato di riferimento e che, da un certo punto di vista, siano vantaggiosi per i contraenti. Tuttavia, questa osservazione non è sufficiente perché i contratti di cui trattasi della HB non siano considerati contrari all'art. 86 del Trattato; la loro esistenza potrebbe eventualmente essere ammessa su mercati caratterizzati da normali condizioni di concorrenza, ma non nel caso in cui, come nella presente fattispecie, la concorrenza sia già affievolita, e proprio a causa della posizione dominante della HB. D'altronde, le asserzioni della HB non inficiano le valutazioni compiute nel corso dell'analisi svolta precedentemente, in particolare quella secondo cui i contratti relativi ai frigocongelatori della HB non consentono alla concorrenza di funzionare naturalmente, come conviene nel caso della fornitura di beni di consumo.

98. Inoltre, se è vero che l'applicazione proposta dell'art. 86 del Trattato può privare la HB della possibilità di beneficiare di tutti i vantaggi che essa trae dalla sua posizione sul mercato, tuttavia, non la obbliga ad agire contro i suoi interessi. È perfettamente legittimo che il margine di cui una società dispone per le sue scelte strategiche sia limitato ai sensi dell'art. 86, in quanto una impresa in posizione dominante ha sempre una responsabilità particolare che le impone di non compromettere con il suo comportamento l'esistenza di una concorrenza vera e non falsata sul mercato comune.

94 — La HB fa valere le conclusioni del membro del Tribunale Kirschner, che ha esercitato le funzioni di avvocato generale nella causa Tetra Pak/Commissione (citata alla nota 90, punto 63). In queste conclusioni, egli sostiene che nessuna società, anche in posizione dominante, può essere costretta a nuocere ai suoi propri interessi.

95 — Sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97 (Racc. pag. I-7791).

99. Inoltre, le conclusioni alle quali la Corte è giunta nella sentenza Bronner [96] e il principio delle «essential facilities» non rilevano nella causa in esame. La sentenza Bronner riguardava il diritto di accesso di un concorrente ad una rete di distribuzione di un altro concorrente, che deteneva una posizione dominante, quando l'accessibilità a questa rete è presentata come una «essential facility» per l'esercizio di questa attività e per l'esistenza della concorrenza. Il problema centrale, nella presente causa, è diverso; riguarda l'alterazione delle condizioni di concorrenza per mezzo di una clausola di esclusiva imposta ai dettaglianti per la fornitura di prodotti come condizione per l'assegnazione di frigocongelatori senza corrispettivo diretto. Il problema delle «essential facilities» non si presenta nella causa in esame [97].

100. Per quanto riguarda l'argomento della HB secondo cui la percentuale dei dettaglianti vincolati dalle contestate clausole di esclusiva è trascurabile, osservo che i criteri sulla cui base la HB effettua i propri calcoli e conclude in tal senso non sono corretti. La HB non sembra ricomprendere nella sua analisi i dettaglianti che possiedono esclusivamente congelatori della HB ma che dichiarano, per ragioni puramente personali e commerciali, di non essere interessati in ogni caso alla vendita di gelati di un'altra marca. Come ho già spiegato anche nell'ambito dell'analisi relativa all'art. 85, n. 1, del Trattato, occorrerà considerare che tutti i punti di vendita nei quali non vi sono che congelatori di HB sono de facto vincolati alla HB in forza degli accordi relativi ai frigocongelatori [98]. Ricordo che, sulla base dei dati forniti dal giudice del rinvio, l'80% dei piccoli negozi irlandesi vende esclusivamente gelati della HB e che essi, anche se lo desiderano, non possono allargare la propria gamma di prodotti, dal momento che sono dotati di frigocongelatori della HB.

101. Per quanto riguarda l'argomento relativo alla «giustificazione obiettiva» del comportamento della HB, sottolineo innanzitutto che la giurisprudenza non sembra utilizzare espressamente questa nozione quando interpreta l'art. 86 del Trattato. Malgrado ciò, sono d'accordo quando si afferma che difficilmente si potrebbe ammettere che un comportamento commerciale obiettivamente giustificato costituisca al contempo un comportamento abusivo [99]. Il carattere giustificato o non giustificato del comportamento è valutato sulla base del principio di proporzionalità [100]. Una società che detiene una posizione dominante non ha il diritto di sotto-

96 — Citata alla nota 95.

