CONCLUSIONI DEL GIUDICE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO HEINRICH KIRSCHNER
presentate il 21 febbraio 1990 *

A — Antefatti 313

B — Fondatezza del ricorso 316

I — Compatibilità dell'applicazione dell'art. 86 con l'esenzione 316

1) Situazione in diritto 317

a) Trattato e sua interpretazione da parte della Corte di giustizia 317

b) Esenzione a titolo individuale e applicazione dell'art. 86 322

c) Esenzione per categoria e applicazione dell'art. 86 326

2) Acquisizione della licenza di brevetto come abuso di posizione dominante 330

a) Elementi dell'abuso di posizione dominante 330

b) Accertamento dell'infrazione nella decisione impugnata 336

II — Violazione del principio della certezza del diritto 338

1) Prevedibilità dell'applicazione dell'art. 86 340

a) Prevedibilità dell'applicazione dell'art. 86 nonostante l'esenzione per categoria 340

b) Certezza del diritto accresciuta grazie alla possibilità di ottenere un'attestazione negativa 342

2) Lesione dei rapporti giuridici costituiti in buona fede sull'esenzione 343

III — Rischi per l'uniforme applicazione del diritto comunitario 344

C — Conclusioni 346

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. A norma dell'art. 2 della decisione del Consiglio 24 ottobre 1988 [1] il membro del Tribunale di primo grado chiamato ad esercitare le funzioni di avvocato generale ha l'ufficio di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e piena indipendenza, conclusioni motivate per assistere il Tribunale nell'adempimento della sua missione. A me è capitato l'onore di presentare le prime conclusioni pronunciate dinanzi a questo Tribunale. Mi sforzerò di adempiere questo compito con imparzialità ed in piena coscienza, in modo da essere di aiuto all'as-

* Lingua originale: il tedesco.

1 — GU 1988, L 319, pag. 1; una versione rettificata è stata pubblicata nella GU 1989, C 215, pag. 1.

semblea plenaria del Tribunale nell'adozione della prima decisione della sua storia. Considerata l'importanza della presente causa, ho deciso di sottoporvi le mie conclusioni non per iscritto, ma verbalmente, nel corso di questa udienza.

A — Antefatti

Poiché i fatti vi sono noti, ritornerò solo sui punti essenziali, qualora possano rendere più agevole la comprensione della presente causa o contribuire alla sua soluzione.

2. La ricorrente, la Tetra Pak Rausing SA, coordina dalla Svizzera le attività del gruppo Tetra Pak. Si è senza dubbio in presenza di quella entità denominata nel diritto tedesco « Konzern ». Il gruppo Tetra produce e vende imballaggi di cartone e impianti di riempimento per il condizionamento di prodotti alimentari liquidi; in questo settore è l'azienda guida a livello mondiale. Ciò vale, in particolare, per il confezionamento asettico di liquidi, principalmente del latte detto UHT, dato che la Tetra è stata una delle prime società a sviluppare simili tecniche e a fornire gli impianti e i relativi materiali d'imballaggio.

3. Nel 1985, la quota di mercato della Tetra nella Comunità europea era del 91,8% per gli impianti di riempimento asettico e dell'89,1% per i relativi imballaggi di cartone. Secondo la Commissione, acquistando la licenza esclusiva per un brevetto relativo ad un altro procedimento di sterilizzazione degli imballaggi di cartone, la Tetra avrebbe ostacolato l'accesso di nuovi concorrenti sul mercato degli impianti e del materiale per il condizionamento asettico del latte e avrebbe così violato l'art. 86 del Trattato CEE [2]. La Tetra ritiene questo motivo infondato, poiché la licenza di brevetto fa parte degli accordi esentati a norma del regolamento (CEE) n. 2349/84 [3]. Per dimostrare adeguatamente quale sia l'importanza dell'acquisizione di questa licenza da parte della Tetra, occorre in primo luogo tener presente le caratteristiche tecniche del mercato considerato.

4. Il procedimento UHT consiste nel portare il latte per un breve periodo ad una temperatura di circa 140 °C per eliminarne i germi. Immediatamente dopo questa operazione, si procede al riempimento automatico, in ambiente assolutamente asettico, in imballaggi di cartone in precedenza sterilizzati dalla medesima macchina. Il latte così trattato può essere conservato per vari mesi e, contrariamente a quello sottoposto agli usuali procedimenti di sterilizzazione, il suo sapore non ne risente in maniera particolare. Ma se durante il condizionamento la sterilità non è assoluta, il prodotto rischia di deteriorarsi e di diventare tossico.

5. Le barriere tecniche per accedere al mercato degli impianti di condizionamento asettico sono notevoli. Se il metodo di sterilizzazione fondamentale utilizzato dalla Tetra non è più coperto da brevetti, resta ciononostante il fatto che la fabbricazione delle macchine che garantiscono la necessaria sterilità richiede un considerevole know-how ed una lunga esperienza. La fabbricazione del materiale d'imballaggio è tecnicamente meno difficile, ma la vendita dei cartoni è, in genere, abbinata a quella delle macchine. La chiave per accedere al mercato di questi cartoni risiede di conseguenza nella capacità di fornire anche i corrispondenti impianti di riempimento.

2 — Gli articoli che figurano citati in prosieguo senza indicazione della fonte sono articoli del Trattato CEE.

3 — GU 1984, L 219, pag. 15.

6. Il latte UHT è di norma posto in vendita in imballaggi di cartone a forma di mattone. Gli impianti di riempimento disponibili in commercio sterilizzano questi cartoni con perossido d'idrogeno concentrato. Il calore consente quindi di asciugare i cartoni da ogni residuo di detto prodotto prima del riempimento, preservandone la sterilità.

Il sistema di riempimento sviluppato dalla Tetra consiste nel fornire il materiale d'imballaggio in rotoli e nello sterilizzarlo in piano, dopo averlo srotolato. Solo al momento del riempimento i cartoni vengono foggiati nella loro forma e sigillati da tutti i lati. L'unico altro procedimento in commercio nella Comunità utilizza invece dei cartoni presagomati ed è stato sviluppato dalla PKL, una filiale della Rheinmetall. Rispetto al procedimento sviluppato dalla Tetra, questo sistema presenta l'inconveniente che il perossido d'idrogeno si asciuga nei cartoni presagomati meno facilmente che su una superficie piatta, sicché resta accresciuto il rischio costituito dalla presenza di residui del prodotto disinfettante.

7. Questi inconvenienti si riducono usando una tecnica di sterilizzazione sviluppata nel Regno Unito che costituisce l'oggetto della licenza sulla quale verte questa causa. Tale tecnica rinforza gli effetti del perossido d'idrogeno con l'impiego della luce ultravioletta; è così sufficiente una soluzione diluita di questo prodotto per assicurare la disinfezione. Per questa tecnologia sono stati rilasciati brevetti che scadranno nell'anno 2000 in Irlanda, in Spagna, in Belgio e in alcuni paesi terzi, per esempio gli Stati Uniti, il Canada e il Giappone. Domande di brevetto sono state presentate in Italia e, ai sensi della convenzione sul brevetto europeo, per il Regno Unito, la Francia, la Repubblica federale di Germania, i Paesi Bassi, come anche l'Austria, la Svizzera e la Svezia. Titolare dei brevetti era, inizialmente, il National Research and Development Council (in prosieguo: il « NRDC ») della Gran Bretagna, che accordava, a partire dal 27 agosto 1981, una licenza per i brevetti e per il know-how connesso con questa tecnica alla Novus Corporation, la quale faceva parte del gruppo di imprese americane Liquipak. Si trattava di una licenza esclusiva che doveva scadere il 27 agosto 1988, ma che poteva essere prorogata, a condizione, tuttavia, che non fosse in contrasto con l'art. 85. L'accordo di licenza è stato esonerato dal divieto di cui all'art. 85, n. 1, con il regolamento di esenzione per categorie n. 2349/84, al momento dell'entrata in vigore di quest'ultimo nel 1985.

8. La Liquipak è specializzata nella fabbricazione di impianti di riempimento per derrate alimentari liquide. Ancor prima di acquistare la licenza, aveva fabbricato con successo impianti per il condizionamento di latte fresco (pastorizzato) in confezioni di cartone. Se è vero che anche questi impianti debbono rispondere a norme elevate in materia di igiene, essi, a differenza degli impianti per il condizionamento di latte UHT, non debbono tuttavia garantire una sterilità assoluta.

9. Nella fase di sviluppo tecnico all'epoca raggiunto, il latte fresco era in genere posto in commercio in cartoni a forma di « pigna » che, a differenza dei cartoni a forma di mattone, utilizzati dalla Tetra, sono facili ad aprirsi anche senza fare ricorso all'aiuto di strumenti. In seguito all'acquisto della licenza, la Liquipak si è lanciata nello sviluppo di un impianto per il riempimento asettico di detti cartoni. La sua esperienza in materia di condizionamento di latte fresco non le ha tuttavia consentito di fabbricare immediatamente un impianto di riempimento asettico soddisfacente dal punto di vista tecnico. La Liquipak si è sforzata per

vari anni di produrre un simile impianto. Le erano stati rilasciati dei brevetti sia per gli apparecchi da lei sviluppati in questa occasione sia per i relativi cartoni.

10. La Liquipak aveva lavorato allo sviluppo di questi impianti assieme al gruppo norvegese Elopak. Quest'ultimo produce e vende imballaggi di cartone per il condizionamento di prodotti alimentari e mette in commercio anche impianti di riempimento. Le sue attività si concentrano sul condizionamento del latte fresco in cartoni a forma di pigna. Suo principale concorrente è la Tetra, che detiene il 50% circa del mercato degli impianti di riempimento e degli imballaggi di cartone per il latte fresco.

La Elopak era il distributore esclusivo per la CEE degli impianti della Liquipak, cioè di quelli prodotti per il condizionamento del latte fresco nonché degli impianti di condizionamento sterile del latte UHT ancora da sviluppare. La Elopak aveva, in particolare, aiutato la Liquipak installando a titolo sperimentale, in varie latterie, l'impianto di condizionamento asettico sviluppato dalla Liquipak e fornendo in omaggio o a prezzo ridotto i cartoni necessari. La Elopak sostiene che questi sforzi sarebbero culminati già nel 1986 nella costruzione di un impianto idoneo ad essere messo in commercio. Ciò viene contestato dalla ricorrente.

11. Nel 1986, la Tetra acquistava il gruppo Liquipak e, di conseguenza, la licenza esclusiva controversa. Il British Technology Group — avente diritto del primo concedente della licenza, il National Research and Development Council — non sollevava alcuna obiezione nei confronti del trasferimento della licenza alla Tetra.

Dopo l'annuncio del rilevamento della Liquipak da parte della Tetra, la Elopak poneva termine alla sua collaborazione per quanto riguarda la sperimentazione dell'impianto di recente sviluppato e chiedeva alla Commissione di constatare che la Tetra aveva violato gli artt. 85 e 86 del Trattato CEE.

12. A seguito della comunicazione degli addebiti da parte della Commissione nel marzo 1987 e all'audizione del 25 luglio 1987, la Tetra rinunciava all'esclusività della licenza. Per quanto fosse stato posto termine alla violazione delle norme di concorrenza, come riconosciuto dalla stessa Commissione, quest'ultima, soprattutto al fine di precisare la situazione giuridica, riteneva necessario concludere la procedura adottando una decisione. Tenuto conto della situazione di fatto relativamente nuova che si presentava in quel momento, rinunciava tuttavia ad imporre ammende.

13. Per questa ragione, la Commissione il 26 luglio 1988 adottava la decisione impugnata[4], il cui dispositivo, contenuto essenzialmente nell'art. 1, è il seguente:

« L'acquisto fatto da o per conto di Tetra Pak Rausing SA dell'esclusiva della licenza tra NRDC e Novus Corp. del 27 agosto 1981, tramite l'acquisto di Liquipak Group, dal momento che ha effetti nella CEE, costituisce un'infrazione dell'art. 86, a partire dalla data dell'acquisto fino a quando questa esclusiva è effettivamente cessata ».

La Commissione si riservava espressamente il diritto di continuare le sue indagini sul comportamento commerciale, inteso in senso lato, della ricorrente sui mercati dei cartoni di latte (fresco e asettico) e degli impianti di condizionamento (fresco e asettico)

4 — Decisione 88/501/CEE (GU L 272, pag. 27).

al fine di determinare se la ricorrente avesse commesso altre infrazioni all'art. 85 o all'art. 86.

Per evitare ripetizioni, tornerò sulle constatazioni di fatto sulle quali la Commissione ha fondato la sua decisione solo quando esaminerò i punti di diritto.

14. L'11 novembre 1988, la società Tetra Pak adiva la Corte di giustizia con un ricorso contro la decisione della Commissione. La Corte ci ha rimesso la causa con ordinanza 15 novembre 1989 emanata ai sensi dell'art. 14 della decisione del Consiglio 24 ottobre 1988: questa ordinanza è per noi vincolante di modo che ogni considerazione sulla competenza del Tribunale nel caso di specie è superflua.

La ricorrente basa la sua domanda di annullamento della decisione della Commissione sulla violazione degli artt. 85 e 86. Deduce a tal proposito tre argomenti: è a rigor di logica escluso che un comportamento consentito in base all'art. 85, n. 3, possa essere vietato ai sensi dell'art. 86. Un siffatto divieto è inoltre in contrasto con il principio della certezza del diritto e compromette l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte della Commissione e dei giudici nazionali. La Commissione ha contestato questi argomenti. Per ogni altra considerazione svolta dalle parti nel corso della fase scritta del procedimento, rinvio alla relazione d'udienza onde risparmiare al servizio di traduzione di svolgere due volte lo stesso lavoro. Risponderò agli argomenti complementari sviluppati dalle parti nel corso dell'udienza in prosieguo, mano a mano che nel corso delle mie osservazioni affronterò i punti sui quali essi vertono.

B — Fondatezza del ricorso

15. L'esito del ricorso dipende dalla questione se la Commissione ha considerato a ragione l'acquisizione della licenza esclusiva da parte della ricorrente come un abuso ai sensi dell'art. 86, nonostante il fatto che l'accordo di licenza di brevetto fosse stato esonerato in base al regolamento di esenzione per categoria n. 2349/84.

La ricorrente sostiene che l'applicazione dell'art. 86 al suo comportamento costituisce una violazione di questo stesso articolo e, allo stesso tempo, dell'art. 85. Procedo ad esaminare l'uno dopo l'altro i tre argomenti da lei invocati a sostegno di questa affermazione.

I — *Compatibilità dell'applicazione dell'art. 86 con l'esenzione*

16. La ricorrente sostiene nel ricorso che, a rigor di logica, è da escludersi che l'art. 86 possa applicarsi ad un comportamento dichiarato espressamente ammissibile sulla base dell'art. 85, n. 3. Nel corso dell'udienza, ha aggiunto che, tenuto conto delle sentenze pronunciate nelle cause Ahmed Saeed e Hoffmann-La Roche, la conclusione dell'accordo, che beneficia di un regolamento di esenzione per categoria, non può costituire di per sé una violazione dell'art. 86. A tal fine è invece necessario il sopravvenire di un elemento supplementare, cioè che l'impresa dominante abbia imposto al suo contraente la conclusione di questo accordo. Tale ampliamento di un argomento è ammissibile poiché non modifica il motivo inizialmente dedotto (violazione degli artt. 85 e 86).

