CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO

presentate l'11 luglio 1995 *

1. Con la presente impugnazione, le società di diritto olandese Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV e Regionaal Energiebedrijf Salland NV (in prosieguo: le «ricorrenti») chiedono alla Corte di annullare la sentenza pronunciata dal Tribunale di primo grado il 18 novembre 1992 nella causa T-16/91 (in prosieguo: la «sentenza») [1]. Con tale sentenza il Tribunale ha in parte dichiarato irricevibile ed in parte respinto il ricorso di annullamento della decisione della Commissione 91/50/CEE del 16 gennaio 1991 (in prosieguo: la «decisione») [2].

L'odierno gravame si inserisce nell'ambito di una lunga e complessa vicenda contrattuale e giudiziaria che, iniziata da oltre sei anni, vede coinvolte numerose parti ed ha per oggetto la compatibilità con le norme del Trattato in materia di concorrenza delle restrizioni all'importazione e all'esportazione di energia elettrica vigenti nei Paesi Bassi.

I fatti ed il contesto normativo nazionale

2. In Olanda la distribuzione di elettricità è organizzata su tre livelli: i quattro produttori riforniscono i distributori regionali; questi a loro volta riforniscono i distributori locali; questi, infine, vendono l'energia elettrica ai consumatori finali.

I produttori hanno fondato, il 3 giugno 1949, un'associazione di imprese denominata NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (in prosieguo: la «SEP») [3], cui hanno demandato la gestione della rete ad alta tensione e la gestione dei rapporti per l'importazione e l'esportazione di elettricità con le società estere del settore.

3. Il 22 maggio 1986 la SEP ha stipulato con i suoi azionisti un accordo (l'«Overeenkomst

* Lingua originale: l'italiano.

1 — Rendo e a./Commissione (Racc. pag. II-2417).

2 — Decisione della Commissione, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del Trattato CEE (IV/32.732 — IJsselcentrale e altri; GU L 28, pag. 32).

3 — Interveniente a sostegno della Commissione nel presente procedimento.

van Samenwerking», in prosieguo: l'accordo «OVS»), non notificato alla Commissione. Ai sensi dell'art. 21 di tale accordo, la SEP si è riservata il diritto esclusivo di importare ed esportare elettricità; ed i suoi azionisti si sono impegnati ad imporre ai loro contraenti, cioè i distributori regionali e locali, il divieto espresso di importazione e di esportazione di elettricità [4].

Le ricorrenti sono società di distribuzione di elettricità a livello locale, che si approvvigionano presso la società di distribuzione regionale IJsselcentrale (trasformatasi nel 1988 in IJsselmij, in prosieguo: «IJC»). A partire dal 1985, quest'ultima aveva imposto alle ricorrenti, oltre ad una clausola di acquisto esclusivo che rinforzava il divieto di importazione di cui all'accordo OVS, anche un sovrapprezzo (o «supplemento di perequazione»), destinato a coprire i maggiori costi sopportati dalla IJC stessa per l'erogazione di elettricità nelle zone rurali, che i distributori locali e gli altri distributori regionali non assicuravano.

4. Nel 1988, a seguito di una controversia sulla legittimità di tale sovrapprezzo, le ricorrenti hanno inviato alla Commissione una denuncia ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17 del Consiglio [5] (in prosieguo: il «regolamento n. 17»), avente per oggetto la compatibilità con la disciplina comunitaria della concorrenza delle seguenti restrizioni: a) il divieto espresso di importazione contenuto sia nell'accordo OVS che in un precedente accordo generale SEP del 1971 [6]; b) l'obbligo di approvvigionamento esclusivo, che comporta anche un divieto di importazione; c) il potere della IJC di fissare unilateralmente i prezzi ed imporre il sovrapprezzo.

5. La normativa olandese in vigore fino all'8 dicembre 1989 [7], quindi valida al momento della conclusione dell'accordo OVS, permetteva a tutti coloro che avessero ottenuto una previa autorizzazione di importare elettricità. A partire dal 1° luglio 1990, invece, l'art. 34 della nuova legge sull'elettricità («Elektriciteitswet» del 1989, in prosieguo: «ETW») ha riservato alla SEP, in quanto «società designata» con decreto ministeriale ai sensi dell'art. 8 della ETW, il diritto esclusivo di importare energia elettrica destinata all'approvvigionamento pubblico [8]. La stessa legge, peraltro, ha liberalizzato l'importazione destinata al consumo privato, mentre nulla stabilisce con riferimento alle esportazioni.

4 — Da siffatto divieto sono esentate, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 21 dell'accordo OVS, le forniture con una potenza massima di 5 000 kW alla tensione di 15 kV.

5 — Regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE (GU n. 13, pag. 204).

6 — L'accordo generale SEP del 1971, che è stato interamente sostituito dall'accordo OVS, prevedeva clausole dal contenuto simile.

7 — Data di entrata in vigore della maggior parte delle disposizioni della nuova legge sull'elettricità, di cui vedi subito *infra*, nel testo.

8 — Fatta eccezione per l'elettricità con tensione inferiore a 500 volt.

La decisione della Commissione

6. Il 16 gennaio 1991 la Commissione ha adottato la decisione controversa, nella quale, precisando di riferirsi alle sole restrizioni alle importazioni ed esportazioni di energia elettrica risultanti dall'accordo, con l'esclusione di ogni valutazione sul sovrapprezzo (considerato privo di incidenza sul commercio tra Stati), ha dichiarato che:

— l'art. 21 dell'accordo OVS è restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato e continua ad esserlo nonostante il regime introdotto dalla ETW [9];

— nel settore dell'utenza *privata*, mentre l'applicazione delle regole di concorrenza non impedirebbe alla SEP di svolgere correttamente il servizio di interesse generale di cui è incaricata, le restrizioni controverse compromettono gli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità; di conseguenza fanno difetto le condizioni per l'applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato [10];

— relativamente all'approvvigionamento *pubblico*, atteso che il divieto di importazioni è ora sancito dall'art. 34 della ETW, la valutazione della legittimità di tale divieto presuppone un esame preventivo di compatibilità della legge nazionale con il diritto comunitario, da effettuarsi nell'ambito di un procedimento adeguato [11].

7. Da un lato, dunque, la decisione afferma in termini chiari, sancendola nel dispositivo, l'incompatibilità con il Trattato dell'art. 21 dell'accordo OVS, in quanto ostacolo alle importazioni e alle esportazioni nel settore dell'utenza *privata*. Dall'altro, essa rinvia, di fatto, all'espletamento di una procedura di infrazione la verifica delle restrizioni introdotte *successivamente* all'adozione della ETW nel settore dell'offerta *pubblica*, mentre non contiene alcun riferimento alle asserite restrizioni relative al periodo *precedente*.

8. Con una lettera del 20 novembre 1991, la Commissione ha informato le ricorrenti di voler dare inizio ad una procedura di infrazione relativa ai fatti denunciati; essa ha inoltre colto l'occasione per precisare la portata della decisione adottata, confermando l'irrilevanza comunitaria del sovrapprezzo e

9 — Punti 21-38 della decisione.

10 — Punti 39-48 della decisione.

11 — Punto 50 della decisione.

definendo la decisione stessa come un rigetto parziale della denuncia per quanto atteneva alle restrizioni all'importazione di elettricità nel settore dell'offerta pubblica nel periodo *precedente* l'entrata in vigore della ETW [12].

Il 13 giugno 1994, la Commissione ha depositato un ricorso ai sensi dell'art. 169 del Trattato, con cui ha chiesto alla Corte di dichiarare che, accordando un diritto esclusivo di importazione di elettricità nel settore dell'offerta pubblica, il Regno dei Paesi Bassi ha violato gli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 30 e 37 del Trattato. Il procedimento è tuttora pendente [13].

La sentenza del Tribunale

9. Con ricorso depositato il 14 marzo 1991, le ricorrenti hanno chiesto al Tribunale, tra l'altro, di annullare la decisione nella parte in cui la Commissione non si è pronunciata sull'applicazione dell'art. 21 dell'accordo OVS alle importazioni e alle esportazioni effettuate dalle imprese di distribuzione di elettricità, nel settore dell'offerta *pubblica*.

10. Con la sentenza oggetto della presente impugnazione, il Tribunale ha dichiarato il ricorso parzialmente irricevibile e lo ha respinto per il resto.

Più precisamente il Tribunale, constatando che la Commissione non si è pronunciata affatto sul divieto di importazioni relativo al settore dell'offerta *pubblica* nel periodo *precedente* l'entrata in vigore della ETW, ha ritenuto che facesse difetto sul punto un atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 e, pertanto, ha dichiarato irricevibile il ricorso per la parte relativa a questo aspetto [14].

Relativamente alla parte della decisione nella quale la Commissione ha affermato di non voler prendere posizione sul periodo *successivo* all'entrata in vigore della ETW, il Tribunale ne ha constatato l'idoneità a produrre effetti giuridici e ad incidere sui diritti di difesa delle ricorrenti. Ne è conseguita la dichiarazione di ricevibilità del ricorso sul punto [15].

11. Nel merito, il Tribunale ha ritenuto che il ricorso fosse sostanzialmente basato su tre distinte doglianze: a) la violazione del diritto comunitario della concorrenza e di alcuni

12 — Le ricorrenti hanno impugnato anche questa lettera davanti al Tribunale. Con ordinanza 29 marzo 1993 (Rendo e a./Commissione, causa T-2/92, non pubblicata in Raccolta) il ricorso è stato dichiarato irricevibile perché diretto contro un atto privo di contenuto decisorio e dunque insuscettibile di produrre effetti giuridici.

13 — Causa C-157/94, Commissione/Paesi Bassi.

14 — Punti 58-62.

15 — Punti 44-57.

principi giuridici generali; b) la violazione dell'obbligo di motivazione; c) l'inosservanza delle forme sostanziali, in particolare l'obbligo della Commissione di concedere al denunciante un termine per proporre osservazioni scritte in caso di rigetto della denuncia [16].

Relativamente al primo mezzo, in particolare sulla mancata pronuncia della Commissione circa l'ammissibilità delle restrizioni all'importazione ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato, il Tribunale ha innanzitutto ricordato che la Commissione non è *tenuta* ad adottare una decisione che obblighi le imprese a porre fine alle infrazioni accertate, bensì ha la *facoltà* di farlo; del pari l'art. 3, n. 2, del regolamento n. 17 non attribuisce al denunciante il diritto di ottenere una decisione che constati la sussistenza dell'asserita infrazione [17].

12. Secondo il Tribunale, un obbligo al riguardo potrebbe configurarsi solo se l'oggetto della denuncia rientrasse nelle competenze esclusive della Commissione. Viceversa, in base alla giurisprudenza più recente della Corte [18], spetta anche al giudice nazionale valutare se comportamenti anticoncorrenziali di un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale possano essere giustificati ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato.

13. Ricordando poi il potere discrezionale di cui gode la Commissione nei procedimenti relativi alle denunce presentate dai singoli ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17, il Tribunale ha quindi valutato se la Commissione abbia esercitato tale potere senza commettere un errore di diritto o di fatto o un manifesto errore di valutazione.

Al riguardo, il Tribunale ha osservato che i divieti all'importazione stabiliti dall'art. 21 dell'accordo OVS e dall'art. 34 della ETW sono, pur con qualche differenza di scarso rilievo, suscettibili di produrre gli stessi effetti. Ne consegue, secondo il primo giudice, che giustamente la Commissione ha ritenuto che l'esame della compatibilità della legge nazionale con il diritto comunitario dovesse precedere quello dell'accordo OVS. Difatti, da un lato la Commissione non è

16 — Art. 6 del regolamento (CEE) della Commissione 25 luglio 1963, n. 99, relativo alle audizioni previste all'articolo 19, paragrafi 1 e 2, del regolamento 17 del Consiglio (GU n. 127, pag. 2268).

17 — Punto 98, dove viene richiamata la sentenza della Corte 18 ottobre 1979, causa 125/78, GEMA (Racc. pag. 3173).

18 — V. sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT (Racc. pag. I-2925), e sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, Ahmed Saeed (Racc. pag. 803), richiamate dal Tribunale.

legittimata ad imporre alle imprese comportamenti in contrasto con una legge nazionale, senza emettere su quest'ultima un giudizio di compatibilità con il diritto comunitario; dall'altro, per tale giudizio, la Commissione può attivare un procedimento più adeguato, quello previsto dall'art. 169 del Trattato [19].

14. Tale conclusione, secondo il Tribunale, non pregiudica la tutela giurisdizionale degli autori di una denuncia ai sensi del regolamento n. 17. Difatti, la denuncia, che non è stata rigettata ma è tuttora pendente dinanzi alla Commissione, potrà essere riattivata dalle ricorrenti nel caso in cui il procedimento di cui all'art. 169 porti a risultati che queste considerino insufficienti.

Pur riconoscendo che in tale ipotesi l'esercizio dei diritti di difesa delle ricorrenti subirebbe un ritardo notevole, il Tribunale ha ritenuto che tale conseguenza fosse comunque inevitabile nel caso di specie, atteso che, per i motivi sopra esposti, il procedimento ai sensi dell'art. 169 del Trattato doveva precedere quello ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17 [20].

15. Nell'affermare che la Commissione, mancando di pronunciarsi sull'ammissibilità delle restrizioni in questione con riferimento all'art. 90, n. 2, del Trattato, non aveva commesso alcun errore di diritto o di fatto o un manifesto errore di valutazione (e ritenendo infondati anche il secondo ed il terzo mezzo dedotti dalle ricorrenti, che non sono oggetto di gravame), il Tribunale ha pertanto concluso respingendo il ricorso nella parte in cui lo aveva dichiarato ricevibile.

La sentenza Comune di Almelo

16. Nell'ambito della stessa vicenda, in particolare in sede di appello interposto dalle ricorrenti avverso un lodo arbitrale che disattendeva pretese analoghe a quelle qui rilevanti, il giudice olandese ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con gli artt. 37, 85, 86 e 90 del Trattato CEE di un divieto di importazione di energia elettrica *per l'approvvigionamento pubblico* disposto nelle condizioni generali di contratto di un'azienda regionale di distribuzione di energia elettrica negli anni dal 1985 al 1988, eventualmente in combinazione con un divieto di importazione contenuto in un accordo tra i produttori nazionali.

Com'è noto, nella sentenza 27 aprile 1994 [21], la Corte ha dichiarato: a) contraria all'art. 85 del Trattato la clausola che vieta al distributore locale di importare energia elettrica

19 — Punti 102-107.

20 — Punto 111.

21 — Causa C-393/92, Comune di Almelo (Racc. pag. I-1477).

destinata alla distribuzione pubblica; b) contraria all'art. 86 del Trattato la clausola di approvvigionamento esclusivo accompagnata da un divieto di importazione imposto da un'impresa di distribuzione regionale appartenente ad un gruppo di imprese in posizione dominante collettiva; c) competente il giudice nazionale a verificare la sussistenza dei presupposti richiesti per l'applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato.

L'impugnazione della sentenza

17. Con atto depositato il 21 gennaio 1993, le ricorrenti hanno impugnato la sentenza davanti alla Corte, chiedendo a quest'ultima: a) di annullare la sentenza; b) di annullare parzialmente la decisione conformemente al ricorso originario davanti al Tribunale o, in subordine, di rinviare la causa davanti al Tribunale affinché questo statuisca sulla questione se la decisione debba essere parzialmente annullata; c) di condannare la Commissione e/o l'interveniente alle spese relative al procedimento davanti al Tribunale e la Commissione alle spese relative alla procedura davanti alla Corte [22].

22 — La procedura è rimasta sospesa, su richiesta delle ricorrenti, in attesa della pronuncia della sentenza Comune di Almelo, citata, ed è stata riattivata, sempre su iniziativa delle ricorrenti, solo nel gennaio 1995.

Sull'interesse ad agire delle ricorrenti

18. Pur senza proporre un'eccezione formale, la Commissione ha manifestato qualche dubbio sulla sussistenza dell'interesse ad agire delle ricorrenti. In sostanza, secondo la Commissione, la sentenza Comune di Almelo avrebbe dato completa soddisfazione alle pretese delle ricorrenti, sancendo l'incompatibilità con il Trattato delle restrizioni controverse anche nel settore dell'offerta *pubblica*, sul quale la decisione aveva omesso di pronunciarsi.

In ogni caso, e per altro verso, la Commissione rileva che le restrizioni in questione non hanno finora arrecato alcun danno alle ricorrenti, né sarebbero suscettibili di arrecarne in futuro, in quanto queste non hanno mai operato nel settore delle importazioni di elettricità, né avrebbero convenienza a farlo dato il livello più basso delle tariffe olandesi rispetto a quelle praticate nei paesi limitrofi.

19. Va subito osservato che, anche in difetto di un'eccezione espressa, la Corte ben potrebbe rilevare d'ufficio una eventuale carenza di interesse ad agire e dichiarare il ricorso irricevibile [23].

23 — V., in proposito, ordinanza 24 settembre 1987, causa 134/87, Vlachou (Racc. pag. 3633).

Tuttavia, per negare l'interesse della parte ad impugnare una sentenza del Tribunale nella quale essa è risultata soccombente ai sensi dell'art. 49, secondo comma, dello Statuto della Corte, sarebbe necessario un fatto nuovo, produttivo di effetti giuridici tali da rendere priva di effetto utile la sentenza della Corte.

20. Non ritengo che alla sentenza Comune di Almelo possa essere attribuita una tale valenza. Difatti, da un lato, essa riguarda espressamente le sole restrizioni derivanti dall'accordo OVS, dunque relative ad un periodo ben determinato, e non quelle attualmente contenute nella ETW, che sono oggetto di una procedura di infrazione tuttora pendente.

Dall'altro, la sentenza in parola è stata resa nel contesto di un rinvio pregiudiziale d'interpretazione e, di conseguenza, il valore della pronuncia è limitato sul piano formale alla sola causa principale. Riconoscere ad una simile pronuncia la valenza dedotta dalla Commissione equivarrebbe ad attribuirle anche un'efficacia di cosa giudicata sostanziale che il Trattato non prevede.

Ne consegue che la sentenza Comune di Almelo, pur avendo portato ulteriori elementi di chiarezza nella vicenda, non può rappresentare un'alternativa equivalente alla decisione ex art. 3 del regolamento n. 17 sollecitata dalle ricorrenti, che si colloca nell'ambito di un procedimento diverso ed autonomo.

21. Quanto poi alla circostanza che le ricorrenti non avrebbero subìto danni dalle restrizioni in parola, in quanto non avrebbero mai operato nel settore delle importazioni, essa non mi sembra, a questo stadio del procedimento, suscettibile di privare le ricorrenti dell'interesse ad impugnare la sentenza.

Si tratta infatti di una circostanza preesistente ai fatti di causa, della cui rilevanza ai fini dell'interesse ad agire avrebbe dovuto eventualmente tenere conto il Tribunale. Pertanto, non può essere considerata dalla Corte un fatto nuovo suscettibile di ribaltare la presunzione di interesse ad agire di cui gode una parte processuale rispetto alla sentenza che l'ha vista soccombente.

Nel merito

22. Le ricorrenti allegano tre motivi di gravame, basati sulla violazione da parte del Tribunale del diritto comunitario, in particolare degli artt. 85, n. 1, 90, n. 2, e 190 del Trattato.

In primo luogo esse contestano la qualificazione giuridica attribuita dal Tribunale alla decisione nella parte in cui non contiene alcun riferimento alle restrizioni all'importazione di elettricità vigenti nel periodo *precedente* l'entrata in vigore della ETW nel settore dell'offerta pubblica. Avendo dichiarato irricevibile il ricorso sul punto a causa dell'inesistenza di un atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del Trattato, il Tribunale avrebbe commesso un errore di qualificazione della decisione.

A sostegno di questa tesi le ricorrenti invocano l'interpretazione della decisione fornita dalla stessa Commissione, che, come rilevato anche dal Tribunale, intendeva, astenendosi dal pronunciarsi, respingere implicitamente e parzialmente la denuncia sul punto.

23. A mio avviso, il mezzo è fondato.

In via preliminare rilevo che, come sostiene la Commissione nella presente procedura (ribaltando, peraltro, l'interpretazione della decisione da essa inizialmente proposta davanti al Tribunale), la qualificazione giuridica attribuita ad un atto dal suo autore non sfugge al doppio grado di controllo giurisdizionale del giudice comunitario.

Ritenendo che la decisione, nella parte in cui non si pronuncia su uno dei tre motivi della denuncia presentata dalle ricorrenti a norma del regolamento n. 17, non sia un atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del Trattato e dichiarando per questo motivo il ricorso delle ricorrenti irricevibile sul punto, il Tribunale ha disatteso il principio della tutela dei diritti del denunciante, così come interpretato dalla Corte e dallo stesso Tribunale.

24. Nella sentenza Automec II [24], ad esempio, il Tribunale, sviluppando i principi già contenuti nella precedente giurisprudenza della Corte, ha stabilito che la Commissione, adita ai sensi del regolamento n. 17, sebbene non sia tenuta ad adottare una decisione che constati l'esistenza di una infrazione alle regole di concorrenza, né a procedere all'istruzione della denuncia, è comunque tenuta ad esaminare attentamente gli argomenti di fatto e di diritto sollevati dall'autore della denuncia, per verificare l'esistenza di un comportamento anticoncorrenziale. In caso di archiviazione, poi, la Commissione è tenuta a fornirne la motivazione, onde consentire al Tribunale di verificare se essa non abbia commesso errori di fatto o di diritto, ovvero uno sviamento di potere.

Al fine di predisporre una tutela specifica dei diritti del denunciante, dunque, il Tribunale

24 — Sentenza 18 settembre 1992, causa T-24/90 (Racc. pag. II-2223).

si è riservato il diritto di esercitare il suo controllo giurisdizionale sulla motivazione che sta alla base di una archiviazione decisa dalla Commissione, per verificare se essa soddisfi i requisiti di cui all'art. 190 del Trattato. A maggior ragione ciò deve valere in caso di mancanza assoluta di motivazione.

25. È ben vero che, qualora la Commissione manchi di pronunciarsi sulla denuncia nel suo insieme, al denunciante è offerto il rimedio del ricorso in carenza. Quest'ultimo, tuttavia, ha lo scopo di obbligare la Commissione ad adottare una posizione definitiva, ponendosi in una prospettiva del tutto estranea al contesto che ci occupa.

Nel nostro caso, infatti, esiste un atto, il cui contenuto decisorio e il cui carattere definitivo sono fuori discussione, come dimostrato dalla ricevibilità riconosciuta dal Tribunale relativamente ad altre parti del ricorso di annullamento proposto dalle ricorrenti. Molto semplicemente, pertanto, si tratta di un atto che non si pronuncia su uno dei tre punti sui quali le ricorrenti avevano fondato la loro denuncia.

26. Né ritengo, come sembra ora sostenere la Commissione, che con il suo silenzio essa abbia inteso riservare la sua pronuncia sul punto, ovvero rinviarla ad un ulteriore e diverso procedimento, così come ha fatto per le restrizioni relative al periodo *successivo* all'entrata in vigore della ETW, che si è riservata di valutare nell'ambito di una procedura di infrazione. Difatti, un simile rinvio non sarebbe stato giustificato.

In difetto di ogni altra indicazione, pertanto, la mancata pronuncia su un punto della denuncia va interpretata come un rigetto *parziale* ed *implicito* di questa.

27. Il rimedio a disposizione del denunciante in un simile caso è l'impugnazione dell'atto, nel contesto di un controllo di legittimità ex art. 173.

Escludo, invece, la soluzione di un ricorso in carenza da introdurre con riferimento al solo aspetto sul quale la Commissione non si è pronunciata. Da un lato, infatti, come accennato, il ricorso in carenza è finalizzato a sollecitare una decisione della Commissione, mentre quest'ultima, nel caso che ci occupa, ha già preso posizione in maniera definitiva sul punto.

28. Dall'altro, una simile soluzione avrebbe, in casi come quello di specie, la conseguenza

di obbligare le ricorrenti ad introdurre due ricorsi distinti, uno di annullamento, l'altro in carenza, aventi in definitiva lo stesso oggetto: la contestazione del mancato accoglimento, da parte della Commissione, di una denuncia ai sensi del regolamento n. 17 nei termini in cui essa era formulata. Ciò non garantirebbe a sufficienza i diritti del denunciante e al tempo stesso sarebbe contrario alle esigenze di economia processuale.

Mi sembra dunque che, accettando la qualificazione giuridica data alla decisione della Commissione dal Tribunale e, di conseguenza, considerandola un «*non atto*» nella parte in cui essa non si pronuncia su un punto della denuncia, si priverebbero, almeno parzialmente, le ricorrenti dei diritti di cui al regolamento n. 17; o quanto meno si renderebbe l'esercizio di tali diritti estremamente difficoltoso.

29. I rilievi appena svolti, peraltro, trovano conforto nella recente giurisprudenza dello stesso Tribunale. Mi riferisco in particolare alla sentenza BEMIM [25], nella quale il Tribunale, pronunciandosi su una fattispecie analoga a quella che ci occupa, è giunto a conclusioni opposte a quelle cui è pervenuto nella sentenza qui contestata. Nella specie, la ricorrente aveva depositato una denuncia ai sensi del regolamento n. 17 articolata in tre punti, su uno dei quali, tuttavia, la Commissione aveva omesso di pronunciarsi.

30. Nell'ambito del ricorso di annullamento proposto dalla ricorrente e basato, tra l'altro, sull'assenza di motivazione, il Tribunale, senza manifestare alcun dubbio sulla ricevibilità del motivo, ha esaminato la decisione sotto tale profilo e constatato che effettivamente non rispondeva alle esigenze dell'art. 190 del Trattato. Di conseguenza, ha accolto il ricorso e annullato parzialmente l'atto.

Sul punto qui in discussione, dunque, la stessa giurisprudenza del Tribunale non è affatto univoca.

31. Sotto il profilo del merito, peraltro, il principio stabilito dal Tribunale nella sentenza BEMIM, e soprattutto le conseguenze che potrebbero derivare dalla sua applicazione, non appaiono del tutto convincenti.

V'è infatti il rischio, a mio avviso, che un'applicazione non rigorosa della sentenza BEMIM finisca col contraddire quanto affermato più volte dalla Corte e ribadito dallo stesso Tribunale, cioè che la Commissione, adita ai sensi del regolamento n. 17, «non è

25 — Sentenza 24 gennaio 1995, causa T-114/92 (Racc. pag. II-147).

obbligata a prendere posizione, nel motivare le decisioni che adotta per garantire il rispetto delle norme sulla concorrenza, su tutti gli argomenti che gli interessati fanno valere a sostegno della loro domanda, ma è sufficiente che essa esponga i fatti e le considerazioni giuridiche che hanno un ruolo essenziale nell'adozione della decisione» [26].

32. Ma v'è il rischio, inoltre, di tradire lo stesso spirito della giurisprudenza Automec, che, pur nell'intento di identificare in modo sistematico i diritti del denunciante ai sensi del regolamento n. 17, non ha messo in discussione il principio, stabilito dalla Corte ed ormai consolidato, in base al quale le prerogative del denunciante rimangono pur sempre di portata più ridotta rispetto a quelle dell'impresa oggetto del procedimento [27].

Al riguardo, ritengo che la Corte possa qui ribadire con chiarezza i ruoli rispettivi che sono chiamati a giocare la Commissione (ai sensi degli artt. 89 e 155 del Trattato) e i denuncianti (ai sensi dei regolamenti n. 17 e n. 99/63) rispetto alle regole di concorrenza: i denuncianti riferiscono i *fatti* e sono liberi di suggerirne delle interpretazioni giuridiche. La qualificazione giuridica di tali fatti rientra tuttavia nella competenza della Commissione e soggiace al controllo giurisdizionale del giudice comunitario in caso di contestazione.

33. In definitiva, tornando al caso che ci occupa, ritengo che la mancata pronuncia della Commissione su uno dei tre punti della denuncia vada considerata come un rigetto implicito e parziale, che le ricorrenti erano legittimate a sottoporre al sindacato del Tribunale. Il ricorso di annullamento contro siffatto rigetto, quindi, doveva essere dichiarato ricevibile; ne consegue che il primo mezzo d'impugnazione è fondato.

34. Peraltro, sussistono a mio avviso le condizioni perché la Corte, annullata la sentenza sul punto, contestualmente statuisca nel merito, senza rinviare la causa davanti al Tribunale.

Lo stato degli atti consente infatti alla Corte di decidere essa stessa nel merito della prima censura proposta dalle ricorrenti davanti al Tribunale e precisamente di dichiararne l'infondatezza.

26 — Sentenze della Corte 14 luglio 1972, causa 55/69, Casella (Racc. pag. 887), e causa 56/69, Hoechst (Racc. pag. 927); nonché sentenze del Tribunale 24 gennaio 1992, causa T-44/90, La Cinq (Racc. pag. II-1), e 29 giugno 1993, causa T-7/92, Asia Motor (Racc. pag. II-669). La stessa sentenza BEMIM ribadisce tale principio, a titolo di premessa.

27 — Sentenza 17 novembre 1987, BAT e Reynolds, cause riunite 142/84 e 156/84 (Racc. pag. 4487).

35. La censura concerneva comportamenti verificatisi prima dell'entrata in vigore della ETW, sui quali la Commissione aveva omesso di prendere posizione. L'asserito carattere anticoncorrenziale di siffatti comportamenti, però, al momento della decisione era privo di rilevanza, soprattutto nella misura in cui, come è pacifico, le ricorrenti non ne hanno subìto alcun danno risarcibile [28].

D'altra parte, la Commissione è libera di stabilire il grado di priorità da attribuire a ciascuna procedura, sulla base, tra l'altro, dell'interesse comunitario della procedura stessa [29]. Essa ha ritenuto nel caso di specie di concentrare la sua indagine e la decisione sugli effetti restrittivi che l'accordo OVS era suscettibile di causare all'epoca in cui era in vigore la ETW, respingendo la contestazione delle ricorrenti su quelli provocati da comportamenti pregressi e non più attuali. La doglianza relativa alla mancata pronuncia relativamente a tali comportamenti era dunque infondata.

36. In conclusione, ritengo che la Corte debba dichiarare fondato il primo mezzo d'impugnazione e quindi: annullare la sentenza del Tribunale nella parte in cui aveva dichiarato irricevibile la prima censura mossa dalle ricorrenti nei confronti della decisione; ma dichiarare al tempo stesso infondata l'originaria censura.

37. Veniamo ora, invero brevemente, agli altri due mezzi sollevati dalle ricorrenti.

Con il secondo mezzo, le ricorrenti imputano al Tribunale di non avere ottemperato all'obbligo di motivazione di cui all'art. 190 del Trattato. Dichiarando, infatti, che gli autori di una denuncia ai sensi del regolamento n. 17 avrebbero diritto ad una decisione definitiva della Commissione che constati l'esistenza di una infrazione solo qualora l'oggetto della denuncia rientri nelle competenze esclusive della Commissione e negando, conformemente alla giurisprudenza della Corte, la competenza esclusiva della Commissione nell'applicazione dell'art. 90, n. 2, *prima frase*, del Trattato, il Tribunale avrebbe omesso di prendere in considerazione l'esistenza e la portata dell'art. 90, n. 2, *seconda frase*.

Sembra quindi che le ricorrenti attribuiscano alla Commissione una competenza esclusiva

28 — L'unico danno che le ricorrenti hanno sostenuto di aver subìto nel periodo precedente all'entrata in vigore della ETW deriverebbe dal pagamento del sovrapprezzo, che, tuttavia, la Commissione ha ritenuto privo di effetti significativi sul commercio tra Stati.

29 — V., ad esempio, sentenza Automec II, citata.

nell'applicazione dell'art. 90, n. 2, seconda frase, da cui scaturirebbe il loro diritto ad ottenere una decisione, secondo le premesse stabilite dallo stesso Tribunale. La circostanza che quest'ultimo non abbia approfondito la questione si risolverebbe, pertanto, in un difetto di motivazione.

38. Il mezzo va respinto, a mio avviso, in quanto si basa su di una lettura errata della sentenza. È vero, infatti, che questa richiama espressamente solo la prima frase dell'art. 90, n. 2, del Trattato; è altresì vero, tuttavia, che non vi sono elementi per ritenere che omettendo di riferirsi alla seconda frase dello stesso articolo il Tribunale abbia inteso discostarsi dall'interpretazione comunemente data all'art. 90, n. 2, nel suo insieme.

Invero, più volte la Corte si è pronunciata nel senso che i giudici nazionali sono competenti a valutare se i comportamenti anticoncorrenziali di una impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale possano essere giustificati dai compiti particolari affidati all'impresa stessa [30]. Nell'affermare questo principio, la Corte non ha mai fatto distinzioni tra la prima e la seconda frase dell'art. 90, n. 2.

Ritengo, pertanto, che il riferimento alla sola prima frase dell'art. 90, n. 2, sia da considerare come un elemento redazionale piuttosto che come il mancato approfondimento di un punto che avrebbe potuto portare il Tribunale a conclusioni diverse.

39. Con l'ultimo mezzo, le ricorrenti deducono che il Tribunale non avrebbe sufficientemente motivato la sentenza nella parte in cui ha condiviso il carattere prioritario attribuito dalla Commissione alla procedura a norma dell'art. 169 del Trattato rispetto a quella basata sul regolamento n. 17, pur avendo riconosciuto che l'esercizio dei diritti del denunciante, in questo caso, subirebbe dei ritardi.

Anche quest'ultimo mezzo è infondato. Il Tribunale, infatti, lungi dall'aver stabilito un principio generale di gerarchia tra procedure, ha solo ritenuto che nel caso di specie la situazione anticoncorrenziale denunciata dalle ricorrenti potesse meglio essere valutata nell'ambito di una procedura di infrazione a norma dell'art. 169; e ciò nella misura in cui le asserite restrizioni avevano acquisito una base legislativa.

30 — V., ad esempio, oltre alle sentenze menzionate dal Tribunale (ERT e Ahmed Saeed, citate), la stessa sentenza Comune di Almelo.

40. Inoltre, come già accennato, il Tribunale ha indicato in maniera esplicita e dettagliata i motivi di questa sua scelta, e precisamente: a) l'impossibilità di intimare alle imprese oggetto della procedura di porre fine all'infrazione eventualmente accertata, quando tale infrazione risulti imposta da una legge nazionale la cui compatibilità con il diritto comunitario non è stata ancora valutata; b) la necessità di mettere lo Stato interessato in condizione di presentare le sue osservazioni, quando è in discussione la legittimità di detta legge; c) la competenza primaria ed esclusiva della Corte nelle procedure di inadempimento promosse contro uno Stato membro. Ne consegue, con ogni evidenza, che il Tribunale ha sufficientemente motivato la sentenza sul punto, conformemente alle prescrizioni dell'art. 190 del Trattato.

41. Per quanto concerne le spese di causa, infine, va osservato che l'accoglimento del primo motivo di gravame nella presente procedura non modifica sostanzialmente la posizione delle ricorrenti, che, in definitiva, rimangono soccombenti davanti al Tribunale e risultano soccombenti anche davanti alla Corte. Ritengo dunque che esse debbano essere condannate a tutte le spese di causa, ivi comprese quelle relative alla procedura di impugnazione.

42. Alla luce delle osservazioni che precedono, suggerisco pertanto alla Corte di statuire come segue sull'impugnazione proposta dalle ricorrenti:

«1) Accogliere il primo motivo di gravame e, di conseguenza: a) annullare la sentenza del Tribunale nella parte in cui aveva dichiarato irricevibile la prima censura mossa dalle ricorrenti nei confronti della decisione della Commissione 91/50/CEE del 16 gennaio 1991; e b) dichiarare infondata l'originaria censura sul punto.

2) Respingere l'impugnazione per il resto.

3) Condannare le ricorrenti alle spese di causa, ivi comprese quelle relative alla procedura davanti alla Corte».