97 — Più precisamente, nella sentenza Bronner, citata alla nota 95, la società editrice che deteneva una posizione dominante aveva creato una rete di distribuzione che non impediva ad un concorrente di creare la sua propria rete di distribuzione. Inoltre questa rete non impediva ai dettaglianti di acquistare e vendere altri giornali. Al contrario, la rete di distribuzione creata dalla HB e che comporta le clausole di esclusiva di cui trattasi, da una parte, impedisce ai concorrenti di creare la loro propria rete e, dall'altra parte, impedisce in definitiva ai dettaglianti di rifornirsi di prodotti analoghi di un'altra marca.

98 — V. supra, paragrafo 84.

99 — Da questo punto di vista, il concetto di giustificazione obiettiva appare come un elemento da prendere in considerazione per determinare se il comportamento di imprese che detengono una posizione dominante abbia o meno un carattere abusivo.

100 — Per quanto riguarda il senso del principio di proporzionalità nel contesto dell'art. 86, v. l'analisi svolta nelle sue conclusioni dal membro del Tribunale Kirschner, che ha svolto le funzioni di avvocato generale nella causa Tetra Pak/Commissione (citata alla nota 90, paragrafi 67-74); queste conclusioni contengono riferimenti giurisprudenziali e dottrinali particolarmente importanti.

porre la libera concorrenza a restrizioni sproporzionate, anche se gli obiettivi che essa persegue sono assolutamente legittimi. Per quanto riguarda gli accordi controversi relativi ai frigocongelatori, ritengo che le ripercussioni negative sul funzionamento del mercato, di cui è stata constatata precedentemente la gravità, la portata delle restrizioni della concorrenza e la conseguente impossibilità di garantire le condizioni di una sana e normale concorrenza fanno sì che il comportamento della HB sia, *prima facie*, ingiustificabile [101]. Ora, anche se non si ammettesse questa «presunzione d'abuso», il comportamento della HB non è oggettivamente giustificato, in quanto introduce ostacoli e distorsioni alla libera concorrenza che eccedono l'obiettivo perseguito e non sono necessari per raggiungerlo [102].

102. Pertanto concludo nel modo seguente: un'impresa che fornisce gelati ad acquisto d'impulso in confezione monodose, che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante, che, incoraggiando i dettaglianti a concludere con essa contratti per la fornitura di frigocongelatori senza corrispettivo diretto ma a condizione che questi frigocongelatori siano utilizzati esclusivamente per conservare prodotti che provengono dalla detta società, e che finisce, tenuto conto delle caratteristiche del mercato, con il vincolare de facto un gran numero di punti di vendita nonché con il restringere una concorrenza già affievolita, non consentendo al mercato di funzionare in condizioni di sana concorrenza, viola i suoi obblighi ai sensi dell'art. 86 del Trattato.

VI — La terza questione pregiudiziale

103. Il giudice del rinvio chiede in quale misura la tutela della proprietà, come assicurata dall'art. 222 del Trattato, impedisca di mettere in discussione i contestati contratti relativi ai frigocongelatori della HB in base agli artt. 85 e 86 del Trattato.

104. A questa domanda si deve rispondere negativamente.

105. Ricordo che il diritto di proprietà viene garantito secondo i principi enunciati

101 — Voglio sottolineare che le conseguenze negative sulla concorrenza sono soggette ad un limite il cui superamento da parte di una società che detiene una posizione dominante farebbe presumere automaticamente la sussistenza di un comportamento abusivo e ingiustificato.

102 — La HB deduce a questo proposito una serie di argomenti che ho già esaminato nell'ambito della analisi che riguarda l'art. 85, n. 1, del Trattato. Più precisamente, essa ritiene che i contratti controversi garantiscano una migliore promozione e disponibilità dei prodotti, riducano le spese di distribuzione, estendano la copertura geografica dei prodotti, consentano un funzionamento più efficace del sistema di distribuzione, mettano a disposizione dei dettaglianti dei frigocongelatori che, altrimenti, essi non sarebbero in condizione di acquistare, semplifichino e facilitino le negoziazioni nella misura in cui il costo del frigocongelatore e dei prodotti viene incluso nel prezzo globale del gelato e salvaguardino i diritti di proprietà della HB sui frigocongelatori.
Per quanto riguarda questi argomenti, sottolineo che non è dimostrato che la fornitura di un frigocongelatore, senza corrispettivo diretto ma a condizione dell'esclusiva, costituisca l'unico e necessario mezzo per raggiungere questi obiettivi. L'eliminazione dell'esclusiva può modificare l'insieme del sistema degli accordi che riguardano i frigocongelatori e costituire, dal solo punto di vista commerciale, una soluzione meno attraente ma che evita il gravissimo pregiudizio alle condizioni di concorrenza che risulta dai contratti contestati. Conseguentemente, questi contratti sono contrari all'art. 86 del Trattato.