17. Analizzerò pertanto questo argomento in due tronconi. Mi sembra necessario, in primo luogo, verificare se, come affermato nella parte in diritto del ricorso, sia a rigor di logica escluso (e pertanto giuridicamente scorretto) applicare l'art. 86 a un comportamento che ha dato luogo all'esenzione. Procederò in tre tappe: dopo una prima analisi delle disposizioni del Trattato e della giurisprudenza della Corte, esaminerò in una seconda fase se il diritto derivato contenga elementi relativi ai rapporti tra un esonero individuale e l'art. 86. Considero questa verifica necessaria anche se il caso sottopostovi verte su un'esenzione per categoria, e non su un'esenzione individuale. Infatti, la situazione giuridica in materia di esenzione individuale può fornirvi indicazioni utili per quanto riguarda gli effetti di un'esenzione per categoria. Soltanto una visione d'insieme consentirà di scoprire gli effetti del funzionamento combinato degli artt. 85 e 86. Solo in una terza fase passerò ad esaminare se il diritto derivato contenga elementi che permettono di definire i rapporti tra un esonero per categoria e l'art. 86 e quali siano detti elementi.

Se risulterà che un'esenzione per categoria non costituisce un ostacolo alla concomitante applicazione dell'art. 86, si porrà una seconda questione, cioè se l'art. 86 sia applicabile soltanto in presenza di un elemento supplementare nel senso inteso dalla ricorrente nelle osservazioni da essa presentate in udienza.

1) *Situazione in diritto*

a) Trattato e sua interpretazione da parte della Corte di giustizia

18. Inizierò con la semplice ma cionondimeno necessaria constatazione che la possibilità dell'esenzione riguarda unicamente il divieto di accordi restrittivi della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, e non il divieto di abusare di una posizione dominante ai sensi dell'art. 86. Questo emerge dal posto occupato da questa disposizione nel sistema del Trattato, poiché essa è stata collocata nel n. 3 dell'art. 85 e non dopo le due norme di divieto, al posto dell'art. 87. Orbene, sarebbe stato da aspettarsi dagli autori del Trattato proprio questo se essi avessero voluto che l'esenzione si applicasse non solo al divieto di accordi restrittivi della concorrenza contemplati dall'art. 85, n. 1, ma anche a quello sancito dall'art. 86. Se così non è stato, ciò è dovuto alle differenze di struttura tra gli elementi costitutivi di queste due infrazioni.

Il divieto di accordi restrittivi della concorrenza sancito dall'art. 85, n. 1, si applica a tutti i mercati e a tutte le imprese. Esso è formulato in termini talmente generali da poter contemplare un gran numero di accordi la cui esistenza è giustificata sul piano economico e i cui benefici effetti sono tali da sfuggire ad ogni censura. L'ampiezza stessa di questo campo di applicazione giustifica il fatto che a detto divieto venga apportato un correttivo che taluni autori paragonano al « rule of reason » del diritto antitrust americano.

19. Mi sia a questo riguardo consentito di fare la seguente osservazione a proposito del ricorso alle nozioni e agli argomenti propri di questo diritto. Le discussioni condotte oltre Atlantico e le soluzioni che ivi sono state trovate dalla giurisprudenza costituiscono sovente fonti preziose di ispirazione per l'interpretazione del diritto comunitario. Tuttavia, occorre essere prudenti

prima di trasporre in un ordinamento giuridico nozioni e teorie che sono proprie di un altro sistema. Vi sono, tra le circostanze di fatto nelle quali trova applicazione il diritto americano e quelle nelle quali si applica il diritto comunitario, notevoli differenze, sicché non tutti i problemi che uno dei due sistemi deve affrontare trovano necessariamente il loro equivalente nell'altro. Ciò vale altresì per la questione se l'art. 86 possa essere applicato ad un comportamento esentato ai sensi dell'art. 85, n. 3. Rinuncerò, pertanto, nel contesto delle presenti conclusioni, a fare un confronto con il diritto vigente negli Stati Uniti.

20. Ritorno pertanto all'analisi dell'art. 85. Il divieto di accordi restrittivi della concorrenza sancito dall'art. 85, n. 1, trova il suo limite necessario nell'art. 85, n. 3. Unicamente l'effetto combinato di queste due disposizioni consente di dire quali accordi siano tollerati dal diritto comunitario e quali no [5].

L'art. 86 ha tutt'altra struttura. Esso non si applica a tutti i mercati, ma soltanto a quelli sui quali una o più imprese occupano una posizione dominante. Il divieto da esso sancito si rivolge soltanto a queste imprese dominanti e non alle altre, il che ne riduce già considerevolmente il campo d'applicazione, rispetto a quello dell'art. 85. Si deve aggiungere che l'art. 86 vieta soltanto i comportamenti abusivi. Pertanto, il divieto non può applicarsi a un comportamento che il regime comunitario in materia di concorrenza tollera perché economicamente vantaggioso. Una limitazione del campo d'applicazione dell'art. 86 in virtù di una « rule of reason » non ha pertanto ragione di esistere.

21. Durante l'udienza la ricorrente ha sostenuto che, alla stregua dell'applicazione dell'art. 85, quella dell'art. 86 deve essere esaminata in due tappe. Come emerge dalla sentenza United Brands [6], occorre innanzitutto verificare se — a prima vista — sia stato commesso un abuso, prima di stabilire se detto abuso non era obiettivamente giustificato. La Commissione nella decisione impugnata ha peraltro proceduto in questo modo. Questi argomenti della ricorrente trascurano il fatto che la verifica dell'esistenza di una possibilità di esenzione, specificamente regolamentata, è cosa diversa dalla verifica di singoli elementi obiettivi, nel contesto dei fatti costitutivi del divieto. È semplicemente impossibile interpretare l'art. 86 come se prevedesse un caso di inapplicabilità del divieto che esso sancisce.

22. L'art. 86 si distingue inoltre dall'art. 85 per il fatto che la sua applicazione può essere perfettamente attivata dal comportamento unilaterale di una singola impresa. L'art. 85 non si applica a comportamenti di questo tipo. Imprese che non occupano una posizione dominante possono dunque avere un tale comportamento senza che il diritto comunitario della concorrenza trovi qualcosa da ridire. Da ciò risulta evidente che, a differenza di altre imprese, quella che controlla il mercato deve rispettare regole più severe e accettare limitazioni più forti alla sua libertà di azione.

Se si volesse consentire agli accordi esentati ai sensi dell'art. 85, n. 3, di sfuggire all'applicazione dell'art. 86, ne deriverebbe molto stranamente che l'art. 86 potrebbe vietare al-

5 — V. sentenza 6 aprile 1962, Bosch (causa 13/61, Racc. pag. 87, in particolare pag. 103) e sentenza 30 aprile 1986, Asjes (cause riunite 209/84-213/84, Racc. pag. 1425, in particolare pag. 1469).

6 — Sentenza 14 febbraio 1978 (causa 27/76, Racc. pag. 207, in particolare pag. 298).

l'impresa dominante un comportamento che il diritto della concorrenza consente senza limiti alle imprese di minori dimensioni, ma che non si potrebbe vietare a questa impresa un comportamento che è già soggetto a controllo in una situazione normale di mercato e che è ammesso solo a determinate condizioni, in ragione della sua pericolosità per la concorrenza.

23. Le differenze che ho appena descritto nella struttura di queste due disposizioni sono altresì giustificate dal punto di vista economico. L'art. 85 si applica al comportamento di tutte le imprese in condizioni di normale concorrenza vietando loro di turbare una concorrenza vitale mediante taluni comportamenti, cioè la conclusione di accordi o l'adozione di pratiche concertate. Per contro, l'art. 86 protegge da ogni ulteriore indebolimento una concorrenza già diminuita in conseguenza del dominio sul mercato[7]. Non appare pertanto assolutamente auspicabile autorizzare un comportamento che presenta le caratteristiche di un abuso e che restringe ancora di più tale residua concorrenza. Al contrario, per salvaguardare detta residua concorrenza occorre consentire alle autorità competenti in materia di intese di intervenire anche al di là delle misure necessarie e lecite su un mercato non dominato.

24. La ricorrente ritiene tuttavia che l'applicazione dell'art. 86 a un comportamento esentato ai sensi dell'art. 85 sia in contrasto con la sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nella causa Continental Can[8], secondo la quale gli artt. 85 e 86 non debbono essere interpretati in modo contraddittorio, poiché costituiscono l'attuazione di uno stesso obiettivo. A questo riguardo va rilevato che l'obiettivo comune dei due articoli consiste, come affermato dall'art. 3, lett. f), del Trattato, nel creare un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune. Essi debbono pertanto essere interpretati in modo da poter conseguire questo obiettivo. A tal fine è sufficiente l'applicazione di uno solo di essi.

25. La formulazione e la ratio delle norme del Trattato in materia di concorrenza depongono pertanto a favore dell'applicabilità dell'art. 86 anche ad un comportamento esentato ai sensi dell'art. 85, n. 3, dal divieto contemplato dall'art. 85, n. 1.

26. Anche il confronto con altri divieti contenuti nel Trattato CEE conferma che l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, si riferisce solo al divieto contemplato dall'art. 85, n. 1. È il caso, ad esempio, degli accordi che implicano una discriminazione basata sulla nazionalità. In questa ipotesi, l'art. 7 esclude qualsiasi esenzione[9]. Parimenti, l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, non può assolutamente autorizzare un comportamento in contrasto con le disposizioni dell'art. 36, seconda frase. Nonostante l'esenzione, un siffatto comportamento non può pertanto essere seguito dagli interessati.

27. Dopo aver esaminato il testo del Trattato, procedo ad esaminare se la giurispru-

7 — Sentenza 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione (causa 85/76, Racc. pag. 461, in particolare pag. 541).

8 — Sentenza 21 febbraio 1973, punto 25 della motivazione (causa 6/72, Racc. pag. 215, in particolare pag. 246).

9 — La questione è molto discussa in dottrina; v., ad esempio, Deringer; *EWG Wettbewerbsrecht, Kommentar*, punto 8, relativo all'art. 85, n. 3; v. altresì, in senso contrario, Koch, in Grabitz, *Kommentar zum EWG Vertrag*, punto 66, prima dell'art. 85.

denza della Corte di giustizia conduce ai medesimi risultati.

28. In una sentenza pronunciata già il 20 marzo 1957 la Corte di giustizia si è dedicata all'esame dei rapporti tra il divieto degli accordi enunciato dall'art. 65 del Trattato CECA ed altri divieti sanciti da detto Trattato. Si trattava, nel caso specifico, del divieto di discriminazione sancito dall'art. 4, lett. b). In quella causa, le parti ricorrenti avevano chiesto, ai sensi dell'art. 65, n. 2, del Trattato CECA, che fosse autorizzata la normativa commerciale di uno degli uffici di vendita del carbone della Ruhr. L'Alta Autorità aveva accolto la domanda in larghissima parte, respingendo tuttavia alcune clausole di detta normativa perché in contrasto con l'art. 65, n. 2, e, allo stesso tempo, con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 4, lett. b), del Trattato CECA. Secondo le ricorrenti, l'art. 65 costituiva una disposizione speciale che escludeva l'applicazione dell'art. 4, lett. b), alle stesse circostanze di fatto. La Corte di giustizia, per contro, ha deciso, seguendo a questo proposito le conclusioni dell'avvocato generale Roemer, che l'Alta Autorità aveva giustamente vagliato la normativa controversa alla luce di entrambi i divieti [10].

29. Per quanto riguarda i rapporti tra l'art. 85 e l'art. 86, la giurisprudenza della Corte di giustizia conferma che se è vero che detti articoli contemplano circostanze di fatto differenti, i loro campi di applicazione possono cionondimeno coincidere. Le prime considerazioni a questo riguardo si ritrovano nella sentenza con la quale la Corte ha respinto nel 1966 un ricorso proposto dal governo italiano per l'annullamento del regolamento n. 19/65/CEE [11]. Con questo regolamento, come noto, il Consiglio ha autorizzato la Commissione ad adottare regolamenti di esonero per categoria per i contratti di distribuzione esclusiva, per i contratti di acquisto esclusivo e i contratti di licenza. Il ricorrente aveva invocato, come terzo motivo, che siffatti accordi verticali potevano essere valutati soltanto con riferimento all'art. 86 e non all'art. 85. L'applicazione dell'art. 85 da parte di detto regolamento sarebbe basata sulla presunzione che detti accordi non potessero essere vagliati alla luce dell'art. 86, il quale sarebbe stato in tal modo violato. La Corte di giustizia ha espressamente respinto questo argomento con la motivazione che « né il tenore dell'art. 85 né quello dell'art. 86 giustificano una siffatta delimitazione della sfera d'applicazione degli articoli stessi in base alla posizione delle imprese nei vari stadi economici ». Essa ha per contro rilevato che

« (...) gli artt. 85 e 86 hanno ciascuno una propria funzione e sono quindi indifferentemente applicabili a vari tipi di accordo, qualora ricorrano i rispettivi presupposti » [12].

La concomitante applicabilità degli artt. 85 e 86 è stata da allora più volte confermata dalla Corte di giustizia. Questa ha altresì dichiarato, nella sentenza Hoffmann-La Roche [13], che l'applicazione dell'art. 86 non è esclusa per il fatto che il comportamento dell'impresa dominante possa essere vagliato alla luce dell'art. 85 e, in particolare, del suo n. 3. Infine, l'anno passato, nella sentenza Ahmed Saeed [14] e nella sentenza Pubblico

10 — Sentenza 20 marzo 1957, Geitling/Haute Autorité (causa 2/56, Racc. pag. 9, in particolare pag. 44 e segg.).

11 — GU 1965, n. 36, pag. 533.

12 — Sentenza 13 luglio 1966, Italia/Consiglio e Commissione (causa 32/65, Racc. pag. 563, in particolare pag. 592).

13 — Causa 85/76, già citata, punto 116 della motivazione (Racc. pag. 550); nello stesso senso, v. le conclusioni dell'avvocato generale Reischl nella causa 7/82, GVL (Racc. 1983, pag. 483, in particolare pag. 525).

14 — Sentenza 11 aprile 1989, punti 37 e segg. della motivazione (causa 66/86, Racc. pag. 803, in particolare pag. 849).

ministero/Tournier [15], la Corte ha riaffermato che gli artt. 85 e 86 possono essere applicati simultaneamente quando un'impresa dominante sul mercato conclude contratti capaci di limitare la concorrenza. Nella causa Ahmed Saeed, la Corte di giustizia ha invocato, come esempio di abuso, il fatto che l'impresa dominante imponga ai suoi contraenti tariffe aeree inique. Nella seconda causa non ha fatto alcuna osservazione a proposito dei rapporti tra gli artt. 85 e 86, ma ha ritenuto ovvia la possibilità di applicarli parallelamente. Per risolvere la questione pregiudiziale sottopostale da un giudice francese, la Corte ha esaminato se ricorressero i presupposti della violazione di queste due norme con uno stesso comportamento, che era in quel caso la politica seguita dalla SACEM — una società francese per la gestione di diritti d'autore — in materia di compensi per diritti d'autore.

30. Le sentenze Continental Can e Züchner non apportano nulla di nuovo a questa giurisprudenza. Nella causa Continental Can la Corte di giustizia non ha escluso che l'art. 86 si applichi ai comportamenti contrattuali di un'impresa dominante [16] e il suo obiter dictum nella sentenza Züchner, secondo la quale solo l'art. 85 e non l'art. 86 riguarda il caso delle pratiche concertate [17], non può giustificare alcuna conclusione di principio circa la portata dell'art. 86.

31. La giurisprudenza della Corte conferma peraltro che l'ipotesi di un'esenzione dal divieto di abuso di posizione dominante comparabile a quella prevista dall'art. 85, n. 3, deve essere esclusa. Già nella sentenza Continental Can, la Corte di giustizia rilevava una contrapposizione tra gli artt. 85 e 86, nel senso che il divieto di abuso di posizione dominante non conosce, a differenza dell'art. 85, n. 3, alcuna eccezione [18]. Il fatto che ciò non sia una decisione arbitraria degli autori del Trattato, bensì un corollario del sistema del diritto comunitario, è stato già sottolineato molto chiaramente dall'avvocato generale Lenz nella causa Ahmed Saeed. Citerò il seguente passaggio delle sue conclusioni: « (...) l'abuso non può essere autorizzato e comunque non può esserlo in una Comunità che riconosce la preminenza del diritto quale supremo principio » [19].

Pertanto, molto logicamente, nella causa Hoffmann-La Roche la Corte di giustizia ha riconosciuto alla Commissione la facoltà di applicare a scelta la procedura prevista nell'art. 85 o quella prevista nell'art. 86 [20] qualora sussistano le condizioni richieste per l'applicazione di ambedue le disposizioni.

32. Infine, un esonero dal divieto di abuso di posizione dominante è impossibile anche per ragioni attinenti alla gerarchia delle norme. Nessuno potrebbe ammettere « che alla Commissione possa essere permesso, mediante una dichiarazione di esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato CEE, quindi mediante un provvedimento di diritto derivato, di permettere alle imprese interessate di contravvenire all'art. 86 del Trattato CEE, cioè a una disposizione che appartiene ai Trattati istitutivi » [21].

33. A conclusione di questa analisi, posso considerare che la giurisprudenza della Corte di giustizia non osta a che l'art. 86 sia applicato ad accordi esentati ai sensi dell'art. 85, n. 3. Essa anzi contiene elementi che in-

15 — Sentenza 13 luglio 1989 (causa 395/87, Racc. pag. 2521).

16 — Causa 6/72, già citata, punto 25 della motivazione (Racc. pag. 245).

17 — Sentenza 14 luglio 1981, punto 10 della motivazione (causa 172/80, Racc. pag. 2021, in particolare pag. 2030 e segg.).

18 — Causa 6/72, già citata, punto 25 della motivazione (Racc. pag. 246); v. nello stesso senso le conclusioni dell'avvocato generale Roemer, già citate (Racc. pag. 257).

19 — Conclusioni 28 aprile 1988 nella causa 66/86, punto 41.

20 — Causa 85/76, già citata, punto 116 della motivazione (Racc. pag. 550).

21 — Causa 66/86, seconde conclusioni pronunciate dall'avvocato generale Lenz il 17 gennaio 1989, punto 18.

vitano ad una siffatta interpretazione del Trattato, se non addirittura la impongono.

b) Esenzione a titolo individuale e applicazione dell'art. 86

34. Dobbiamo ora esaminare come il diritto comunitario derivato abbia disciplinato i rapporti tra l'esenzione dal divieto di accordi e l'abuso di posizione dominante. È ovvio che il diritto derivato non può in alcun caso modificare le disposizioni del Trattato CEE, ma deve, anzi, essere valutato sulla base della sua conformità con dette norme [22]. Tuttavia, l'interpretazione del Trattato adottata dal legislatore comunitario, con riferimento ad una questione che una norma del Trattato non disciplina espressamente, costituisce un indizio importante del modo in cui tale disposizione deve essere intesa. L'art. 87 del Trattato stesso autorizza il legislatore a emanare tutte le disposizioni utili ai fini dell'applicazione dei principi di cui agli artt. 85 e 86. Pertanto nel caso di specie il legislatore è autorizzato a concretizzare i termini del Trattato e a completarli nella misura in cui talune questioni sono lasciate aperte da detto Trattato. I giudici della Comunità sono vincolati da queste indicazioni complementari a condizione che rispettino il contesto del Trattato. Perciò la Corte di giustizia ha essa stessa, nella sentenza Ahmed Saeed, verificato l'applicazione delle regole di concorrenza contenute nel Trattato con riferimento al diritto derivato [23].

Procedo pertanto, prima di tutto, all'esame del regolamento n. 17 [24] e dei regolamenti di applicazione delle norme di concorrenza in materia di trasporti per accertare se essi contengano qualche indicazione circa l'applicazione dell'art. 86 a un comportamento esentato mediante una decisione individuale.

35. aa) Il regolamento n. 17 non contiene disposizioni esplicite per quanto riguarda la questione di sapere quali siano gli effetti dell'esenzione di un accordo sull'applicabilità dell'art. 86 al comportamento delle imprese interessate. Da detto regolamento, tuttavia, si ricavano talune indicazioni.

36. Nelle norme sulla competenza fissate dall'art. 9, n. 1, del regolamento, la decisione di esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, si intende riferita esclusivamente dall'art. 85, n. 1, e non all'art. 86. È questa una prima indicazione. Affronterò gli altri effetti di questa disposizione allorché esaminerò il terzo argomento dedotto dalla ricorrente.

37. Seconda indicazione: l'art. 8, n. 1, del regolamento contiene un'indicazione a proposito del tenore della decisione di esenzione. L'esenzione deve essere stabilita per una durata determinata e può essere accompagnata da condizioni e da oneri. L'obbligo di fissare all'esenzione una durata determinata e la possibilità di sottoporla a condizioni dimostrano che la decisione di esenzione autorizza una restrizione della concorrenza limitata, in quanto determinata dalla finalità della restrizione, dal grado dei suoi effetti sulla concorrenza e dalla sua durata. Orbene, mentre la restrizione della concorrenza mediante un accordo può essere in tal modo circoscritta, nulla di questo si verifica a proposito della restrizione derivante da una posizione dominante: né la finalità, né il grado di una siffatta restrizione di concorrenza, né la sua durata possono essere efficacemente disciplinate [25], a meno

22 — V. altresì il punto 41 delle conclusioni pronunciate il 28 aprile 1988 dell'avvocato generale Lenz nella causa 66/86: « Anche un regolamento del Consiglio che qualificasse taluni comportamenti compatibili con l'art. 86 del Trattato CEE dovrebbe essere esaminato alla luce di questo stesso articolo ».

23 — Sentenza 11 aprile 1989, punto 37 della motivazione (causa 66/86, Racc. pag. 803).

24 — GU 1962, n. 13, pag. 204.

25 — Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, pag. 357.

che non si vieti la posizione dominante in quanto tale. A differenza dell'art. 85, l'art. 86 disciplina non già le condizioni alle quali la restrizione della concorrenza è lecita, ma le conseguenze di una restrizione che già esiste, in quanto assoggetta il comportamento delle imprese dominanti ad un controllo. Queste differenze tra le due disposizioni mostrano ancora una volta che le norme relative all'esenzione dal divieto di cui all'art. 85, n. 1, non si adattano al caso dell'art. 86. L'autorizzazione — limitata nel suo obiettivo, nei suoi effetti e nella sua durata — di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 3, non può avere l'effetto di sottrarre, ad esempio per tre anni, a qualsiasi controllo ai sensi dell'art. 86 la ben più estesa restrizione di concorrenza che deriva dalla posizione dominante di un'impresa.

38. La terza indicazione è la seguente: l'art. 8, n. 3, lett. d), del regolamento n. 17 prevede la revoca dell'esenzione con effetto retroattivo qualora le imprese interessate ne abusino. È pertanto vietato alle parti di un accordo autorizzato di restrizione della concorrenza di abusare di detta restrizione, così come è vietato ad un'impresa che occupa una posizione dominante di abusarne. Ecco il parallelismo tra la restrizione di concorrenza mediante un accordo esentato ai sensi dell'art. 85, n. 3, e la restrizione della concorrenza che implica l'esistenza di una posizione dominante: l'una e l'altra sono lecite in quanto tali, ma non debbono portare ad abusi. L'art. 8, n. 3, lett. d), del regolamento dimostra così che l'esenzione a titolo individuale non può giustificare un comportamento abusivo. È vero che si limita ad affermare espressamente solo con riferimento all'abuso dell'esenzione dal divieto di accordi, ma ciò si spiega col fatto che detto articolo disciplina soltanto le conseguenze giuridiche di questo abuso. La circostanza che gli effetti dell'abuso dell'esenzione sul mantenimento in vigore della decisione di esenzione abbiano resa necessaria l'adozione di disposizioni specifiche non significa che l'art. 8 del regolamento n. 17 voglia escludere che la Commissione prenda provvedimenti, ai sensi degli artt. 3 e 15 di questo regolamento, contro l'abuso particolarmente pericoloso contemplato dall'art. 86.

39. Infine — quarta indicazione — l'art. 15, n. 5, del regolamento n. 17 contiene una disciplina indiretta dell'applicazione dell'art. 86 durante la procedura di esenzione. Una volta che un accordo è stato notificato ai sensi dell'art. 4 del regolamento, il comportamento notificato non può essere punito con un'ammenda né a titolo di violazione dell'art. 85, n. 1, né a titolo di violazione dell'art. 86. Tuttavia ne consegue che l'art. 86 resta, peraltro, applicabile durante la procedura di esenzione e può produrre effetti su questa procedura e che solo i poteri della Commissione di infliggere sanzioni sono limitati da una specifica disposizione.

40. Per contro, il regolamento n. 17 non contiene nessuna disposizione sull'applicazione dell'art. 86 per il periodo successivo ad una decisione di esenzione. In linea generale, il problema dell'applicazione dell'art. 86 in questa situazione non si pone più poiché un accordo che soddisfa le condizioni di esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, non può essere considerato abusivo ai sensi dell'art. 86. Prima di concedere un'esenzione ad un'impresa dominante, la Commissione deve verificare che ricorrano tutte le condizioni richieste dall'art. 85, n. 3, quindi, in particolare, la partecipazione dei consumatori al profitto che deriva dall'accordo, la proporzionalità delle restrizioni imposte e il mantenimento della concorrenza per una parte sostanziale dei « prodotti di cui trattasi ». Pertanto, se la Commissione perviene ad un risultato positivo — l'esenzione — per un

dato accordo, essa non può affatto qualificare lo stesso accordo come sfruttamento abusivo di posizione dominante in occasione di una seconda procedura intrapresa per violazione dell'art. 86. Nel caso di specie e per quanto riguarda l'esenzione a titolo individuale, la tesi della ricorrente sulla necessità di evitare contraddizioni nell'applicazione del diritto comunitario è senza dubbio in parte esatta. Sembra infatti giusto collegare ad una decisione di esenzione adottata dalla Commissione a favore di un'impresa dominante effetti analoghi, per quanto riguarda l'art. 86, a quelli di un'attestazione negativa [26] che vincola certamente la Commissione, ma non i giudici nazionali [27].

41. Per contro, nei casi in cui una delle parti di un accordo esentato acquista soltanto in seguito una posizione dominante o quando un'impresa dominante aderisce ad un accordo solo dopo l'esenzione di quest'ultimo, non si può pensare che la valutazione in base alla quale la Commissione ha concesso l'esenzione abbia compreso anche la questione se l'accordo continui a soddisfare le condizioni richieste dall'art. 85, n. 3, nella nuova situazione del mercato. L'art. 8, n. 3, lett. a), del regolamento n. 17 consente alla Commissione di riesaminare ex nunc, in particolare in questa ipotesi di mutamento della situazione di fatto, se l'esenzione dal divieto dell'art. 85, n. 1, sia ancora giustificata [28]. Dal momento che, nel caso di specie, non aveva ancora potuto tener conto della posizione dominante all'atto dell'analisi effettuata ai sensi dell'art. 85, n. 3, la Commissione non può essere considerata vincolata dall'esenzione da lei stessa concessa. Questa esenzione non impedisce perciò che la Commissione applichi l'art. 86 ingiungendo di porre termine al comportamento abusivo.

42. bb) Passo ora ad esaminare i tre regolamenti relativi alle modalità d'applicazione delle norme di concorrenza nel settore dei trasporti [29].

Questi tre regolamenti introducono, accanto all'esenzione individuale che la Commissione concede mediante una decisione costitutiva di diritti, una procedura semplificata, detta di opposizione [30]. In questa procedura, le imprese che partecipano ad una restrizione della concorrenza depositano presso la Commissione una domanda di esenzione che viene pubblicata sulla Gazzetta ufficiale. I terzi interessati possono presentare le loro osservazioni a proposito di detta domanda entro un termine di 30 giorni. Dopo la pubblicazione, la Commissione dispone di 90 giorni per instaurare una procedura in materia di esenzione, comunicando al richiedente l'esistenza di seri dubbi circa l'applicabilità dell'esenzione. Se non viene seguito questo iter, entra in vigore un'esenzione di durata limitata, che la Commissione può revocare in qualsiasi momento se emerge che non ne sono soddisfatte le condizioni di applicazione.

26 — V. Hönn: *Die Anwendbarkeit des Artikels 86 EWG-Vetrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschänkungen*, Diss. Frankfurt, 1969, pag. 67; è tuttavia vero che l'autore giunge ad una diversa conclusione.

27 — Gli effetti dell'attestazione negativa dinanzi ai giudici nazionali sono molto dibattuti. Nello stesso nostro senso v., ad esempio, Waelbroek M.: « Judicial review of Commission action in competition matters », *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1983, pag. 179, in particolare pag. 203 e segg. con ulteriori riferimenti.

28 — L'aumento del grado di concentrazione sul mercato è un fattore (che la Commissione) ... deve prendere in considerazione nell'ambito dell'esame della domanda di rinnovo di un esenzione. Sentenza 9 luglio 1987, Ancides/Commissione, punto 13 della motivazione (causa 43/85, Racc. pag. 3131, in particolare pag. 3154).

29 — Regolamento (CEE) n. 1017/68 (GU L 175, pag. 1), regolamento (CEE) n. 4056/86 (GU L 378, pag. 4) e regolamento (CEE) n. 3975/87 (GU L 374, pag. 1).

30 — Art. 12 del regolamento (CEE) n. 1017/68 (che esclude i cartelli di crisi ai sensi dell'art. 6 del regolamento), art. 12 del regolamento (CEE) n. 4056/86 e art. 5 del regolamento (CEE) n. 3975/87.

43. Solo l'ultimo di questi tre regolamenti, il regolamento (CEE) n. 3975/87, relativo alle modalità d'applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei, contiene disposizioni espresse relative ai rapporti tra questa esenzione a titolo individuale e l'art. 86. L'art. 5, n. 3, dispone che l'esenzione ottenuta a seguito della procedura di opposizione può essere revocata retroattivamente « quando gli interessati hanno fornito indicazioni inesatte o abusano della deroga all'art. 85, n. 1, o hanno contravvenuto all'art. 86 ». Per contro i regolamenti (CEE) nn. 1017/68 [31] e 4056/86 [32] citano solo i primi due motivi per una revoca a titolo retroattivo.

La revoca di un'esenzione concessa mediante una decisione costitutiva di diritti è invece disciplinata negli stessi termini dai tre testi normativi. Mentre l'abuso dell'esenzione è ben citato, al pari di quanto ricorre a proposito nell'art. 8, n. 3, lett. d), del regolamento n. 17, l'art. 86 non viene mai menzionato in questo contesto come norma giustificatrice della revoca retroattiva [33].

44. Si pone pertanto la questione se l'art. 5, n. 3, del regolamento n. 3975/87 permetta di concludere a contrario che non si può applicare l'art. 86 a un comportamento esentato ogni volta che manchi una disposizione di questo tipo, dunque in tutte le altre ipotesi. Lo si potrebbe ritenere se detta norma avesse lo scopo di disporre l'applicazione dell'art. 86. Tuttavia, non è questo il caso. L'art. 5, n. 3, del regolamento n. 3975/87 aggiunge anzi alle sanzioni che si ricollegano alla violazione dell'art. 86 quella del ritiro dell'esenzione ottenuta nel contesto della procedura di opposizione a norma di detto regolamento. La violazione dell'art. 86 ha pertanto la conseguenza supplementare che pure l'art. 85, n. 1, diventa applicabile retroattivamente all'accordo. In una simile ipotesi gli interessati si troveranno pertanto in infrazione non solo rispetto all'art. 86, ma pure rispetto all'art. 85, n. 1. Questa conseguenza giuridica non deriva tuttavia automaticamente dall'applicabilità dell'art. 86; essa emerge solo se essa è, come nel caso di specie, espressamente contemplata da un testo normativo.

Questo ragionamento a contrario deve pure essere escluso in base al tenore letterale della norma, che ricollega le conseguenze giuridiche da essa previste ad una violazione dell'art. 86 del Trattato CEE e presume così l'applicazione di questo articolo al comportamento degli interessati.

45. Riepilogando, le varie indicazioni contenute nel regolamento n. 17 e nell'art. 5, n. 3, del regolamento n. 3975/87 dimostrano che un'esenzione a titolo individuale non osta all'applicazione dell'art. 86 e che deve tutt'al più essere tenuta in considerazione dalla Commissione qualora quest'ultima si trovasse vincolata dalle decisioni da lei pronunciate. Per contro, l'art. 86 produce effetti nel campo d'applicazione dell'art. 85, n. 3, poiché esclude l'esenzione di un comportamento rientrante nel concetto di abuso di posizione dominante. Con ciò non si vuole tuttavia affermare che le imprese dominanti siano escluse dal beneficio delle decisioni di esenzione. La Commissione può accordare loro l'esenzione se questa non comporta un abuso di posizione dominante.

31 — Art. 12, n. 3.

32 — Ibidem.

33 — Art. 13 del regolamento (CEE) n. 1017/68, art. 6 del regolamento (CEE) n. 3975/87 e art. 13 del regolamento (CEE) n. 4056/86.

c) Esenzione per categoria e applicazione dell'art. 86

46. Ho così raggiunto la terza fase della mia analisi dedicata ai rapporti tra l'esenzione per categoria e l'art. 86, alla luce dei risultati della mia analisi a proposito dell'esenzione individuale.

I regolamenti che consentono un'esenzione per categoria possono dividersi in tre gruppi, corrispondenti allo sviluppo di questo strumento nella normativa della Comunità. Le tappe di questo sviluppo sono contrassegnate da un progressivo affinamento delle basi su cui si fondano le esenzioni per categoria.

47. È vero che tutti i regolamenti di esenzione per categoria hanno in comune il fatto che, alla stregua dell'esenzione individuale mediante decisione, essi fanno unicamente riferimento al divieto sancito dall'art. 85, n. 1. Nessun regolamento di esenzione per categoria dichiara l'inapplicabilità del divieto previsto dall'art. 86. Tuttavia, questi regolamenti si distinguono molto nettamente dall'esenzione individuale per il fatto che essi riposano su una valutazione globale e astratta di un tipo di accordi, alla quale il legislatore procede ex ante, orientandosi, in linea generale, secondo gli effetti di questi accordi in condizioni normali di concorrenza. Questi regolamenti non danno luogo ad una concreta verifica delle condizioni di applicazione dell'art. 85, n. 3, che tenga conto delle circostanze specifiche di uno dei mercati considerati, nonché del posto o della posizione dominante occupata da una determinata impresa [34]. È questa una differenza importante che — come dirò più sotto — ha un'incidenza sulle conseguenze giuridiche di un'esenzione per categoria se la si confronta con quelle di un esonero individuale.

48. Dal punto di vista del contenuto, i regolamenti di esenzione per categoria si distinguono tra loro per il fatto che taluni si riferiscono a strutture di mercato, mentre la maggior parte non contengono restrizioni di questo tipo. Dal momento che l'esenzione per categoria non dipende dalle strutture commerciali, essa è pronunciata soltanto sulla base della decisione astratta del legislatore.

Si tratta innanzitutto del caso del primo regolamento di delega del Consiglio — il regolamento n. 19/65, relativo ai contratti di licenza e di distribuzione esclusiva — come pure dei regolamenti di esenzione per categoria cui tale regolamento è servito da base, tra i quali vi è il regolamento considerato nel caso di specie, relativo agli accordi di licenza di brevetto [35]. Le esenzioni per categoria pronunciate sulla base del regolamento n. 19/65 si applicano, salvo un'eccezione, senza tenere in considerazione la struttura del mercato.

Soltanto il regolamento (CEE) n. 1984/83 contiene in più una disposizione che concede alle piccole e medie imprese l'esenzione degli accordi di acquisto esclusivo tra fabbricanti in reciproca concorrenza [36]. Il legislatore comunitario esclude così, in gene-

34 — Wertheimer: « Het adagium van artikel 86, EEG: " Quod licet bovi non licet jovi"«, in *Europees Kartelrecht Anno 1980*, pag. 143, in particolare pag. 212.

35 — Regolamento n. 67/67/CEE (GU 1967, pag. 849), da allora sostituito con i regolamenti (CEE) n. 1983/83 (GU L 173, pag. 1) e (CEE) n. 1984/83 (GU L 173, pag. 5); regolamento (CEE) n. 2349/84 (GU L 219, pag. 15), regolamento (CEE) n. 123/85 (GU L 15, pag. 16), regolamento (CEE) n. 4087/88 (GU L 359, pag. 46] e regolamento (CEE) n. 556/89 (GU L 61, pag. 1).

36 — Decimo « considerando », art. 3, lett. b) e art. 5.

rale, le imprese dominanti dal beneficio dell'esenzione di siffatti accordi.

49. Circa i rapporti tra l'art. 86 e l'esenzione per categoria emerge peraltro quanto segue: il regolamento di delega non fa riferimento all'art. 86. Invece, due regolamenti di esenzione per categoria, cioè il regolamento (CEE) n. 1983/83, relativo agli accordi di distribuzione esclusiva, e il regolamento n. 1984/83, relativo agli accordi di acquisto esclusivo, affermano espressamente, nella loro motivazione, che non escludono l'applicazione dell'art. 86 [37].

50. La seconda « famiglia » di regolamenti di esenzione per categoria estende questa valutazione. Essa include i regolamenti (CEE) nn. 417/85 e 418/85, relativi agli accordi di specializzazione e agli accordi di ricerca e di sviluppo [38], come pure il regolamento di delega (CEE) n. 2821/71, sul quale essi sono fondati. I regolamenti « orizzontali » n. 417/85 e n. 418/85 fanno dipendere l'esenzione per categoria dalla condizione che la quota di mercato e il giro d'affari delle imprese interessate non superino un certo limite [39]. Le imprese dominanti non possono pertanto beneficiare, quantomeno in linea generale, dell'esenzione ai sensi di questi due regolamenti.

51. Anche le disposizioni sulla revoca dell'esenzione per categorie in casi specifici si sono evolute nel corso del tempo. L'art. 7 del regolamento n. 19/65 le prevede quando il comportamento esentato produce effetti incompatibili con l'art. 85, n. 3. Esso non dice se la revoca è retroattiva o se produca effetti solo per il futuro. Il regolamento n. 2821/71, per contro, afferma chiaramente, nell'ultimo punto della motivazione, che la revoca dell'esenzione per categoria produce effetti solo per il futuro. Il relativo art. 7, che abilita alla revoca dell'esenzione, corrisponde testualmente all'art. 7 del precedente regolamento n. 19/65. Ciò dimostra che la revoca è possibile solo ex nunc, anche nel contesto dell'applicazione di quest'ultimo testo normativo.

52. La terza categoria, la più recente, di regolamenti di esenzione per categoria rientra nel campo dei trasporti aerei. La delega è stata conferita con regolamento (CEE) del Consiglio n. 3976/87 [40]. Quest'ultimo non esclude le imprese dominanti dal beneficio dell'esenzione. Questa categoria, tuttavia, presenta la novità che le conseguenze di una violazione dell'art. 86 sono già previste dal regolamento di delega. Ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento, il beneficio dell'esenzione di gruppo può essere revocato in casi determinati, quando l'accordo esonerato « ha (...) effetti (...) vietati dall'art. 86 ». Nella motivazione dei tre regolamenti di esenzione per categoria [41] adottati sulla base di questa delega, viene espressamente sottolineato che detti regolamenti non ostano all'applicazione dell'art. 86. Tutti e tre contemplano la revoca dell'esenzione [42] per gli accordi i cui effetti « sono vietati dall'art. 86 del Trattato ».

L'art. 7, n. 2, del regolamento di delega precisa altresì che la revoca dell'esenzione

37 — Quindicesimo « considerando » del regolamento n. 1983/83 e ventitreesimo « considerando » del regolamento n. 1984/83.

38 — Regolamento n. 2821/71 (GU L 285, pag. 46); regolamento n. 417/85 (GU L 53, pag. 1); regolamento n. 418/85 (GU L 53, pag. 5).

39 — L'art. 3 del regolamento n. 417/85 e l'art. 3, nn. 2 e 3, del regolamento n. 418/85 (che riguarda solo la quota di mercato).

40 — GU L 374, pag. 9.

41 — Regolamenti (CEE) nn. 2671/88, 2672/88 e 2673/88 (GU L 239, pagg. 9, 13 e 17).

42 — Art. 7 del regolamento n. 2671/88, art. 11 del regolamento n. 2672/88 e art. 4 del regolamento n. 2673/88.

non è l'unica conseguenza della violazione dell'art. 86. Dispone infatti che la Commissione può inoltre « adottare, conformemente all'art. 13 del regolamento (CEE) n. 3975/87, tutte le misure adeguate per porre fine a dette violazioni ». Quest'ultima disposizione autorizza la Commissione a infliggere penalità di mora alle imprese che non obbediscono alla sua ingiunzione di porre fine ad una violazione dell'art. 86 [43]. Per contro, non viene fatta alcuna allusione all'art. 12 del regolamento n. 3975/87, che autorizza la Commissione a infliggere ammende in caso di violazione dell'art. 86.

53. Nel settore dei trasporti marittimi, il Consiglio non ha autorizzato la Commissione ad adottare regolamenti di esenzione per categoria. Agli artt. 3 e 6 del regolamento n. 4056/86, relativo ai trasporti marittimi [44], ha esso stesso disposto esenzioni per categoria che anche in questo caso riguardano soltanto il divieto di accordi ai sensi dell'art. 85, n. 1. Alla stregua dei regolamenti di esenzione per categoria propriamente detti, il regolamento n. 4056/86 prevede, all'art. 8, la revoca dell'esenzione per gli accordi che producono effetti incompatibili con l'art. 86. La Commissione tuttavia, conformemente alla regola generale dell'art. 10, resta libera di fare ricorso a « tutte le misure adeguate allo scopo di porre fine alla violazione dell'art. 86 ».

54. Tento ora di ricavare da una normativa così copiosa alcuni principi generali. Si deve tener conto a questo riguardo del fatto che ciascuna delle esenzioni per categoria costituisce, nonostante le differenze rispetto alle altre, uno strumento di attuazione dell'art. 85, n. 3. Per questa ragione le disposizioni di un regolamento di esenzione per categoria possono perfettamente svolgere un ruolo nell'interpretazione di altri regolamenti. Sarebbe in contrasto col sistema costituito dal Trattato consentire che distinzioni artificiali riducano a nulla l'uniforme applicazione degli artt. 85 e 86 nei diversi settori coperti dai regolamenti di esenzione per categoria. Per questa ragione sono andato molto al di là del solo regolamento n. 2349/84 per esporvi questa panoramica dei regolamenti di esenzione per categoria.

55. Detto questo, vorrei trarre le seguenti conclusioni: l'art. 86 può essere applicato in concomitanza con un'esenzione per categoria qualora il legislatore non abbia fin dall'inizio escluso dall'esenzione le imprese dominanti, fissando soglie di esclusione. Il legislatore ha riconosciuto questo fatto nella motivazione di due regolamenti di esenzione per categoria, senza peraltro introdurvi disposizioni concrete in merito all'applicazione dell'art. 86 [45]. Tuttavia, mentre l'art. 86 può avere efficacia sia al momento della concessione sia al momento della revoca di un'esenzione a titolo individuale, esso può produrre effetti, per quanto riguarda l'esenzione per categoria, solo in occasione del procedimento di revoca, poiché il procedimento individuale di concessione è sostituito in questo caso da una decisione astratta che il legislatore adotta ex ante, quando fissa il testo del regolamento di esenzione per categoria che intende adottare.

La mancanza di procedura individuale di concessione implica il rischio che l'esenzione per categoria venga applicata ad un accordo che non soddisfa concretamente le condizioni poste dall'art. 85, n. 3. Siccome l'esen-

43 — Una siffatta ingiunzione può essere pronunciata ai sensi dell'art. 4 del regolamento n. 3975/87.

44 — GU L 378, pag. 4.

45 — Regolamenti nn. 1983/83 e 1984/83.

zione per categoria non richiede assolutamente alcun preciso controllo preventivo da parte della Commissione circa il sussistere in un dato caso dei criteri di cui all'art. 85, n. 3, essa non può essere interpretata con riferimento all'art. 86 come un'« attestazione negativa implicita » che vincolerebbe il suo autore, la Commissione, quando si tratti di applicare l'art. 86. Su questo punto, l'esenzione per categoria ha un'efficacia minore dell'esenzione a titolo individuale.

Tuttavia, si deve comunque escludere che le istituzioni abbiano potuto essere vincolate dalla decisione da esse adottata allorché, come nel caso di specie, l'impresa dominante ottiene il beneficio di un'esenzione per categoria solo in seguito. Come s'è già visto, nemmeno un'esenzione a titolo individuale può vincolare la Commissione che l'ha concessa, qualora l'impresa dominante diventi solo in epoca successiva parte dell'accordo esentato.

56. D'altro lato, l'esenzione per categoria non può essere revocata con effetto retroattivo. Ciò sembra giustificato dal fatto che l'esenzione per categoria si fonda direttamente su una norma giuridica e non già, come l'esenzione individuale, su un atto amministrativo. In questa misura, un'esenzione per categoria produce pertanto un effetto giuridico più importante che un'esenzione a titolo individuale.

La circostanza che un regolamento di delega e quattro dei più recenti regolamenti di esenzione per categoria abbiano collocato la violazione dell'art. 86 tra i motivi che giustificano la revoca dell'esenzione conferma che l'art. 86 resta applicabile anche durante il periodo di validità di un'esenzione per categoria.

Non si può dedurre a contrario da queste disposizioni speciali che, nei settori disciplinati dagli altri regolamenti di esenzione per categoria, l'art. 86 non possa essere applicato prima della revoca dell'esenzione. Così come da me già osservato in materia di esenzioni individuali, a proposito delle corrispondenti disposizioni dell'art. 5, n. 3, del regolamento relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei, siffatte disposizioni sono unicamente intese ad introdurre una sanzione supplementare per la violazione dell'art. 86, cioè in questo caso, la revoca dell'esenzione per categoria. Questa sanzione supplementare non è assolutamente superflua, neppure in caso di nullità di un accordo in forza del diritto nazionale per violazione dell'art. 86, poiché la revoca dell'esenzione nel contesto dell'art. 85 ha un suo specifico significato. Le disposizioni speciali implicano pertanto che l'art. 86 resti applicabile, in concomitanza con un'esenzione per categoria [46].

57. Certo, la ricorrente ritiene che i regolamenti di esenzione per categoria costituiscano per il legislatore uno strumento volto ad incoraggiare taluni tipi di accordi e che tale intenzione del legislatore verrebbe ad essere contrastata se si applicasse l'art. 86. A questo riguardo, si deve rispondere, assieme alla Commissione, che l'adozione di regolamenti relativi ad esenzioni per categoria ha come unico obiettivo la semplificazione amministrativa. Non mi sembra esatto che gli accordi esentati dal divieto sancito dall'art. 85, n. 1, possano in linea generale essere considerati auspicabili dal punto di vista della politica della concorrenza. L'esenzione si limita a ristabilire la libertà contrattuale

46 — Per una diversa opinione, vedasi Wiedemann, *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, volume 1, 1989, Allgemeiner Teil, pag. 120 e segg., punti 371 e 373, relativamente alla decisione della Commissione impugnata nella presente causa.

delle imprese considerate; non assume alcuna funzione di orientamento dal punto di vista della politica della concorrenza [47].

58. Ritengo pertanto, a conclusione dell'esame del primo argomento, che non è da escludersi sul piano logico né è contraddittorio sul piano giuridico verificare se il comportamento della ricorrente non sia in contrasto col divieto fissato dall'art. 86, anche se la licenza esclusiva da lei acquisita rientrava nel regolamento della Commissione di esenzione per categoria n. 2394/84.

2) *Acquisizione della licenza di brevetto come abuso di posizione dominante*

59. Il secondo aspetto che si deve esaminare nel contesto di questa prima parte delle mie conclusioni riguarda la questione se la Commissione abbia qualificato giustamente la semplice acquisizione della licenza esclusiva da parte della ricorrente come violazione dell'art. 86. È vero che la ricorrente non ha contestato gli accertamenti di merito effettuati dalla Commissione; nel corso della fase orale del procedimento ha però dedotto che i fatti accertati non costituiscono assolutamente una violazione dell'art. 86. la decisione impugnata deve essere perciò esaminata anche sotto questo profilo.

a) Elementi dell'abuso di posizione dominante

60. Vorrei in primo luogo sollevare un punto che è stato oggetto di discussione nel corso dell'udienza. Si tratta della questione se l'art. 86 debba essere applicato in due modi diversi ed abbia due significati diversi a seconda che ci si trovi in presenza di un'esenzione per categoria o no. Ritengo che l'analisi fin qui condotta abbia dimostrato che il divieto di cui all'art. 86 si applica nella stessa misura ad entrambe le situazioni. Per quanto riguarda le conseguenze giuridiche di una violazione del divieto, ho detto che il legislatore comunitario le ha disciplinate in modo specifico in taluni regolamenti di esenzione per categoria e ha in particolare ristretto i poteri della Commissione in materia di sanzioni [48]. Siffatte differenziazioni, le quali riguardano solo le conseguenze che il diritto derivato ricollega alla violazione dell'art. 86, possono essere operate dal legislatore sulla base dell'art. 87. Se questo non avviene, come nel caso di specie nel regolamento n. 2394/84, relativo agli accordi di licenza, ci si deve attenere all'applicazione dell'art. 86, conformemente alle sue disposizioni generali di esecuzione, in altre parole conformemente al regolamento n. 17.

61. Invero la ricorrente deduce, dalla sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nella causa Ahmed Saeed [49], che la presente causa implica una peculiarità per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 86. Essa ritiene che un comportamento, che consiste solamente nel concludere un accordo esentato ai sensi del regolamento n. 2394/84, non sia sufficiente a giustificare la censura di abuso; sarebbe invece necessario un elemento supplementare. La ricorrente cerca di dedurre dalla sentenza pronunciata nella causa Ahmed Saeed che questo elemento consiste nel fatto che l'impresa dominante ha imposto l'accordo esentato al suo contraente.

Mi sia in primo luogo permesso di constatare che la ricorrente ha citato in modo in-

47 — Koch, in Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, punti 192 e 156 relativi all'art. 85 del Trattato CEE.

48 — V. l'art. 7, n. 2, del regolamento n. 3976/87.

49 — Sentenza 11 aprile 1989, punti 37 e 42 della motivazione (causa 66/86).

completo il punto della sentenza sul quale essa si basa: la Corte di giustizia vi afferma in effetti che l'abuso di una posizione dominante può essere constatato in particolare « qualora le tariffe così imposte vadano considerate come condizioni di trasporto inique, nei confronti dei concorrenti ovvero nei confronti dei viaggiatori ». In altre parole, la Corte di giustizia ritiene che il fatto che un'impresa dominante riesca ad imporre stipulazioni contrattuali grazie al suo potere non è necessario, né sufficiente a giustificare la constatazione di un abuso. Anzi, si deve altresì soppesare la questione se i termini del contratto così imposto siano o no equi. Pertanto, dietro la necessità di un « elemento supplementare », che la ricorrente intravede nella sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nella causa Ahmed Saeed, si nasconde in realtà un problema generale, cioè la questione delle condizioni che devono ricorrere perché il comportamento di un'impresa dominante sia considerato sfruttamento abusivo della sua posizione.

62. Riguardo a questo problema fondamentale dell'art. 86, la Corte di giustizia ha progressivamente sviluppato taluni orientamenti: ha in primo luogo interpretato l'art. 86 alla luce dell'art. 3, lett. f), secondo il quale la Comunità ha il compito di creare un « regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune » [50]. Nella sentenza Continental Can, essa ha sviluppato come primo elemento costitutivo di un comportamento abusivo il fatto che tale comportamento rinforzi la posizione dominante dell'impresa e ostacoli notevolmente la già debole concorrenza residua. Secondo questa sentenza, sulla quale la Commissione basa la decisione controversa [51], la constatazione dell'abuso dipende dall'effetto restrittivo del comportamento dell'impresa dominante sulla concorrenza (si trattava dell'acquisto di una partecipazione dell'80% in un'impresa concorrente) [52].

63. Tuttavia, se l'effetto restrittivo della concorrenza fosse sufficiente a qualificare come abusivo il comportamento dell'impresa dominante, si correrebbe il rischio di ricollegare l'art. 86 a tutte le attività produttive di detta impresa. Ciò quantomeno si avvicinerebbe ad un divieto di posizione dominante, non previsto dal Trattato. l'art. 86 va pertanto analizzato, in questo contesto, in modo più dettagliato.

Siccome detto articolo non vieta l'esistenza di una posizione dominante in quanto tale, un'impresa che si trova in questa situazione ha il diritto di operare al fine di conseguire utili e espandere così le proprie attività commerciali. Essa ha il diritto di rafforzare la propria posizione dominante col gioco della concorrenza e di eliminare dal mercato i concorrenti meno competitivi, anche se la sua quota di mercato dovesse così raggiungere il 100% [53]. Il Trattato CEE non esige dall'impresa dominante un comportamento che sarebbe privo di senso dal punto di vista economico e contrario ai suoi legittimi interessi. In ogni altra ipotesi, il diritto comunitario verrebbe a trovarsi in contrasto con altri obblighi che gravano su un'impresa dominante allo stesso titolo di ogni altra im-

50 — V. sentenza 21 febbraio 1973, già citata (causa 6/72, Racc. pag. 244 e segg.); sentenza 6 marzo 1974, Commercial Solvents, punto 25 della motivazione (cause 6/73 e 7/73, Racc. pag. 223, in particolare pag. 253); sentenza 16 novembre 1977, Inno/ATAB, punto 28 e segg. della motivazione (causa 13/77, Racc. pag. 2115, in particolare pag. 2145); sentenza 14 febbraio 1978, già citata, punto 63 e segg. della motivazione (causa 27/76, Racc. pag. 286); sentenza 13 febbraio 1979, già citata, punti 125 e 132 della motivazione (causa 85/76, Racc. pagg. 552 e 554).

51 — Punto 46 della decisione impugnata.

52 — Già citata, punto 26 (pag. 246). La decisione della Commissione è stata tuttavia annullata a causa della non corretta delimitazione del mercato considerato.

53 — Lang, Temple: *Monopolisation and the definition of « abuses » of a dominant position under Article 86 EEC Treaty*, CMLR, 1979, pag. 345, in particolare pag. 351.

presa. Alludo, per esempio, all'obbligo che il diritto societario impone agli organi direttivi di utilizzare il capitale conferito dagli azionisti in modo che produca utili o alla responsabilità delle imprese di garantire i posti di lavoro.

64. La nozione di abuso è — secondo la sentenza Hoffmann-La Roche — una nozione oggettiva [54], che non implica che l'abuso sia perpetrato con l'uso del potere economico conferito da una posizione dominante [55]. Per questa ragione degli atti che possono essere compiuti pure da un'impresa che non occupa una posizione dominante — come l'acquisizione di una licenza di brevetto, l'assunzione di partecipazioni in un'altra impresa o la conclusione di un contratto di acquisto esclusivo — non possono essere esclusi dal novero dei comportamenti contemplati dalle disposizioni dell'art. 86. Contrariamente a quanto ritenuto dalla ricorrente, per qualificare come abuso il suo comportamento non è necessario che esso abbia impiegato il suo potere economico per forzare la conclusione del contratto di licenza [56]. Anche degli atti privi di qualsiasi valore positivo o negativo possono essere in contrasto con l'art. 86, quando sono idonei a produrre effetti indesiderati dal punto di vista del regime comunitario della concorrenza.

65. L'art. 86 impone così all'impresa in posizione dominante un particolare obbligo di « non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune » [57]. Pertanto, onde evitare che questi obblighi particolari dell'impresa dominante vengano a trovarsi in contrasto con il principio secondo il quale la posizione dominante non è vietata in quanto tale, si deve fare ricorso a criteri supplementari che permettono di distinguere il comportamento abusivo dagli strumenti della normale concorrenza. Dove è possibile reperire questi criteri?

66. Una prima risposta ci viene data dal modo in cui la Corte di giustizia ha elaborato la nozione di abuso, quale emerge dalla definizione contenuta nella sentenza Hoffmann-La Roche, articolata in due conmponenti. Secondo tale definizione è necessario, oltre all'effetto restrittivo della concorrenza, che l'impresa dominante abbia fatto ricorso a mezzi « diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici » [58]. La Corte di giustizia, per esempio, ha annoverato tra questi mezzi estranei alla concorrenza i contratti di acquisto esclusivi che l'impresa Hoffmann-La Roche aveva concluso con taluni suoi clienti.

67. Ci si deve tuttavia domandare se solo mezzi estranei alla concorrenza possono essere presi in considerazione come elementi supplementari. Per risolvere questa questione, si deve ritornare al contenuto dell'art. 86.

Questa disposizione contiene quattro esempi tipici di abuso di posizione dominante. I primi due si riferiscono essenzialmente alla tutela dei partners contrattuali e dei consumatori di fronte al possibile sfruttamento

54 — Sentenza 13 febbraio 1979, già citata, punto 91 della motivazione (causa 85/76, Racc. pag. 541).

55 — Sentenza 13 febbraio 1979, già citata (causa 85/76); è vero che una parte della dottrina va in un altro senso: per esempio, Koch, in Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, punti 45 e segg. dei commenti sull'art. 86.

56 — V. altresì sentenza 13 febbraio 1979, già citata, punto 120 della motivazione (causa 85/76, Racc. pag. 551).

57 — Sentenza 9 novembre 1983, Michelin, punto 57 della motivazione (causa 322/81, Racc. pag. 3461, in particolare pag. 3511).

58 — Sentenza 13 febbraio 1979, già citata, punto 91 della motivazione (causa 85/76, Racc. pag. 541); v. parimenti sentenza 11 dicembre 1980, L'Oréal, punto 27 della motivazione (causa 31/80, Racc. pag. 3775, in particolare pag. 3794); sentenza 9 novembre 1983, già citata, punto 70 della motivazione (causa 322/81, Racc. pag. 3514).

della loro situazione di dipendenza da parte dell'impresa dominante, mentre il divieto di abbinamento contemplato alla lett. d) intende proteggere il contraente, e chiaramente anche il concorrente, ed infine l'esempio contemplato sotto la lett. c) vieta di ledere la concorrenza con discriminazioni tra i partners commerciali dell'impresa dominante. I tre esempi citati per primi hanno in comune il fatto di essere diretti contro pratiche che perseguono uno scopo legittimo, cioè la realizzazione di utili, impiegando però mezzi sproporzionati. Da questi esempi-tipo è possibile dedurre casi di abuso non nominati. Essi pongono infatti delle barriere, cioè il principio di proporzionalità [59] e il divieto di discriminazine, che l'impresa dominante non deve mai superare [60], neppure nel contesto di attività estranee a questi esempi.

68. In questa causa viene prima di tutto in considerazione il principio di proporzionalità, poiché l'addebito fondato sull'acquisizione della licenza esclusiva (e soltanto della licenza esclusiva) implica quello di comportamento in contrasto con detto principio. Applicato ad un'impresa in posizione dominante, questo principio vuol dire che detta impresa può agire per conseguire degli utili, fare in modo da rafforzare la sua posizione commerciale grazie alla sua competitività e perseguire i suoi legittimi interessi economici, ma che a tal fine deve impiegare soltanto i mezzi necessari al perseguimento dei suoi legittimi obiettivi. Essa, in particolare, non deve comportarsi in un modo che, secondo ogni previsione, restringerebbe la concorrenza oltre il necessario.

69. È, del resto, in questo senso che in una serie di decisioni la Corte di giustizia ha applicato il principio di proporzionalità al comportamento delle imprese dominanti.

Così, nella sentenza BRT/SABAM [61], la Corte di giustizia ha statuito che talune clausole inserite da una società di gestione di diritti d'autore nei suoi contratti di gestione erano inique e, di conseguenza, abusive, perché restringevano la libertà dei suoi aderenti di disporre dei loro diritti d'autore più di quanto fosse necessario affinché la società potesse garantire una gestione efficace di tali diritti.

Analoghe considerazioni si trovano nella sentenza Suiker Unie [62], secondo la quale per un'impresa dominante può essere abusivo il fatto di imporre ai propri rappresentanti di commercio una clausola di divieto di concorrenza e di estenderne la portata « oltre i limiti corrispondenti alla natura del rapporto giuridico ed economico di cui trattasi » (cioè quello dell'impresa con i suoi rappresentanti di commercio).

70. L'applicazione del principio di proporzionalità emerge in modo particolarmente chiaro nella sentenza United Brands. In questa sentenza la Corte di giustizia si è basata, come noto, su detto principio per dichiarare abusivo un divieto di rivendita di banane verdi, che la ricorrente aveva imposto ai suoi clienti. La Corte di giustizia ha riconosciuto che la ricorrente aveva il diritto di praticare una politica di qualità nel contesto della selezione dei suoi rivenditori, ma a

59 — V. l'analisi fondamentale sviluppata a questo riguardo dal Vogel, in *Droit de la concurrence et concentration économique*, Parigi, 1988, pag. 154 e segg.

60 — Sentenza 21 febbraio 1973, già citata, punto 26 della motivazione (causa 6/72, Racc. pag. 246).

61 — Sentenza 27 marzo 1974 (causa 127/73, Racc. pag. 313, in particolare pag. 316 e segg.) che fa riferimento, è vero, all'esempio tipo dell'art. 86, 2° comma, lett. a).

62 — Sentenza 16 dicembre 1975, punto 486 della motivazione (cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73 e 114/73, Racc. pag. 1663, in particolare pag. 2002).

condizione di non mettere in atto « ostacoli il cui risultato eccede l'obiettivo da raggiungere » e che sono di conseguenza vietati dall'art. 86. Nel medesimo articolo, la Corte di giustizia ha riconosciuto all'impresa dominante il diritto di adottare sanzioni contro i contraenti che agiscono in senso contrario ai suoi interessi commerciali. Queste sanzioni debbono tuttavia essere proporzionate alla minaccia costituita dal comportamento dei contraenti per gli interessi dell'impresa dominante [63]. Orbene, l'impresa United Brands, era andata fuori misura sospendendo le forniture ad un cliente per il motivo che questi aveva preso parte ad una campagna di pubblicità a favore di uno dei suoi concorrenti.

71. Ancora recentemente, la Corte di giustizia ha dichiarato che quello della proporzionalità è il criterio da applicarsi per sapere se i diritti pretesi da una società francese di gestione di diritti d'autore, la SACEM, siano abusivi per il motivo che concede detti diritti di utilizzo sempre globalmente per l'insieme del suo repertorio e che gli utenti dell'opera non hanno la possibilità di limitarsi, dietro pagamento di un diritto proporzionalmente ridotto, alle categorie di opere che loro interessano. La Corte di giustizia osserva a questo proposito che tale comportamento, che ha come scopo legittimo la tutela dei diritti di autore, potrebbe essere messo in discussione soltanto se altri metodi fossero idonei a raggiungere il medesimo scopo, senza che ne risultassero accresciute le spese di gestione e di controllo che gravano sulla SACEM [64].

Secondo la medesima sentenza, le considerazioni di cui sopra valgono anche al fine di stabilire se i contratti stipulati in queste condizioni con gli utenti dell'opera possano essere considerati restrittivi della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1 [65]. Ciò dimostra l'importanza del criterio di proporzionalità per valutare un comportamento tanto con riferimento all'art. 85, quanto all'art. 86.

72. L'esistenza di questo stretto legame tra il contenuto delle due disposizioni è altresì confermato dalla sentenza Hoffmann-La Roche. È vero che in questa sentenza la Corte di giustizia non ha espressamente valutato se il comportamento rimproverato all'impresa dominante fosse conforme al principio di proporzionalità ma, come dimostrato dal Vogel, essa fa tuttavia indiretto riferimento a questo principio [66]. Nel punto dove sono esaminati i contratti di acquisto esclusivo tra l'impresa dominante e i suoi clienti, la sentenza rileva che « accordi di questo tipo potrebbero eventualmente essere ammessi solo nell'ambito e alle condizioni contemplate dall'art. 85, n. 3, del Trattato (...) » [67]. Tra queste condizioni rientra la proporzionalità dell'accordo che, secondo l'art. 85, n. 3, lett. a), significa che le imprese interessate non debbono essere sottoposte a « restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi » (quelli di cui all'art. 85, n. 3). Contrariamente al punto di vista della ricorrente, l'elemento supplementare non deriva pertanto necessariamente da circostanze estranee all'accordo; esso può, al contrario, risiedere nel contenuto dell'accordo stesso, quando quest'ultimo induce l'impresa dominante ad adottare un comportamento eccessivo.

63 — Sentenza 14 febbraio 1978, già citata (causa 27/76, Racc. pag. 298).

64 — Sentenza 13 luglio 1989, punto 45 della motivazione (causa 395/87) nel contesto dell'esempio tipo, contemplato dall'art. 86, 2° comma, lett. a).

65 — Già citata, punto 31 della motivazione.

66 — *Diritto della concorrenza e concentrazione economica*, pag. 155, nota 1 a fondo pagina.

67 — Sentenza 13 febbraio 1979, già citata, punto 120 della motivazione (causa 85/76, Racc. pag. 551).

73. La fattispecie in esame implica, è vero, ancora un problema giuridico specifico, giacché l'accordo verte su una licenza di brevetto. Ci si deve pertanto chiedere se la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'applicazione dell'art. 86 ai diritti di proprietà industriale consenta di valutare il comportamento della ricorrente con riferimento ai criteri qui sopra sviluppati.

Infatti, ancora recentemente, la Corte di giustizia ha confermato nella sentenza Maxicar la propria giurisprudenza [68] secondo cui il solo fatto di avere acquistato — per primi — un diritto esclusivo (si tratta di un brevetto per modelli ornamentali relativi ad un elemento della carrozzeria di autovetture) non può essere considerato come un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 86 [69].

Al contrario, la Corte di giustizia distingue anche a questo proposito tra l'acquisto del diritto e il suo esercizio [70]. Solo quest'ultimo può degenerare in sfruttamento abusivo [71], per esempio in caso di rifiuto arbitrario di consegna, di fissazione di prezzi iniqui o di limitazione della produzione [72]. L'acquisto del diritto esclusivo è in tal caso sempre accompagnato da un elemento supplementare. Questo non può tuttavia consistere soltanto nell'eliminazione della concorrenza di altri fabbricanti in relazione al prodotto protetto, dal momento che questa eliminazione è indissociabile dall'esistenza stessa del diritto esclusivo [73].

74. Tuttavia, questi principi sviluppati dalla Corte di giustizia per l'acquisto iniziale di un diritto di proprietà industriale non possono essere senz'altro applicati alle ulteriori cessioni di una licenza esclusiva. Al momento dell'acquisizione iniziale di un brevetto o di un modello ornamentale, l'impresa protegge il lavoro di sviluppo da lei realizzato dalle imitazioni ad opera di terzi. L'impresa dominante ne ha il diritto, anche se così facendo, elimina, come nel caso Maxicar, delle imprese la cui attività fino ad allora consisteva nell'imitazione di siffatti prodotti [74].

L'acquirente di una licenza di brevetto fa invece propria l'innovazione sviluppata da un terzo. Ciò è legittimo, ma la sua posizione sul piano giuridico si distingue per questo fatto da quella del primo titolare del diritto esclusivo. Per quest'ultimo, l'esclusività è inerente al diritto stesso e gli deve consentire di ottenere la ricompensa del suo sforzo d'inventore [75]. Per contro, chi rileva una licenza non cerca il compenso dei suoi sforzi e dei rischi cui è andato incontro nel corso dello sviluppo del bene protetto (egli paga questo compenso all'inventore); egli intende invece sfruttare un investimento in modo da ricavarne il massimo di profitto. Per questa ragione, la licenza non è necessariamente esclusiva, a differenza del diritto di proprietà industriale stesso. Queste differenze giustificano che la posizione privilegiata del titolare di un diritto di proprietà industriale nel contesto dell'art. 86 non sia estesa a colui che rileva la licenza.

Il fatto che l'inventore che occupa una posizione dominante sul mercato abbia il diritto di escludere i terzi dall'utilizzo della sua invenzione senza commettere un abuso non

68 — V. sentenza 29 febbraio 1968, Parke, Davis/Probel [causa 24/67, Racc. pagg. 81, in particolare pag. 108 e segg. (brevetto)]; sentenza 23 maggio 1978, Hoffmann-La Roche/Centrafarm [causa 102/77, Racc. pag. 1139, in particolare pag. 1168 (marchi)].

69 — Sentenza 5 ottobre 1988, punto 15 della motivazione (causa 53/87, Racc. pag. 6039).

70 — Nello stesso senso v. la costante giurisprudenza della Corte a proposito della distinzione tra l'esistenza e l'esercizio dei diritti di proprietà industriale nel contesto dell'applicazione dell'art. 36; v., ad esempio, la sentenza 31 ottobre 1974, Centrafarm/Sterling Drug (causa 15/74, Racc. pag. 1147).

71 — Sentenza 29 febbraio 1968, già citata (causa 24/67, Racc. pag. 110).

72 — Sentenza 5 ottobre 1988, già citata, punto 16 della motivazione (causa 53/87); v. altresì sentenza 5 ottobre 1988, Volvo/Veng, punto 9 della motivazione (causa 238/87, Racc. pag. 6211).

73 — Conclusioni dell'avvocato generale Mischo nella causa 53/87, Maxicar, già citata, punto 60.

74 — Lo stesso principio è stato applicato nella causa 238/87, Volvo/Veng, già citata.

75 — Sentenza 9 luglio 1985, Pharmon/Hoechst, punto 26 della motivazione (causa 19/84, Racc. pag. 2281, in particolare pag. 2298).

significa dunque che l'impresa dominante abbia sempre il diritto di escludere, con l'acquisto di una licenza esclusiva, i suoi potenziali concorrenti dallo sfruttamento dei risultati di ricerche svolte da terzi.

b) Accertamento dell'infrazione nella decisione impugnata

75. Nella prima parte delle presenti conclusioni ho rilevato che l'art. 86 può applicarsi anche ad un accordo che ha beneficiato di un'esenzione per categoria. Successivamente ho dimostrato che le condizioni di applicazione dell'art. 86 sono soddisfatte quando l'impresa dominante adotta un comportamento restrittivo della cocorrenza che sia anche in contrasto col principio di proporzionalità. Questi criteri valgono anche per l'acquisizione di una licenza di brevetto da parte dell'impresa dominante. In tale contesto giuridico si deve ora stabilire se la Commissione ha constatato a giusto titolo una violazione dell'art. 86.

Al punto 60 della sua decisione, la Commissione afferma che l'abuso è consistito nell'acquisizione della licenza esclusiva, che ha avuto l'effetto di rafforzare la posizione dominante della ricorrente, indebolendo ulteriormente quanto ancora restava della concorrenza, e di rendere ancora più difficile l'accesso sul mercato di nuovi concorrenti. La Commissione ha così, in ultima analisi, correttamente motivato la sua decisione sul piano giuridico, con l'esistenza di un comportamento sproporzionato e restrittivo della concorrenza da parte della ricorrente, anche se si è limitata ad invocare la sentenza Continental Can e anche se non ha preso espressamente in considerazione il principio di proporzionalità, come è stato successivamente sviluppato dalla giurisprudenza della Corte[76]. Resta tuttavia da determinare se le constatazioni di fatto contenute nei punti 18, 22 e 23 della decisione possono giustificare le conclusioni di natura giuridica contenute nella decisione stessa.

76. aa) Si deve in primo luogo esaminare se la ricorrente ha tenuto un comportamento restrittivo della concorrenza. L'acquisizione della licenza esclusiva ha rinforzato la posizione dominante della ricorrente su tutti i concorrenti, dato che questi non disponevano della tecnologia controversa. Prima dell'acquisizione della licenza esclusiva, la ricorrente già deteneva una quota di mercato di circa il 91,8% per gli impianti di riempimento sterile; la licenza esclusiva per l'altro procedimento di sterilizzazione apparteneva al suo potenziale concorrente, la Liquipak, che si sforzava di penetrare nel mercato dominato dalla ricorrente.

L'acquisizione ha consentito alla ricorrente di divenire titolare della licenza esclusiva; tutti i potenziali concorrenti della Tetra sono stati così privati della tecnologia alternativa tutelata dal brevetto. Il fatto che la ricorrente abbia acquistato la licenza nel contesto del rilevamento della Liquipak, il che nella specie non è controverso, non modifica assolutamente questa risultanza. Anche la sola acquisizione della licenza avrebbe impedito ai concorrenti potenziali della ricorrente di fare ricorso all'altro procedimento di sterilizzazione controverso al fine di poter accedere al mercato.

77. Peraltro, al punto 18 (e al punto 27) della sua decisione, la Commissione ha constatato che l'acquisizione della licenza esclusiva ha, quantomeno temporaneamente, messo il concorrente Elopak fuori dal mercato. Nel corso dell'udienza la Commissione

76 — V. il quarantaseiesimo e il quarantasettesimo punto della motivazione della decisione.

ha dichiarato che in ciò consiste l'abuso commesso dalla ricorrente.

Nel corso della stessa udienza, la ricorrente ha obiettato che le constatazioni contenute nella decisione a proposito della situazione e del comportamento della Elopak non erano chiare e che non giustificavano l'addebito di violazione dell'art. 86. Dal momento che il difetto di motivazione non figura tra i motivi dedotti, mi pare dubbio, come pure è stato sottolineato dalla domanda che ho posto nel corso dell'udienza, che l'art. 42 del regolamento di procedura della Corte — che è applicabile in forza dell'art. 11 della decisione del Consiglio 24 ottobre 1988[77] — consenta di attaccare questa parte della decisione quando ormai si è entrati nella fase orale del procedimento. Tuttavia, quand'anche accettaste di prendere in considerazione detta osservazione della ricorrente come un argomento supplementare a sostegno del motivo che deduce la violazione dell'art. 86, occorrerebbe nondimeno tener conto di quanto segue.

Le constatazioni della Commissione, secondo le quali la ricorrente ha rafforzato la propria posizione dominante rispetto a (tutti) i concorrenti e ha quantomeno notevolmente ritardato l'ingresso della Elopak sul mercato, lasciano trasparire molto chiaramente un comportamento restrittivo della concorrenza da parte della ricorrente. Questo risultato non sarebbe assolutamente modificato — ed è un punto che sottolineo in via subordinata — nemmeno se accoglieste le critiche mosse dalla ricorrente agli accertamenti riguardanti il comportamento della Elopak. Se anche trascuraste questo insieme di elementi controversi, non del tutto chiariti durante il procedimento, resterebbe pur sempre il fatto che acquistando la licenza, la ricorrente ha rafforzato la propria posizione sul mercato nei confronti di tutti i suoi concorrenti. Questo effetto restrittivo della concorrenza è sufficiente ai fini dell'art. 86 senza che vi sia ulteriormente bisogno di effetti concreti sul comportamento di un determinato concorrente. È sufficiente che la ricorrente abbia accaparrato una tecnologia alternativa, impedendo così a tutti i suoi potenziali concorrenti di farvi ricorso: a causa di questo solo fatto, essa ha già rafforzato le barriere che ostacolano l'accesso al mercato e ha reso più difficile la comparsa di un'eventuale concorrenza.

78. bb) Acquistando la licenza esclusiva, la ricorrente si è altresì servita di un mezzo sproporzionato rispetto allo scopo perseguito. Certamente, lo sfruttamento del progresso tecnico mediante l'acquisizione di licenze di brevetto rientra, sotto il profilo della competitività, nel gioco della concorrenza, alla quale la ricorrente ha il diritto di partecipare come impresa dominante sul mercato. Tuttavia, per raggiungere l'obiettivo legittimo di accedere ad innovazioni tecnologiche onde migliorare la sua competitività, la ricorrente non aveva assolutamente bisogno di far uso di un mezzo così direttamente e così manifestamente restrittivo della concorrenza. Ben al contrario, a ragione, la Commissione ha ritenuto che una licenza non esclusiva avrebbe pure permesso alla ricorrente di utilizzare il procedimento brevettato per migliorare i suoi prodotti, senza pertanto ostacolare l'accesso di nuovi concorrenti sul mercato da lei dominato.

Il contenuto dell'accordo è pertanto sufficiente ad accertare la mancanza di proporzionalità del comportamento della ricorrente, la quale, in quanto impresa dominante, non aveva il diritto di diventare parte di un accordo di questo tenore. È questo, del resto, un esempio concreto del fatto che, contrariamente all'opinione della ricorrente, l'« elemento supplementare » non è necessa-

77 — GU 1988, L 319, pag. 1; una versione rettificata è stata pubblicata sulla GU 1989, C 215, pag. 1.

riamente sempre una circostanza estranea all'accordo.

79. Il fatto che l'accordo esclusivo di licenza di brevetto beneficiasse di un regolamento di esenzione per categoria non toglie per nulla che il comportamento della ricorrente fosse in contrasto col principio di proporzionalità: se si esamina la motivazione del regolamento n. 2349/84, resta confermato che, nella sua valutazione astratta della proporzionalità, il legislatore non ha preso in considerazione situazioni quali la presente. In condizioni normali di mercato, le licenze esclusive debbono servire alla diffusione di nuovi prodotti o procedimenti di fabbricazione. Il loro carattere esclusivo si giustifica con il fatto che, tenuto conto dei rischi normalmente legati dall'introduzione di nuovi prodotti o procedimenti di fabbricazione, l'investimento in siffatte innovazioni necessita di un particolare incoraggiamento. La protezione apportata dall'esclusività rende più facile a colui che acquisisce la licenza l'accesso al mercato. Detta protezione contribuisce altresì a migliorare l'offerta, ad aumentare il numero dei centri di produzione e a promuovere la diffusione del progresso tecnico[78].

Queste considerazioni non sono tali da giustificare in questo caso l'acquisizione della licenza esclusiva da parte della ricorrente. Il suo comportamento, anzi, presenta piuttosto degli effetti in contrasto con gli obiettivi del regolamento n. 2349/84 in quanto rende più difficile l'accesso al mercato alle altre imprese ed è di ostacolo all'aumento del numero dei centri di produzione.

80. Infine, la contraddizione tra il comportamento della ricorrente e il principio di proporzionalità non è assolutamente modificata dalla circostanza che il BTG, concedente della licenza, fosse d'accordo per il trasferimento della licenza esclusiva. La responsabilità particolare che grava sulla Tetra in quanto impresa dominante le vieta comportamenti che restringono la concorrenza in una misura sproporzionata, anche se essi sono nell'interesse delle sue controparti contrattuali[79].

81. Per quanto riguarda il primo argomento dedotto dalla ricorrente, posso pertanto ritenere che l'acquisizione di una licenza esclusiva da parte di un'impresa dominante non riunisce di per sé gli elementi costitutivi dell'abuso ai sensi dell'art. 86. Tuttavia, le condizioni di applicazione dell'art. 86 sono soddisfatte quando, come nel caso di specie, questo comportamento aggrava la situazione di concorrenza sul mercato considerato ed eccede quanto necessario per raggiungere gli obiettivi legittimi dell'impresa dominante.

II — *Violazione del principio della certezza del diritto*

82. Come secondo argomento, la ricorrente deduce che sarebbe in contrasto con il principio della certezza del diritto applicare l'art. 86 ad un comportamento oggetto di un regolamento di esenzione per categoria. Come la revoca dell'esenzione è possibile solo per il futuro, così l'art. 86 può essere applicato al suo comportamento solo ex nunc. In ogni altra ipotesi, l'esenzione per categoria — il cui principale vantaggio è quello di assicurare le parti della liceità e della validità dell'accordo il cui oggetto è stato esentato — non potrebbe mai essere di vantaggio per le imprese dominanti e i loro partners contrattuali.

78 — Regolamento n. 2349/84, undicesimo e dodicesimo « considerando ».

79 — Sentenza 13 febbraio 1979, già citata, punto 115 della motivazione (causa 85/76, Racc. pag. 549).

83. Il principio della certezza del diritto e quello affine del legittimo affidamento fanno parte dei principi generali del diritto comunitario che la Corte di giustizia ha riconosciuto in una costante giurisprudenza [80]. Conformemente a questi due principi, il modo secondo il quale il diritto troverà applicazione in un dato caso specifico deve essere prevedibile [81]. La certezza del diritto gioca un ruolo essenzialmente nell'interpretazione delle norme giuridiche in vigore; grazie ad essa è possibile limitare i casi in cui dall'applicazione di dette norme deriverebbero risvolti inattesi, al fine di evitare che fossero messe in discussione relazioni giuridiche sorte in buona fede [82]. L'importanza di questo principio per l'applicazione delle norme di concorrenza del Trattato è già emersa nel 1962, quando, nella sentenza Bosch, la Corte ha ristretto in notevole misura l'applicabilità diretta dell'art. 85, nn. 1 e 2, ponendo il principio della certezza del diritto a fondamento della dottrina dell'efficacia provvisoria delle intese preesistenti all'entrata in vigore della normativa comunitaria sulla concorrenza [83]. Ancora recentemente, la Corte di giustizia ha invocato in materia di trasporti aerei le regole da lei all'epoca enunciate [84].

84. Il principio della tutela del legittimo affidamento si ricollega innanzitutto alle modifiche apportate dalle istituzioni comunitarie alla situazione giuridica o ad una prassi esistente in materia di applicazione del diritto; ed è di particolare significato quando, facendo affidamento su una determinata situazione, degli operatori hanno adottato disposizioni che si rivelano svantaggiose in conseguenza del mutamento delle circostanze [85]. Per questi due principi, si deve ritenere che il fatto di prendere in considerazione degli interessi attinenti al legittimo affidamento deve essere controbilanciato dal principio di legittimità cui deve attenersi l'amministrazione [86] come pure dal margine di manovra di cui dispongono le istituzioni comunitarie. Solo determinati casi di inaccettabile rigore possono eccezionalmente giustificare che il principio della legittimità dell'azione amministrativa e il margine di libertà decisionale del legislatore cedano il passo di fronte alle esigenze del principio della certezza del diritto.

85. La fondatezza del secondo argomento dedotto dalla ricorrente dipende di conseguenza dalla questione se imprese dominanti possano essere considerate in balia di un'inaccettabile incertezza giuridica qualora l'art. 86 venga loro applicato a un comportamento che beneficia di un'esenzione per categoria e prima ancora che questa esenzione sia stata revocata con effetto ex nunc, in due fasi. Come vi spiegherò più precisamente in due tappe, non mi pare che il principio della certezza del diritto sia stato violato nel caso di specie. In primo luogo, infatti, l'applicazione dell'art. 86 è di norma prevedibile in un caso come quello della ricorrente. In secondo luogo non posso affermare che nel caso di specie sia stato toccato un rapporto giuridico costituito in buona fede, nella convinzione che l'art. 86 non fosse applicabile.

80 — Per una dettagliata esposizione a proposito dell'applicazione di questi due principi in materia di diritto della concorrenza, v. Edward David: « Costitutional rules of Community law in EEC competition cases », la cui pubblicazione è prevista negli *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, pag. 28 e segg. del manoscritto.

81 — V., per esempio, sentenza 12 novembre 1981, Salumi, punto 10 della motivazione (cause riunite 212/80-217/80, Racc. pag. 2735, in particolare pag. 2751); sentenza 28 aprile 1988, Mulder, punto 24 e segg. della motivazione (causa 120/86, Racc. pag. 2321, in particolare pag. 2352 e segg.; David Edward, già citato.

82 — V. sentenza 2 febbraio 1988, Blaizot, punto 25 e segg. della motivazione (causa 24/86, Racc. pag. 379, in particolare pag. 405 e segg.); la sentenza nella quale è stato affermato il principio è quella dell'8 aprile 1976, Defrenne, punto 69 e segg. della motivazione (causa 43/75, Racc. pag. 455, in particolare pag. 480).

83 — Sentenza 6 aprile 1962, già citata (causa 13/61, Racc. pag. 87).

84 — Sentenza 30 aprile 1986, già citata (cause 209/84-213/84, Racc. pag. 1425, in particolare pag. 1466 e segg.); sentenza 11 aprile 1989, punto 20 e segg. della motivazione (causa 66/86).

85 — V., ad esempio, Sharpston, « Legitimate expectations and economic reality » la cui pubblicazione è prevista nella *European Law Review*, 1990, pag. 76 del manoscritto; sentenza 28 aprile 1988, nella causa 120/86, già citata.

86 — Sentenza 22 marzo 1961, Snupat (cause 42/59 e 49/59, Racc. pag. 101, in particolare pag. 159).

1) *Prevedibilità dell'applicazione dell'art. 86*

a) Prevedibilità dell'applicazione dell'art. 86 nonostante l'esenzione per categoria

86. L'applicazione dell'art. 86 era, in linea generale, prevedibile per la ricorrente, come emerge dalle tre seguenti considerazioni.

Ho già rilevato che pronunciando un'esenzione per categoria il legislatore adotta una normativa generale e astratta che non tiene conto e non può tener conto delle circostanze concrete del mercato. Un'impresa non può pertanto essere sicura che la valutazione effettuata dal legislatore si applichi anche al mercato da lei dominato. Se si tratta — come nel caso di specie — di un accordo di licenza di brevetto, l'accordo in questione dovrà essere considerato con riferimento al regolamento n. 2349/84 e al suo ventisettesimo « considerando », il quale così recita:

« (...) considerando che non occorre più notificare gli accordi che rispondono alle condizioni degli artt. 1 e 2 e non hanno per oggetto o per effetto di provocare ulteriori restrizioni della concorrenza; che rimane tuttavia impregiudicato il diritto delle imprese di richiedere nei singoli casi un'attestazione negativa a norma dell'art. 2 del regolamento n. 17 del Consiglio o un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3; (...) ».

Così l'attenzione dei contraenti è attirata sul fatto che il loro accordo non può produrre effetti restrittivi sulla concorrenza, i quali non sono coperti dall'esenzione per categoria, e che compete loro valutare se, tenuto conto di tali eventuali effetti, si debba chiedere un'esenzione individuale o un'attestazione negativa. La posizione che essi occupano sul mercato può peraltro obbligarli a tener conto nelle loro valutazioni di un'eventuale violazione dell'art. 86. Il risultato della valutazione effettuata dalle imprese interessate al momento della conclusione del contratto dipende parzialmente dalle loro dimensioni e dalla loro posizione sul mercato. Pertanto, se la licenza viene successivamente trasferita a un'altra impresa, quest'ultima non potrà essere sicura del fatto che l'accordo continuerà ad essere sottratto a qualsiasi critica. Essa si trova allora nella medesima situazione di un'impresa al momento dell'iniziale conclusione di un tale acccordo e al pari di questa impresa sarà tenuta ad esaminare la validità di detto accordo dal punto di vista del diritto della concorrenza.

87. Secondo argomento: neppure il fatto che la revoca dell'esenzione per categoria è possibile solo per il futuro può essere interpretato dalle imprese interessate nel senso che nel frattempo non abbiano alcun bisogno di preoccuparsi dell'applicazione dell'art. 86 al loro comportamento.

La ricorrente rileva invero che l'esenzione per categoria ha lo scopo di consentire la conclusione, giuridicamente valida, di accordi che rispondono da un punto di vista generale e astratto ai requisiti posti dall'art. 85, n. 3, senza che si debba procedere ad una valutazione caso per caso, sempre onerosa [87]. Le parti di un tale accordo debbono, secondo la ricorrente, potersi fidare della validità del loro contratto fino ad un'eventuale revoca dell'esenzione. L'art. 86 senza dubbio non afferma espressamente la nullità degli accordi che lo violano, ma questa conseguenza potrebbe derivare dal diritto na-

87 — Nello stesso senso vedasi Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, vol. 1, 1989, Allgemeiner Teil, pag. 122, punto 373.

zionale. Tale conseguenza sarebbe eccessiva al punto da essere iniqua non solo per l'impresa dominante, parte dell'accordo, ma altresì per il suo partner che sovente non ha commesso alcuna violazione dell'art. 86.

Abbiamo rilevato che l'impresa dominante può prevedere l'eventualià dell'applicazione dell'art. 86 già prima della revoca dell'esenzione. Essa non può pertanto presumere che le conseguenze giuridiche di una violazione dell'art. 86 mediante un comportamento esentato sarebbero limitate alla possibilità della revoca dell'esenzione. È certamente vero che, in linea generale, la violazione dell'art. 86 mediante un accordo esentato presenta tutti i presupposti per la revoca dell'esenzione [88]. Ma, d'altra parte, questa revoca può essere giustificata non solo dall'abuso ai sensi dell'art. 86, ma anche da restrizioni della concorrenza di minore gravità. Il fatto che le disposizioni relative alla revoca siano applicabili a diversi casi « di minore importanza » non consente pertanto di affermare che una violazione dell'art. 86 non può avere conseguenze giuridiche di più vasta portata. L'impresa non può pertanto legittimamente ritenere che la strada dell'art. 86 resti « sbarrata » [89].

88. Terzo argomento: la ricorrente sostiene che, considerata la mancanza di chiarezza nella delimitazione del mercato considerato e nella definizione di posizione dominante, nessuna impresa potrebbe essere sicura del carattere abusivo o no del suo comportamento al momento della conclusione di un accordo rientrante in una categoria che ha beneficiato di un'esenzione. Le imprese dominanti, però, sono sempre di fronte a questi problemi di delimitazione, a prescindere dall'esistenza di un'esenzione per categoria; pertanto, il Trattato le obbliga a orientare il loro comportamento in funzione dell'art. 86. In questo contesto si deve ricordare la particolare responsabilità che incombe alle imprese dominanti di tener conto delle esigenze della concorrenza, così come è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia nella sentenza Michelin [90]. Questa situazione particolare dell'impresa dominante, che restringe il suo margine di azione rispetto alle imprese meno potenti, non è assolutamente modificata da un'esenzione per categoria.

89. Parimenti il concetto di abuso è sufficientemente definito per poter servire da guida alle imprese dominanti quando esse si impegnano nella conclusione di accordi che beneficiano di un'esenzione per categoria. È vero che talvolta la situazione potrebbe presentarsi altrimenti, se l'unico criterio di accertamento dell'abuso fosse costituito dagli effetti nocivi di un dato comportamento sulla concorrenza [91].

Se tuttavia si inserisce tra gli elementi caratterizzanti dell'abuso il fatto che il comportamento rimproverato all'impresa dominante costituisce un mezzo sproporzionato per il perseguimento dei suoi legittimi interessi economici, secondo l'orientamento seguito dalla giurisprudenza della Corte che ho appena esaminato e dalla prassi decisionale della Commissione [92], allora le imprese dominanti hanno a disposizione un criterio che deve loro consentire di distinguere gli accordi abusivi da quelli ai quali possono prendere parte senza violare le norme di concorrenza.

88 — V., ad esempio, l'art. 7 del regolamento n. 19/65.

89 — In un altro senso, v. Wiedemann, già citato, punto 373, pag. 123.

90 — Sentenza 9 novembre 1983, già citata, punto 57 della motivazione (causa 322/81, Racc. pag. 3511).

91 — Vogel, già citato, pag. 143; v. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Roemer nella causa 6/72, già citata (Racc. pag. 1973, pag. 256).

92 — Per una dettagliata analisi v. Gyselen « Abuse of monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent developments » in corso di pubblicazione in *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, pag. 27 e segg. del manoscritto.

90. In questo contesto, la ricorrente non poteva ragionevolmente dare per certo che l'art. 86 non si applicasse all'acquisizione dell'accordo di licenza di brevetto che era stato esentato.

A questo riguardo va rilevato che la ricorrente non ha confutato nel caso di specie le constatazioni della Commissione relative alla delimitazione del mercato considerato e alla sua posizione dominante e che non afferma di avere ignorato i fatti essenziali sui quali si basa la Commissione. Pertanto, essa doveva prevedere che tutto il suo comportamento commerciale poteva essere esaminato alla luce dell'art. 86.

91. La ricorrente doveva altresì tener conto dell'eventualità che l'acquisizione della licenza di brevetto esclusiva fosse considerata come un abuso di posizione dominante. Gli effetti restrittivi della concorrenza direttamente provocati da questo fatto non potevano sfuggirle. Questi effetti derivavano, senza che il tenore del contratto fosse modificato, dalla circostanza che la ricorrente ne diveniva parte nella sua qualità di impresa dominante. In questa situazione, il ventisettesimo « considerando » del regolamento di esenzione avrebbe dovuto indurla a verificare se le condizioni che giustificano un'esenzione fossero veramente soddisfatte.

Infine, era chiaro che l'acquisizione della licenza esclusiva non era necessaria a preservare i legittimi interessi della ricorrente. Se quest'ultima intendeva unicamente sfruttare il procedimento di sterilizzazione sviluppato dalla BTG nella fabbricazione dei suoi impianti, una licenza semplice era palesemente del tutto sufficiente.

b) Certezza del diritto accresciuta grazie alla possibilità di ottenere un'attestazione negativa

92. Anche se l'applicazione dell'art. 86 è sufficientemente prevedibile, il testo necessariamente generico di questa disposizione non consente di evitare casi dubbi. Su questo sfondo occorre pertanto valutare l'argomento della Commissione secondo il quale le imprese dominanti possono ottenere i necessari chiarimenti giuridici chiedendo un'attestazione negativa [93].

93. La ricorrente obietta a questa osservazione che il dispendio di attività, che ciò presuppone, farebbe perdere ogni interesse all'esenzione per categoria. la procedura di rilascio di un'attestazione negativa dura troppo a lungo e non conduce alla necessaria certezza giuridica; l'attestazione negativa non vincola i giudici nazionali e non protegge gli interessati dall'imposizione di un'ammenda. Applicando l'art. 86 ad un comportamento esentato, la Commissione mina il sistema dell'esenzione per categoria, la cui finalità è quella di rendere superfluo l'esame specifico di ciascuna situazione particolare.

94. Debbo riconoscere che, come affermato dalla ricorrente, la procedura per il rilascio di un'attestazione negativa si trova in una certa misura in contraddizione con la semplificazione amministrativa voluta dal sistema dell'esenzione per categoria. Tuttavia, come sopra considerato, questo sistema non ha lo scopo di preservare gli accordi da ogni applicazione dell'art. 86, per assicurare su questo punto la certezza del diritto agli interessati. Parimenti, il rilascio di attestazioni negative non è assolutamente escluso da questo sistema, come dimostra in particolare il fatto che il ventisettesimo « conside-

93 — Nello stesso senso v. sentenza 13 febbraio 1979, già citata, punto 130 della motivazione (causa 85/76, Racc. pag. 554).

rando » del regolamento relativo alle licenze di brevetto riserva espressamente questa possibilità alle imprese interessate.

95. L'obiezione relativa alla durata della procedura è più solida. Il fatto di non sapere, per un periodo alquanto lungo, se la Commissione considera l'accordo concluso dalle parti come abusivo o no, può senza alcun dubbio costituire per esse una pesante situazione. Ciò non toglie che qualsiasi richiedente deve accettare di andare incontro ad una fase di incertezza giuridica piuttosto lunga durante la procedura di rilascio di un'attestazione negativa. Questo vale pure per le imprese dominanti.

96. Le parti ritengono che una siffatta domanda di attestazione negativa non avrebbe protetto la ricorrente dall'imposizione di un'ammenda. Tale questione è molto discussa in dottrina. Si deve tuttavia ricordare che la Commissione ha — a mio avviso giustamente — rinunciato ad imporre un'ammenda nel caso di specie. Le imprese possono pertanto a ragione dare per scontato che, in casi simili alla presente fattispecie, la Commissione farà un uso prudente del suo diritto di imporre ammende, restando per inteso che la decisione che voi prenderete nelle presenti circostanze dovrebbe consentire di accantonare talune incertezze in merito alla situazione giuridica. Del resto le ammende in questo settore sono soggette al pieno controllo di questo Tribunale.

L'ultima obiezione sollevata dalla ricorrente in questo contesto, cioè che un'attestazine negativa non garantisce la certezza del diritto poiché non vincola i giudici nazionali, sarà esaminata unitamente al terzo argomento da lei dedotto.

2) *Lesione dei rapporti giuridici costituiti in buona fede sull'esenzione*

97. Nelle osservazioni che precedono mi sono già ampiamente pronunciato sulla questione se, nelle circostanze del caso in esame, sia stato leso, in violazione di un principio generale di diritto comunitario, un rapporto giuridico basato, in buona fede, sull'esenzione. Mi limiterò pertanto a due rilievi complementari: l'accordo di licenza iniziale tra il National Research and Development Council e l'impresa Novus, di cui la ricorrente è diventata parte, è stato concluso nel 1981, quindi ben prima dell'entrata in vigore del regolamento n. 2349/84. L'accordo ha pertanto cominciato a beneficiare dell'esenzione in epoca successiva alla sua conclusione e senza che le parti si siano attivate in tal senso; non si può pertanto affermare che il rapporto giuridico considerato sia stato posto in essere in base alla convinzione, maturata in buona fede, che esso avrebbe beneficiato dell'esenzione.

98. Tuttavia, quando la ricorrente ha negoziato con la BTG e ha acquistato la licenza nel 1986, il regolametno di esenzione per categoria era certo in vigore, ma soltanto accanto all'art. 86. L'abuso dedotto dalla Commissione riguarda soltanto un elemento dei rapporti giuridici tra la ricorrente e il concedente la licenza, cioè il carattere esclusivo della licenza concessa. Sotto questo aspetto, la ricorrente avrebbe dovuto notare che l'art. 86 poteva avere applicazione e la tesi della sua buona fede deve pertanto essere disattesa.

99. Certamente, i partners contrattuali di un'impresa non hanno alcun bisogno di sapere che essa occupa una posizione dominante e, pertanto, di essere a conoscenza della possibile applicazione dell'art. 86. Sotto questo aspetto, la ricorrente ha solle-

vato un problema di notevole importanza, che però non può condurre al risultato che l'art. 86 diventi in parte inapplicabile (quando il partner contrattuale sia in buona fede). L'art. 86 fa riferimento soltanto al comportamento dell'impresa dominante. La soluzione di questa ipotesi deve di conseguenza essere riservata al diritto nazionale applicabile al caso di specie, poiché l'art. 86 non regola le conseguenze che una violazione delle sue disposizioni può comportare in diritto privato.

III — *Rischi per l'uniforme applicazione del diritto comunitario*

100. Con il terzo argomento, la ricorrente deduce che verrebbe messa a repentaglio l'uniforme applicazione del diritto comunitario qualora l'art. 86 potesse essere applicato nonostante l'esistenza di un'esenzione per categoria. Siccome l'art. 86 è direttamente applicabile, i giudici nazionali potrebbero vietare il comportamento esentato all'impresa dominante e aggirare in questo modo la decisione con la quale la Commissione autorizza detto comportamento e che trova la sua espressione nel regolamento di esenzione per categoria. La ricorrente sostiene che questa situazione è inammissibile e fa all'uopo riferimento alla sentenza pronunciata dalla Corte nella causa Walt Wilhelm.

101. In questa sentenza la Corte di giustizia ha riconosciuto che un procedimento di diritto comunitario della concorrenza pendente dinanzi alla Commissione non impedisce alle autorità nazionali di esaminare contemporaneamente gli stessi fatti con riferimento alla loro normativa nazionale sulle intese. Tuttavia la Corte ha formulato la riserva che « tale applicazione parallela della disciplina nazionale è ammissibile solo in quanto non pregiudichi l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie sulle intese e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse » [94]. La Corte di giustizia ha così sancito il primato, in caso di conflitto, del diritto comunitario della concorrenza sulle corrispondenti normative degli Stati membri. Tuttavia, questa sentenza si riferisce soltanto ai rapporti tra l'applicazione del diritto nazionale della concorrenza da parte delle autorità nazionali, da un lato, e l'applicazione del diritto comunitario da parte della Commissione, dall'altro. Nulla dice a proposito dell'applicazione del diritto comunitario da parte delle autorità e dei giudici nazionali, cui si riferisce l'argomento dedotto dalla ricorrente. La Corte di giustizia non si è trovata nella situazione di doversi pronunciare in merito a questo argomento neppure nella successiva sentenza 10 luglio 1980, nelle cause riunite 253/78 e 1/79-3/79, vertenti sull'applicazione del diritto francese della concorrenza a seguito dell'adozione da parte della Commissione di una decisione di archiviazione del procedimento [95].

102. La competenza delle autorità nazionali ad applicare il diritto comunitario della concorrenza è invece, in parte, regolata dall'art. 9 del regolamento n. 17.

A norma di detta disposizione, la decisione costitutiva di diritti con la quale viene dichiarata l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, è di competenza esclusiva della Commissione. Esiste anche una competenza concorrente delle autorità nazionali ad applicare l'art. 85, n. 1, e l'art. 86 fintantoché la Commissione non abbia avviato alcun procedimento a norma degli artt. 2, 3 o 6 del regolamento n. 17 [96]. Ma dal momento in cui la Commissione si attiva, questa acquista anche a tale riguardo competenza esclusiva. Ciò vale tuttavia solo per le autorità nazionali competenti in materia di intese e per i giudici nazionali che hanno il compito di

94 — Sentenza 13 febbraio 1969, punto 9 della motivazione (causa 14/68, Racc. pag. 1, in particolare pag. 14 e segg.).

95 — Sentenza 10 luglio 1980, Giry e Guerlain, punto 15 e segg. della motivazione (cause riunite 253/78 e 1/79-3/79, Racc. pag. 2327, in particolare pag. 2374 e segg.).

96 — Art. 9, n. 3.

applicare il diritto delle intese o di esercitare un controllo sulle autorità competenti in materia. Gli altri giudici e le altre autorità nazionali, invece, restano competenti per applicare l'art. 85, n. 1, e l'art. 86, per esempio, nelle controversie di diritto privato, anche se la Commissione ha già intrapreso un procedimento. I divieti sanciti nell'art. 85, n. 1, e nell'art. 86 hanno infatti efficacia diretta nelle relazioni tra soggetti privati e producono, a favore di questi ultimi, diritti e obblighi che i giudici nazionali debbono tutelare. La salvaguardia di questi diritti, che i privati ricavano dal Trattato stesso, non può essere messa in discussione dalla normativa derivata [97]. Tuttavia, per tener conto della necessità di un'applicazione del diritto comunitario della concorrenza scevra da contraddizioni, il giudice nazionale può sospendere il procedimento fino a che la Commissione non abbia adottato una decisione [98].

103. I giudici nazionali restano tenuti a salvaguardare i diritti dei soggetti privati, anche dopo che la Commissione ha terminato la procedura. La Corte di giustizia ha deciso in tal senso in una serie di cause relative a decisioni di archiviazione notificate con lettera amministrativa. Se la Commissione invia una siffatta lettera ad un'impresa per informarla che non vede alcun motivo di intervenire nei confronti di un determinato accordo, questa opinione non vincola assolutamente i giudici nazionali; costoro possono opporsi al punto di vista della Commissione e dichiarare che l'accordo è in contrasto con l'art. 85 e, di conseguenza, nullo [99]. I giudici nazionali non sono neppure vincolati da un'attestazione negativa rilasciata dalla Commissione [100]. È vero che certuni avanzano a questo riguardo dei dubbi, ma questa conclusione si impone per il fatto che, anche in questo caso, i giudici nazionali debbono salvaguardare i diritti riconosciuti dal Trattato CEE ai privati.

Pertanto, né le lettere amministrative, né le attestazioni negative impediscono ai giudici nazionali di valutare un comportamento con riferimento alle medesime norme applicate dalla Commissione e di pervenire ciononostante ad una diversa conclusione. L'opinione che la Commissione formula nella sua lettera è solo un elemento di fatto che i giudici nazionali sono liberi di valutare ai fini della loro decisione [101].

104. Del tutto diverso è invece ciò che avviene nei casi di esenzione. La decisione di esenzione adottata dalla Commissione ai sensi dell'art. 6, n. 1, del regolamento n. 17 rende l'art. 85, n. 1, inapplicabile all'accordo esentato. Tutti i giudici e le autorità nazionali sono vincolati da questa decisione e non è loro consentito eluderne l'efficacia erga omnes. Eventualmente, cessano di essere vincolati solo se la Commissione revoca la sua decisione ai sensi dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 17.

In quanto norma giuridica, un regolamento di esenzione per categoria vincola anche i giudici e le autorità nazionali. Costoro serbano tuttavia la possibilità di interpretarlo in occasione della sua attuazione. Essi possono così rilevare che un accordo non rientra nel regolamento di esenzione per categoria e si

97 — Sentenza 30 gennaio 1974, già citata (causa 127/73, Racc. pag. 51, in particolare pag. 62 e segg. a proposito dell'art. 86); a proposito dell'art. 85, n. 1, v. la sentenza 10 luglio 1980, Marty/Lauder, punto 10 della motivazione (causa 37/79, Racc. pag. 2481, in particolare pag. 2500).

98 — Sentenza 6 febbraio 1973, Haecht II, punto 10 e segg. della motivazione (causa 48/72, Racc. pag. 77, in particolare pag. 86); sentenza 10 luglio 1980, già citata, punto 10 della motivazione (causa 37/79, Racc. pag. 2500).

99 — V. sentenza 10 luglio 1980, già citata, punto 10 della motivazione (causa 37/79, Racc. pag. 2499).

100 — Conclusioni dell'avvocato generale Reischl nella causa 37/79, già citata (Racc. pag. 2507).

101 — Sentenza 10 luglio 1980, già citata (causa 37/79, Racc. pag. 2499).

trova pertanto soggetto al divieto contemplato dall'art. 85, n. 1. Il rischio di pervenire a valutazioni contraddittorie può essere evitato facendo ricorso al procedimento pregiudiziale ai sensi dell'art. 177, come indicato dalla giurisprudenza della Corte relativa al precedente regolamento n. 67/67/CEE [102].

105. Tuttavia, tutto quanto da me considerato vale solo per il divieto contenuto nell'art. 85, n. 1, e non già per l'art. 86. Le mie considerazioni sulla competenza della Commissione ad adottare la decisione impugnata ai sensi dell'art. 86 hanno pieno valore per quanto riguarda la corrispondente facoltà dei giudici e delle autorità nazionali di applicare l'art. 86. Un'esenzione per categoria non costituisce assolutamente un ostacolo al potere dei giudici e delle autorità nazionali di conoscere di un abuso di posizione dominante con riferimento all'art. 86. Di conseguenza, la Corte di giustizia nella sentenza 11 aprile 1989, pronunciata nella causa Ahmed Saeed, ha riconosciuto che, « a seconda dei casi », le autorità nazionali hanno competenza per applicare l'art. 86 [103].

106. Contrariamente al punto di vista della ricorrente, questa situazione non mette assolutamente a repentaglio l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Anzi: solo consentendo — oltre che alla Commissione — anche ai giudici e alle autorità nazionali di applicare l'art. 86 in circostanze come quelle di cui al caso di specie, verrà ad essere garantita l'uniforme applicazione nella Comunità di questa disposizione.

C — Conclusioni

107. Vi ho esposto le ragioni sulla cui base sono pervenuto alla convinzione che la decisione impugnata non è in contrasto con gli artt. 85 e 86. Vi propongo pertanto di decidere nel seguente modo:

« 1) Il ricorso è respinto.

2) La ricorrente è condannata alle spese ».

102 — V., ad esempio, sentenza 25 novembre 1971, Béguelin, punti 19-22 della motivazione (causa 22/71, Racc. pag. 949, in particolare pag. 961); sentenza 3 febbraio 1976, Fonderies Roubaix, punto 10 e segg. della motivazione (causa 63/75, Racc. pag. 111, in particolare pag. 118); e, per ultimo, v. sentenza 28 gennaio 1986, Pronuptia, punto 33 della motivazione (causa 161/84, Racc. pag. 353, in particolare pag. 387).

103 — Sentenza 11 aprile 1989, già citata, punto 32 della motivazione (causa 66/86).