nelle Costituzioni degli Stati membri; queste disposizioni nazionali fondamentali stabiliscono una distinzione tra il nocciolo duro del diritto, sul quale per principio è vietato incidere, e l'esercizio di questo diritto, che può essere limitato per ragioni di interesse pubblico laddove questo sia necessario [103]. Non contesto il fatto che gli artt. 85 e 86 del Trattato occupino un posto importante nell'economia dell'ordinamento giuridico comunitario e siano funzionali all'interesse pubblico che consiste nell'assicurare una vera concorrenza [104]. Conseguentemente, è assolutamente comprensibile che il diritto di proprietà sia sottoposto a restrizioni ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato, ove esse siano necessarie per tutelare la concorrenza. L'art. 222 del Trattato non può in alcun caso essere utilizzato dagli operatori come pretesto per sottrarsi all'applicazione degli artt. 85 e 86.

106. Nella specie, gli artt. 85 e 86 del Trattato, così come sono stati prima interpretati, non pregiudicano il nocciolo duro del diritto di proprietà della HB sui frigocongelatori [105], ma limitano le clausole contrattuali stabilite dalla HB quanto al modo di utilizzare i frigocongelatori forniti ai dettaglianti, in quanto questi limiti sono necessari per assicurare le condizioni di concorrenza sul mercato in causa. Questa società può ricercare un altro modo per tutelare il proprio patrimonio [106] senza imporre le clausole di esclusiva; ora, non si può invocare l'art. 222 del Trattato per evitare di conformarsi a quanto imposto dall'interpretazione e dalla corretta applicazione degli artt. 85 e 86.

103 — V. sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, Hauer (Racc. pag. 3727, punto 18).

104 — L'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE] prevede che, per raggiungere gli obiettivi della Comunità, l'azione di questa comporta «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno». Mi sembra evidente che questa azione — nella quale si inserisce anche l'applicazione degli artt. 85 e 86 — costituisce uno degli aspetti dell'interesse pubblico comunitario.

105 — Così avverrebbe se queste disposizioni obbligassero la HB a tollerare che i suoi frigocongelatori fossero utilizzati da fornitori concorrenti senza alcun corrispettivo. Questa eventualità non sussiste nel caso specifico; la HB non viene privata del diritto di tutelare il proprio patrimonio, ma non può farlo per mezzo di contratti contrari agli artt. 85 e 86.

106 — Essa può, per esempio, vendere o affittare i frigocongelatori ai dettaglianti. Ho già sottolineato (v. supra, paragrafo 79) che la decisione della HB di concedere i frigocongelatori, senza alcun corrispettivo diretto, con la clausola di esclusiva di cui trattasi non costituisce il solo mezzo per tutelare i propri diritti derivanti dalla proprietà dei frigocongelatori, bensì una operazione di strategia commerciale. Altri metodi possono essere studiati per coprire il costo dell'investimento nei frigocongelatori, anche senza la clausola di esclusiva.
La HB afferma tuttavia che la soluzione dell'affitto non è realistica, tenuto conto delle condizioni del mercato, mentre la rivendita dei frigocongelatori le causerebbe un pregiudizio. Ammettendo che sia vero, ciò non inficia la conclusione alla quale sono arrivato con la mia analisi. Da una parte, il fatto che un operatore non possa utilizzare i propri beni come desidera non significa che egli viene privato del suo patrimonio, né viene leso per questo il nocciolo duro dei suoi diritti di proprietà. Dall'altra parte, il fatto che egli sia eventualmente obbligato a subire un pregiudizio commerciale relativamente all'uso del suo patrimonio non è sufficiente perché si possano interpretare diversamente gli artt. 85 e 86 del Trattato CE; la responsabilità di tale pregiudizio deve essere imputata esclusivamente a lui, nonché alla sua scelta di realizzare una politica commerciale contraria alle regole di concorrenza.

VII — Risultati dell'analisi

107. In conclusione, per le regioni che ho esposto in precedenza, l'analisi relativa alla seconda e alla terza questione pregiudiziale consente di rispondere alle questioni diritto di comunitario che sono state sollevate senza esaminare il problema della legittimità e della validità della decisione 98/531. A mio parere, la Corte può ad ogni modo perfettamente astenersi dal rispondere a questi quesiti se ritiene che non sia possibile decidere la causa principale prima di avere esaminato la validità della decisione 98/531, fatto che, come ho illustrato tenuto conto della specificità della causa, il Tribunale farà nell'ambito del ricorso d'annullamento dinanzi ad esso pendente. Tuttavia, se la Corte ritiene che occorra rispondere alla seconda e alla terza questione pregiudiziale valutando anche la validità della decisione 98/531, allora mi limiterò in subordine ad osservare che questa decisione, esaminata sotto il profilo del controllo di legittimità che può essere svolto nell'ambito del procedimento di cui all'art. 177 del Trattato, è corretta e che gli accordi controversi relativi ai frigocongelatori, conclusi tra la HB e i dettaglianti irlandesi, sono contrari agli artt. 85 e 86 del Trattato.

VIII — Conclusione

108. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di risolvere nei seguenti termini la prima questione pregiudiziale:

«Il giudice del rinvio non è obbligato a sospendere il procedimento dinanzi ad esso pendente e ad attendere la fine del procedimento per l'annullamento per la sola ragione che è stato proposto un ricorso dinanzi al Tribunale avverso la decisione della Commissione 11 marzo 1998, 98/531/CE, relativa ad un

procedimento in applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE nei confronti di Van den Bergh Foods Limited (Casi nn. IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436) [notificata con il numero C (1998) 292]. Tuttavia, tale obbligo sussiste se la soluzione della causa principale presuppone che il giudice nazionale sia a conoscenza della validità o meno della decisione contestata, nel caso in cui questo problema non possa essere sottoposto alla Corte tramite il ricorso di cui all'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), ma sarà esaminato dal Tribunale nell'ambito del procedimento d'annullamento dinanzi ad esso pendente. A questo riguardo, il giudice del rinvio deve evitare di pronunziare una sentenza in contrasto con la decisione 98/531, a meno che questa decisione sia stata annullata dal giudice comunitario».

Se la Corte ritenesse necessario esaminare anche la seconda e la terza questione pregiudiziale, propongo di risolvere nei termini seguenti:

«Tenuto conto degli elementi giuridici e di fatto del mercato rilevante, un accordo o una pratica come quelli in esame nella causa principale sono contrari all'art. 85, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1, CE) quando sono soddisfatte tre condizioni: in primo luogo che, combinati con gli accordi o pratiche analoghe sul medesimo mercato, essi impediscano de facto l'accesso di altri concorrenti ad una parte particolarmente rilevante dei punti di vendita esistenti, provocando così una chiusura del mercato; in secondo luogo, che essi contribuiscano sensibilmente a questa chiusura; in terzo luogo, che questa restrizione della concorrenza sia tale da incidere sul commercio tra gli Stati.

Un'impresa che fornisce gelati ad acquisto d'impulso in confezione monodose, che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante e che, incoraggiando i dettaglianti a concludere con essa contratti per la fornitura di frigocongelatori senza corrispettivo diretto, ma a condizione che questi frigocongelatori siano utilizzati esclusivamente per conservare prodotti di questa società, che finisce, tenuto conto delle caratteristiche del mercato, col vincolare de facto un grande numero di punti di vendita e, inoltre, con il restringere una concorrenza già

affievolita non consentendo al mercato di funzionare in condizioni di sana concorrenza, ha violato i suoi obblighi ai sensi dell'art. 86 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE).

La tutela della proprietà, così come assicurata dall'art. 222 del Trattato CE (divenuto art. 295 CE), non osta a che contratti di esclusiva, come quelli all'esame del giudice del rinvio, siano considerati contrari agli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato».