ORDINANZA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

7 luglio 1998 *

Nel procedimento T-65/98 R,

Van den Bergh Foods Ltd, ex HB Ice Cream Ltd, società di diritto irlandese, con sede in Dublino, rappresentata dai signori Malcolm Nicholson e Michael Rowe, solicitors, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio degli avv. ti Elvinger, Hoss e Prussen, 2, place Winston Churchill,

richiedente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai signori Barry Doherty e Wouter Wils, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Carlos Gómez de la Cruz, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

resistente,

* Lingua processuale: l'inglese.

avente ad oggetto una domanda diretta ad ottenere la sospensione dell'esecuzione della decisione emessa dalla Commissione l'11 marzo 1998, relativa ad un procedimento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE (IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd),

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE

ha emesso la seguente

Ordinanza

Procedimento

1 Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale il 21 aprile 1998, la Van den Bergh Foods Ltd (in prosieguo: la «Van den Bergh»), ex HB Ice Cream Ltd (in prosieguo: la «HB Ice Cream»), ha proposto, ai sensi dell'art. 173, quarto comma, del Trattato CE, un ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 11 marzo 1998, relativa ad un procedimento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE (IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd).

2 Con atto separato registrato nella cancelleria del Tribunale lo stesso giorno, essa ha pure presentato, ai sensi dell'art. 185 del Trattato, una domanda di sospensione dell'esecuzione di tale decisione fino alla pronuncia nel merito da parte del Tribunale e, in subordine, ai sensi dell'art. 186 del Trattato, una domanda per l'adozione di ogni altra misura equa ed appropriata.

3 Con atti depositati nella cancelleria del Tribunale rispettivamente il 4 e l'11 maggio 1998, la Master Foods Ltd, svolgente la propria attività commerciale sotto la denominazione Mars Ireland and Masterfoods (in prosieguo: la «Mars»), società di diritto irlandese, con sede a Dublino, rappresentata dal signor Philip G. H. Collins, solicitor, e la Treats Frozen Confectionery Ltd (in prosieguo: la «Treats»), società di diritto inglese, con sede in Leeds (Inghilterra), rappresentata dal signor Alasdair Bell, solicitor, con domicilio eletto per entrambe a Lussemburgo presso lo studio degli avv. ti Loesch e Wolter, 11, rue Goethe, hanno chiesto di intervenire nel presente procedimento a sostegno delle conclusioni della Commissione.

4 Le istanze d'intervento sono state notificate alle parti del procedimento principale, ai sensi dell'art. 116, n. 1, del regolamento di procedura.

5 Con fax registrato nella cancelleria del Tribunale il 14 marzo 1998, la Van den Bergh ha dichiarato di non opporsi all'istanza d'intervento della Mars, opponendosi però all'intervento della Treats per mancanza di interesse alla soluzione della lite. Essa ha chiesto che sia comunicata alle parti che richiedono l'intervento solo una versione espurgata del suo atto di ricorso e della decisione impugnata. A tal fine, essa ha indicato le informazioni che rivestono, a suo parere, un carattere segreto o confidenziale.

6 La Commissione ha presentato le sue osservazioni scritte sulla richiesta di procedimento sommario il 13 maggio 1998. Con atto separato registrato il 20 maggio 1998, essa ha dichiarato di non opporsi alle due istanze d'intervento. Per ciò che riguarda la domanda di trattamento riservato presentato dalla ricorrente, ha manifestato alcune riserve.

7 Con lettera del 27 maggio 1998, la cancelleria del Tribunale ha invitato le società che hanno chiesto di intervenire a presentarsi all'udienza e ha loro notificato le versioni non riservate della richiesta di procedimento sommario, nonché le osservazioni della Commissione su tale richiesta.

8 Le parti sono state sentite nelle loro difese orali il 9 giugno 1998.

9 La Mars e la ricorrente hanno, rispettivamente il 12 e 25 giugno 1998 e il 23 e 24 giugno 1998, inviato alla cancelleria del Tribunale alcuni fax contenenti informazioni relative al procedimento giudiziario pendente di fronte alla «Supreme Court» (Irlanda). Tali documenti sono stati comunicati alle altre parti.

I fatti della causa

10 La Van den Bergh, società controllata al 100% dalla Unilever NV/plc, è il principale produttore di gelati in Irlanda, in particolare di gelati destinati al consumo immediato. In Irlanda, essa usa mettere congelatori a disposizione dei punti vendita che distribuiscono i suoi gelati, a condizione che siano utilizzati esclusivamente per questi ultimi.

11 Nel marzo 1990, la Mars ha avviato un'azione davanti alla High Court per far dichiarare, in particolare, che la clausola di esclusiva contenuta negli accordi di messa a disposizione dei congelatori della HB Ice Cream era nulla ai sensi del diritto interno e degli artt. 85 e 86 del Trattato. La HB Ice Cream ha iniziato un'azione distinta per ottenere che fosse vietato alla Mars di incitare i dettaglianti a rompere le condizioni d'esclusiva di tali accordi. Nell'aprile 1990, ingiunzioni provvisorie in questo senso sono state pronunciate dalla High Court in favore della HB Ice Cream nell'ambito del procedimento principale.

12 Il 28 maggio 1992, la High Court si è pronunciata nel merito delle due azioni. Essa ha respinto il ricorso della Mars in quanto la politica di utilizzo esclusivo dei congelatori della HB Ice Cream non violerebbe né le norme interne né le regole di concorrenza comunitarie. Essa ha anche pronunciato, in favore della HB Ice

Cream, un'ordinanza definitiva che vieta alla Mars di incitare i dettaglianti a porre i suoi gelati nei congelatori appartenenti alla HB Ice Cream.

13 Il 4 settembre 1992 la Mars ha presentato appello contro la decisione della High Court. Nel corso della fase orale svoltasi davanti alla Supreme Court il 10 giugno 1998, tale giurisdizione, considerando che nella causa pendente davanti ad essa si ponevano talune questioni d'interpretazione del Trattato, ha manifestato l'intenzione di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Essa ha pure indicato che l'ingiunzione pronunciata dalla High Court non sarebbe stata revocata durante tutto il periodo necessario per l'esame dell'appello.

14 Parallelamente al procedimento contenzioso davanti ai giudici irlandesi, il 18 settembre 1991 la Mars ha depositato presso la Commissione, ai sensi dell'art. 3 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato (GU 1962, n. 13, pag. 204; in prosieguo: il «regolamento n. 17»), una denuncia contro la HB Ice Cream. Tale denuncia si riferiva alla fornitura, da parte della HB Ice Cream, ad un gran numero di dettaglianti, di congelatori da utilizzare esclusivamente per i prodotti di tale marca.

15 Il 29 luglio 1993, la Commissione, in una comunicazione degli addebiti notificata alla HB Ice Cream, ha ritenuto che il suo sistema di distribuzione violasse gli artt. 85 e 86 del Trattato.

16 A seguito di colloqui con la Commissione, la HB Ice Cream, pur contestando tale punto di vista, ha presentato proposte dirette ad ottenere una esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Le proposte sono state notificate l'8 marzo 1995 alla Commissione la quale, in un comunicato stampa del 10 marzo 1995, ha affermato che, a prima vista, le modifiche progettate avrebbero potuto essere sufficienti per accordare un'esenzione. Una comunicazione ai sensi dell'art. 19, n. 3, del regolamento n. 17 è stata in seguito pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il 15 agosto 1995.

17 Il 22 gennaio 1997, ritenendo che le modifiche infine operate non avessero apportato i risultati previsti in termini di libero accesso ai punti vendita, la Commissione ha indirizzato alla HB Ice Cream una nuova comunicazione degli addebiti. La HB Ice Cream ha preso posizione sugli addebiti che le sono stati mossi.

18 Con la decisione controversa dell'11 marzo 1998, la Commissione:

— dichiara che la clausola di esclusiva figurante negli accordi di fornitura di congelatori conclusi in Irlanda tra la Van den Bergh e taluni dettaglianti, applicabile ai congelatori installati in punti vendita dotati unicamente di apparecchi forniti dalla Van den Bergh per il deposito di gelati in confezione individuale destinati ad un consumo immediato, e che non dispongono né del loro proprio congelatore né di congelatori provenienti da un altro produttore di gelati, costituisce una violazione delle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato (art. 1);

— respinge la domanda di esenzione depositata, conformemente all'art. 85, n. 3, del Trattato, dalla Van den Bergh in favore della clausola di esclusiva di cui all'art. 1 (art. 2);

— dichiara che costituisce una violazione delle disposizioni dell'art. 86 del Trattato il fatto che la Van den Bergh incoraggi i dettaglianti irlandesi che non dispongono di un loro proprio congelatore né di congelatore(i) proveniente(i) da un altro produttore di gelati a sottoscrivere accordi di fornitura di congelatori a condizione di esclusiva, proponendo loro di fornirgli congelatori per il deposito di gelati in confezione individuale destinati ad un consumo immediato e di assicurarne la manutenzione, senza con ciò addossare ad essi alcuna spesa diretta (art. 3);

— impone alla Van den Bergh di mettere fine immediatamente alle violazioni di cui agli artt. 1 e 3 e di astenersi dal prendere misure aventi lo stesso oggetto o lo stesso effetto (art. 4);

— impone alla Van den Bergh di informare, nel termine di tre mesi dalla data di notifica della decisione, i dettaglianti con i quali essa è attualmente legata dagli accordi di fornitura di congelatori facenti oggetto della violazione delle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato di cui all'art. 1 del testo completo degli artt. 1 e 3 e di notificargli che le clausole di esclusiva in questione sono nulle (art. 5).

19 Nella decisione, la Commissione sviluppa l'analisi giuridica sulla quale fonda l'applicazione dell'art. 85 del Trattato.

20 Essa rileva in particolare (punto 157 della motivazione della decisione):

«Un fornitore, che desidera cominciare a vendere i suoi gelati per consumo immediato in un punto vendita (cioè un nuovo arrivato in tale punto vendita) già dotato di almeno un congelatore riservato ad altro fornitore, può farlo solo a condizione che tale punto vendita possieda un congelatore non soggetto ad una condizione di esclusiva (...), *o* che egli possa convincere il dettagliante a sostituire un congelatore riservato sul posto *o* d'installare un congelatore supplementare oltre a quello o quelli riservati sul posto».

21 Essa ritiene (punti 158-183 della motivazione), sulla base di uno studio di mercato, poco probabile che i dettaglianti prendano l'una o l'altra di tali misure. Ne deduce che i punti vendita in questione sono, di fatto, legati alla ricorrente (punto 184 della motivazione).

22 È pure accertato nella decisione che gli accordi non possono essere esentati ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, nella misura in cui essi non contribuiscono a migliorare la distribuzione dei prodotti (punti 222-238 della motivazione), non riservano ai consumatori una parte equa del profitto da ciò derivante (punti 239 e 240 della

motivazione), non sono indispensabili per ottenere i vantaggi invocati (punto 241 della motivazione) e lasciano alla HB Ice Cream la possibilità di eliminare in gran parte la concorrenza nel mercato in causa (punti 242-246 della motivazione).

23 Riguardo all'applicazione dell'art. 86 del Trattato, la Commissione ritiene che la ricorrente occupi una posizione dominante sul mercato dei gelati destinati al consumo immediato venduti in confezione singola in Irlanda.

24 Essa afferma (punto 263 della motivazione):

«[La HB Ice Cream] sfrutta abusivamente la sua posizione dominante sul mercato in causa nel senso che essa incita i dettaglianti (...) i quali, per conservare i gelati destinati ad un consumo immediato, non possiedono il loro proprio congelatore o non dispongono di congelatore(i) proveniente(i) da un fornitore di gelati che non sia [la HB Ice Cream], ad accettare degli accordi di messa a disposizione di congelatori a condizione di esclusiva. Tale violazione dell'art. 86 prende la forma di un'offerta di congelatori ai dettaglianti e di una manutenzione di tali apparecchi, senza spese dirette per i primi».

In diritto

Sulle istanze d'intervento

25 Le istanze d'intervento presentate, rispettivamente, dalla Mars e dalla Treats devono essere esaminate separatamente.

26 Per quanto riguarda l'istanza della Mars, occorre rilevare che la decisione controversa pone termine al procedimento amministrativo iniziato dalla Commissione a seguito di una denuncia presentata il 18 settembre 1991, in cui la Mars sosteneva che la fornitura di congelatori da parte della HB Ice Cream ad un gran numero di dettaglianti in base alla clausola d'esclusiva del congelatore e le condizioni alle quali i congelatori erano posti a disposizione dei dettaglianti le impedivano, a causa della restrizione di concorrenza, di avere accesso ai punti vendita al dettaglio per la distribuzione, in Irlanda, dei suoi gelati destinati al consumo immediato. È certo d'altronde che la Mars ha partecipato attivamente al procedimento amministrativo davanti alla Commissione. Infine, come sottolineato dalla ricorrente stessa nei suoi scritti, il contenzioso che la opponeva alla Mars, tuttora pendente di fronte al giudice nazionale, riguarda la legittimità della clausola d'esclusiva contenuta negli accordi di messa a disposizione dei congelatori della HB Ice Cream in Irlanda riguardo al diritto comunitario della concorrenza.

27 In tali condizioni, la Mars dimostra un interesse ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel presente procedimento sommario.

28 L'altra società che ha chiesto d'intervenire, la Treats, invoca in sostanza due motivi che, a suo parere, provano il suo interesse alla soluzione della lite. In primo luogo, essa sarebbe attiva sul mercato dei gelati destinati al consumo immediato in Gran Bretagna e nell'Irlanda del Nord ed avrebbe tentato per molti anni di penetrare nel mercato irlandese. I suoi tentativi sarebbero tuttavia falliti a causa del gran numero di dettaglianti vincolati dalla clausola d'esclusiva figurante negli accordi di fornitura di congelatori conclusi con la ricorrente. In secondo luogo, la Treats avrebbe partecipato al procedimento amministrativo davanti alla Commissione.

29 La ricorrente afferma di non essere a conoscenza di alcun tentativo serio da parte della Treats di penetrare nel mercato dei gelati destinati al consumo immediato in Irlanda e sostiene che tale società non può dunque pretendere di avere un interesse alla soluzione di un procedimento relativo a tale mercato. Inoltre, la Treats avrebbe partecipato solo in modo limitato al procedimento amministrativo davanti alla Commissione e avrebbe cessato di esprimere un interesse dopo il marzo 1995.

Infine, l'interesse che la Treats potrebbe avere risiederebbe nel ragionamento che ha condotto alla decisione e non nella soluzione della lite.

30 Tuttavia, occorre rilevare che, come la Treats ha osservato durante la fase orale, le sue vendite ai grossisti irlandesi sono triplicate tra il 1994 e il 1997 ed il suo distributore nell'Irlanda del Nord ha cominciato a vendere sul mercato irlandese. Inoltre, le vendite della Treats sul mercato irlandese si concentrano su gelati destinati al consumo immediato.

31 Così stando le cose, si deve riconoscere che la Treats ha un interesse sufficiente ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel presente procedimento sommario.

Sulla domanda di trattamento riservato

32 Allo stadio del procedimento sommario, occorre accogliere la domanda di trattamento riservato di talune informazioni, presentata dalla Van den Bergh, nella misura in cui tali informazioni sono suscettibili, a prima vista, di essere considerate segrete o confidenziali ai sensi dell'art. 16, n. 2, del regolamento di procedura.

Sulla domanda di sospensione dell'esecuzione

33 Ai sensi del combinato disposto dell'art. 185 del Trattato e dell'art. 4 della decisione del Consiglio 24 ottobre 1988, 88/591/CECA, CEE, Euratom, che istituisce un Tribunale di primo grado delle Comunità europee (GU L 319, pag. 1), come modificato dalla decisione del Consiglio 8 giugno 1993, 93/350/Euratom, CECA,

CEE (GU L 144, pag. 21), il Tribunale può, se lo ritiene necessario, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato.

34 L'art. 104, n. 1, del regolamento di procedura precisa che una domanda di sospensione dell'esecuzione è ricevibile solo se il richiedente ha impugnato l'atto in questione in un ricorso dinanzi al Tribunale. Il n. 2 dello stesso articolo prevede che la domanda deve precisare i motivi di urgenza e gli argomenti di fatto e di diritto che giustifichino prima facie (fumus boni iuris) l'adozione della misura richiesta. La misura richiesta deve inoltre essere provvisoria nel senso di non pregiudicare i punti di diritto o di fatto controversi né anticipare le conseguenze della decisione che verrà pronunciata più avanti nella causa principale [ordinanza del presidente della Corte 19 luglio 1995, causa C-149/95 P(R), Commissione/Atlantic Container Line e a., Racc. pag. I-2165, punto 22].

35 Occorre esaminare se tali condizioni sono soddisfatte nel caso di specie.

Argomenti delle parti

36 La ricorrente ricorda che, con il suo ricorso principale, essa chiede l'annullamento della decisione controversa nella parte in cui la Commissione constata una violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

37 A tal proposito, essa sostiene in particolare che la decisione impugnata contiene manifesti errori di valutazione dei fatti che conducono ad errori di diritto. Essa contesta il postulato della Commissione secondo cui la clausola di esclusiva inserita negli accordi di messa a disposizione dei congelatori provoca una chiusura del mercato irlandese dei gelati destinati al consumo immediato.

38 In particolare, la Commissione riterrebbe erroneamente, da un lato, che tutti i dettaglianti che dispongono unicamente di congelatori della HB Ice Cream siano «vincolati di fatto» e, dall'altro, che il mercato irlandese dei gelati destinati al consumo immediato sia realmente «bloccato».

39 Riguardo ai vincoli di fatto, la ricorrente afferma che gli accordi di messa a disposizione dei congelatori possono, in pratica, essere risolti senza preavviso dal dettagliante. Costui potrebbe allora decidere di sostituire il congelatore messo a disposizione dalla HB Ice Cream con un suo congelatore o con quello di un altro fornitore, o ancora con due congelatori più piccoli, di cui uno o entrambi possono appartenere ad un'impresa che non sia la HB Ice Cream. Per di più, un dettagliante dotato di un congelatore fornito dalla ricorrente avrebbe sempre la possibilità di installare un altro congelatore. La Commissione avrebbe quindi valutato male le possibilità di cui dispongono i dettaglianti per sostituire i congelatori appartenenti alla HB Ice Cream o per installarne altri. Essa avrebbe di conseguenza commesso un errore concludendo (punto 184 della motivazione della decisione) che la categoria dei punti vendita dotati unicamente di un(o di) congelatore(i) appartenente(i) alla ricorrente «può essere considerata come, di fatto, legata alla [HB Ice Cream] da una clausola di esclusiva per la vendita di gelati destinati ad un consumo immediato».

40 Riguardo al grado di chiusura del mercato rilevante, la ricorrente ricorda che, secondo la decisione, i punti vendita dotati unicamente di un(o di) congelatore(i) appartenente(i) ad essa costituiscono circa il 40% del mercato e il 40% delle vendite sul mercato rilevante. Orbene, tale analisi non sarebbe corretta poiché terrebbe conto di punti vendita che devono invece essere esclusi. Secondo i calcoli della ricorrente, il grado di chiusura del mercato sarebbe dell'ordine del 6%.

41 La ricorrente invoca anche l'esistenza di errori di diritto nell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato. A tal riguardo, essa indica che, secondo un approccio qualitativo dell'applicazione di tale disposizione ad accordi verticali, già seguito dalla High Court nella sua sentenza 28 maggio 1992, l'esclusiva prevista negli accordi conclusi con i dettaglianti non è tale da rientrare nel campo di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Un approccio quantitativo porterebbe alla medesima conclu-

sione. Infatti, non esisterebbero, nel caso di specie, restrizioni concrete di concorrenza sufficienti ai sensi della giurisprudenza perché l'art. 85, n. 1, del Trattato trovi applicazione (sentenza della Corte 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis, Racc. pag. I-935; sentenze del Tribunale 8 giugno 1995, causa T-7/93, Langnese-Iglo/Commissione, Racc. pag. II-1533, e causa T-9/93, Schöller/Commissione, Racc. pag. II-1611).

42 Essa sostiene ancora che la Commissione ha commesso un errore di valutazione rifiutandole un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, poiché le quattro condizioni cumulative richieste da tale disposizione sarebbero presenti. In particolare, i vantaggi derivanti dalla clausola di esclusiva giustificherebbero normalmente una tale esenzione: riduzione dei costi di distribuzione dei gelati, larga disponibilità geografica dei gelati destinati al consumo immediato, economie di scala sull'acquisto e la manutenzione dei congelatori, miglioramento del «merchandising», migliore visibilità del prodotto e protezione della qualità del prodotto. La Commissione stessa avrebbe precedentemente ammesso il carattere indispensabile dell'esclusiva per ottenere i vantaggi derivanti dagli accordi conclusi dalla ricorrente con i suoi dettaglianti.

43 La Commissione avrebbe commesso un errore di valutazione anche nell'applicare l'art. 86 del Trattato ai fatti di specie, poiché si sarebbe essenzialmente basata su un preteso effetto di chiusura provocato dagli accordi di messa a disposizione dei congelatori della HB Ice Cream.

44 Riguardo all'urgenza relativa alla sospensione dell'esecuzione della decisione, la ricorrente fa valere che l'adeguamento di tali accordi al dispositivo della decisione impugnata avrà come conseguenza che i dettaglianti porranno immediatamente o in breve tempo gelati di altri produttori nei congelatori che le appartengono e di cui essa cura la manutenzione. Ne deriverebbero un danno economico ed un'evoluzione commerciale che essa non potrebbe più rovesciare. A tal proposito, se i dettaglianti direttamente interessati dalla decisione si abituassero a depositare nei suoi congelatori prodotti di terzi, essa si troverebbe poi di fronte ad enormi difficoltà pratiche per riaffermare la condizione di esclusiva nel caso di annullamento della decisione nel merito.

45 Infine, la ricorrente soppesa gli interessi in gioco, cioè, da un lato, il danno a cui andrebbe incontro in caso di esecuzione della decisione e, dall'altro, l'interesse della Commissione a porre fine all'asserita violazione delle regole di concorrenza. Nelle sue osservazioni scritte, essa sottolinea in particolare che la Supreme Court potrebbe chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato sulla compatibilità con il Trattato della clausola d'esclusiva inserita nei suoi accordi con i dettaglianti. Inoltre, la mancata sospensione dell'esecuzione della decisione potrebbe compromettere se non addirittura permettere di eludere gli effetti dell'ordinanza, pienamente esecutiva, resa dalla High Court.

46 La Commissione ritiene che la domanda di sospensione dell'esecuzione sia irricevibile per quanto riguarda gli artt. 1-3 della decisione, poiché tali disposizioni non potrebbero essere eseguite.

47 D'altra parte, ricordando i termini della decisione, essa sottolinea come questa non affermi che la condizione di esclusiva applicata ai congelatori sia di per sé contraria all'art. 85, n. 1, del Trattato. Nella situazione particolare del mercato dei gelati in Irlanda, accordi che in apparenza si limitano ad instaurare una condizione di esclusiva sui congelatori avrebbero per effetto di sottoporre, di fatto, i punti vendita ad una clausola di esclusiva (v., in questo senso, le citate sentenze Langnese-Iglo/Commissione e Schöller/Commissione). I punti vendita vincolati di fatto dalla clausola di esclusiva rappresenterebbero almeno il 40% del mercato e il 40% delle vendite sul mercato rilevante. L'elemento chiave per la valutazione da essa compiuta sarebbe dunque l'effetto economico dell'accordo. A tal riguardo, la Commissione contesta che il grado di chiusura del mercato possa essere valutato al 6%, così come asserito dalla ricorrente.

48 Essa sostiene inoltre di non essere in alcun modo vincolata dalla sentenza resa dalla High Court nella lite che oppone la ricorrente alla Mars, nell'ambito della quale è stato applicato il diritto comunitario. Tale sentenza sarebbe fondata sulla situazione esistente nel 1992, mentre la decisione impugnata terrebbe conto di uno studio di mercato del 1996 e delle quote di mercato del 1997. Per di più, tra il 1992 e il 1997,

la ricorrente avrebbe modificato il sistema esaminato dalla High Court, e la Commissione, ai fini della sua valutazione, avrebbe tenuto conto delle citate sentenze Langnese-Iglo/Commissione e Schöller/Commissione, rese dal Tribunale nel 1995.

49 Per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 86 del Trattato, la Commissione ricorda soprattutto che la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva.

50 Per il resto, essa contesta tutti i mezzi e gli argomenti della ricorrente e conclude che quest'ultima, alla luce della giurisprudenza, non ha provato il fumus boni iuris.

51 L'urgenza non sarebbe stata dimostrata dalla ricorrente e il danno emergente invocato, che sarebbe costituito da una diminuzione di vendite, non sarebbe provato. Quanto al lucro cessante, che sarebbe rappresentato dal profitto dei concorrenti della Van den Bergh, la Commissione ritiene che questa potrebbe recuperare il suo investimento presso i dettaglianti in altro modo. Infine, non sembra che nel caso di specie la mancata sospensione dell'esecuzione possa esporre la ricorrente ad una situazione tale da mettere in pericolo la sua stessa esistenza o da modificare irrimediabilmente le sue quote di mercato (v., in particolare, ordinanza del presidente del Tribunale 7 novembre 1995, causa T-168/95 R, Eridania e a./Consiglio, Racc. pag. II-2817, punto 42).

52 Nelle sue osservazioni scritte e orali, la Mars ha sostenuto di avere un interesse immediato a far concorrenza alla Van den Bergh sul mercato dei prodotti in causa. Essa ritiene che gli interessi dei consumatori, dei dettaglianti e dei fornitori dovrebbero essere presi in considerazione dal giudice dei procedimenti sommari nella sua valutazione.

53 La Treats, da parte sua, ritiene urgente che la decisione riceva esecuzione immediata, affinché vengano eliminati gli ostacoli strutturali che sbarrano le porte del mercato irlandese ai prodotti di cui si tratta.

Valutazione del giudice dei procedimenti sommari

— *Sul fumus boni iuris*

54 Occorre constatare che le parti controvertono sostanzialmente sulle condizioni reali di accesso al mercato rilevante e sul grado di chiusura di tale mercato. Infatti, la ricorrente contesta che i dettaglianti in possesso unicamente di congelatori messi a disposizione da essa siano «vincolati di fatto» e che il mercato irlandese dei gelati destinati al consumo immediato sia realmente «bloccato».

55 Riguardo al secondo elemento in discussione, la ricorrente sottolinea come il fatto che circa il 40% dell'insieme dei punti vendita siano dotati unicamente di congelatori messi a disposizione da essa non significa che il 40% dei punti vendita siano resi inaccessibili ai fornitori concorrenti. La Commissione, al momento di calcolare il grado di chiusura del mercato, avrebbe in particolare sbagliato ad includere in tale calcolo tutti i punti vendita dotati di almeno due congelatori appartenenti alla ricorrente, poiché si tratterebbe manifestamente di punti vendita che dispongono di spazio sufficiente per accogliere un congelatore appartenente in proprio al dettagliante o ad un altro fornitore.

56 A tal riguardo, occorre sottolineare che, se il Tribunale dovesse effettivamente accertare che la Commissione ha commesso un errore al momento di valutare il grado di chiusura del mercato, tale constatazione rivestirebbe una sicura importanza per valutare l'ampiezza della restrizione di concorrenza sul mercato ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

57 L'argomentazione dedicata dalla ricorrente al grado di chiusura del mercato merita dunque di essere esaminata in modo approfondito. Tuttavia, un tale esame non può essere effettuato nell'ambito del presente procedimento sommario.

58 Dal momento che la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato dipende dalla previa valutazione operata ai sensi dell'art. 85, n. 1, al giudice dei procedimenti sommari non compete neppure pronunciarsi sull'argomentazione relativa alla presenza dei presupposti di un'esenzione.

59 Emerge inoltre, già da un esame superficiale della decisione, che la valutazione del comportamento della ricorrente, operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 86 del Trattato, è assai strettamente legata a quella, realizzata ai sensi dell'art. 85, n. 1, degli accordi conclusi dalla HB Ice Cream per la distribuzione in Irlanda dei suoi gelati destinati al consumo immediato, accordi secondo cui essa forniva congelatori ai punti vendita che distribuivano i suoi prodotti, con riserva di una clausola di esclusiva. Infatti, la valutazione della Commissione ai sensi dell'art. 86 del Trattato si basa sulla seguente considerazione: «Allorché, come nel caso di specie, un operatore economico detiene una posizione dominante sul mercato, un approvvigionamento esclusivo (che si tratti dell'oggetto o dell'effetto degli accordi conclusi da tale operatore) costituisce un ostacolo inaccettabile all'entrata su tale mercato (...)» (punto 265 della motivazione). L'esistenza di un approvvigionamento esclusivo viene dedotta dalla considerazione secondo cui sarebbe estremamente difficile convincere i dettaglianti a sostituire i congelatori esistenti forniti dalla HB Ice Cream con un congelatore proveniente da altri o ad installarne di nuovi. Orbene, proprio tale premessa è messa in causa dalla ricorrente allorché essa contesta la valutazione, fatta dalla Commissione nella decisione, delle condizioni reali di accesso al mercato rilevante e del grado di chiusura dello stesso.

60 Infine, emerge che il giudice nazionale competente è stato investito di una questione relativa alla legittimità, rispetto agli artt. 85 e 86 del Trattato, della clausola d'esclusiva contenuta negli accordi di messa a disposizione dei congelatori,

conclusi dalla ricorrente con i dettaglianti. Con una sentenza pronunciata il 28 maggio 1992, esso ha dichiarato che la clausola d'esclusiva non violava l'art. 85, n. 1, né l'art. 86 del Trattato.

61 Alla luce di quanto sopra, non si può ritenere che i motivi invocati dalla ricorrente siano, a prima vista, privi di ogni fondamento.

— *Sull'urgenza*

62 Da una giurisprudenza costante emerge che l'urgenza di una domanda di sospensione deve essere valutata in rapporto alla necessità esistente di statuire provvisoriamente per evitare che un danno grave e irreparabile si produca in capo alla parte che richiede la sospensione. A tal proposito è sufficiente, soprattutto quando il danno dipende dal sopravvenire di un insieme di fattori, che esso sia prevedibile con un sufficiente grado di probabilità (v., in particolare, ordinanza della Corte 29 giugno 1993, causa C-280/93 R, Germania/Consiglio, Racc. pag. I-3667, punti 32 e 34).

63 Nel caso di specie l'esecuzione immediata della decisione controversa implica la denuncia della clausola di esclusiva contestata, applicabile ai congelatori installati nei punti vendita di cui all'art. 1 della decisione. Pertanto, essa implica la messa in discussione di un sistema di distribuzione in vigore da molti anni sul mercato irlandese. Infatti, se non viene sospesa l'esecuzione della decisione, i concorrenti della Van den Bergh sul mercato rilevante, come la Mars e la Treats, si affretteranno a vendere i loro prodotti nei punti vendita, in precedenza meno facilmente accessibili, facendoli sistemare nei congelatori appartenenti alla ricorrente. Orbene, si deve rilevare l'importanza del carattere stagionale delle vendite dei prodotti di cui trattasi, che sono venduti essenzialmente durante il periodo estivo.

64 Ciò posto, la messa in discussione del sistema di distribuzione della ricorrente derivante dalla denuncia della clausola di esclusiva presenta un carattere grave e irreparabile.

65 Infatti, da un lato, qualora il Tribunale annullasse la decisione, il danno economico subìto dalla Van den Bergh risulterebbe difficilmente quantificabile ai fini del risarcimento, non potendo la ricorrente determinare in modo sufficientemente preciso in che misura le diminuzioni di vendite constatate saranno state la conseguenza, rispettivamente, di un'attività concorrenziale più intensa sul mercato o delle alee climatiche accertate durante l'alta stagione.

66 D'altra parte, l'esecuzione immediata della decisione può creare sul mercato un'evoluzione che — come vi è fondato motivo di credere — sarebbe poi molto difficile, se non impossibile, rovesciare, nel caso in cui fosse accolto il ricorso principale. A tal proposito, il giudice del procedimento sommario ritiene che la ricorrente invochi a buon diritto l'estrema difficoltà che essa incontrerebbe se, a seguito dell'annullamento della decisione da parte del Tribunale, dovesse di nuovo esigere dai dettaglianti il rispetto della clausola d'esclusiva, dopo un periodo di parecchi mesi nel corso del quale tali dettaglianti abbiano venduto altri prodotti conservati nei suoi congelatori.

67 Tuttavia, la sospensione dell'esecuzione della decisione controversa può, nello stesso tempo, contribuire a consolidare l'attuale struttura di mercato e ad impedire così ai concorrenti della Van den Bergh, tra cui la Mars e la Treats, di vendere i loro prodotti nei punti vendita dei dettaglianti vincolati dalla clausola d'esclusiva controversa.

68 Di fronte ad una tale situazione di fatto e di diritto, spetta al giudice dei procedimenti sommari soppesare gli interessi presenti, ivi compreso l'interesse della Commissione a ristabilire una concorrenza effettiva.

69 Pertanto deve essere valutato, da un lato, il rischio a cui va incontro la ricorrente di vedere il suo sistema di distribuzione modificato e, dall'altro, l'interesse della Commissione di porre fine immediatamente alla presunta infrazione delle norme comunitarie della concorrenza. Su tale punto, occorre sottolineare che la pratica dell'esclusiva negli accordi di fornitura di congelatori condannata dalla Commissione è una pratica affermatasi da molto tempo sul mercato rilevante. Inoltre la lunga durata del procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione della decisione controversa risulta parzialmente dai tentativi della Commissione di spingere la ricorrente a modificare, in considerazione degli addebiti ad essa rivolti, gli accordi di distribuzione di gelati per consumo immediato conclusi con i dettaglianti. Così, dopo la notifica della prima comunicazione degli addebiti, nel luglio 1993, nella quale la Commissione aveva provvisoriamente concluso che il sistema di distribuzione messo in atto a tale epoca violava gli artt. 85 e 86 del Trattato, la ricorrente ha assunto un certo numero di impegni notificati alla Commissione nel marzo 1995 al fine di ottenere un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. A seguito di tali impegni, la Commissione si è proposta di adottare una decisione di applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato e ha pubblicato, nell'agosto 1995, una comunicazione nella Gazzetta ufficiale ai sensi dell'art. 19, n. 3, del regolamento n. 17. Solo perché alla fine ha ritenuto che le modifiche adottate non avessero prodotto i risultati previsti in termini di accesso ai punti vendita, la Commissione ha indirizzato, nel gennaio 1997, una nuova comunicazione degli addebiti alla ricorrente. Ciò posto, la Commissione non può dunque invocare l'urgenza per l'esecuzione immediata della decisione.

70 Inoltre, occorre tener conto del fatto che il giudice nazionale investito della lite che oppone la Mars alla ricorrente ha deciso che il sistema di distribuzione di quest'ultima non viola le disposizioni degli artt. 85 e 86 del Trattato e ha pronunciato un'ingiunzione permanente nei confronti della Mars. La sentenza pronunciata dalla High Court il 28 maggio 1992 è attualmente al vaglio della Supreme Court. Nel corso della fase orale del 10 giugno 1998, la Supreme Court, ritenendo che questioni di interpretazione del Trattato si pongano nella causa di fronte ad essa pendente, ha manifestato l'intenzione di investire la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 177 del Trattato e non ha revocato l'ingiunzione permanente nei confronti della Mars. Ne consegue, a prima vista, un contrasto tra la Commissione e il giudice nazionale nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

71 Orbene, a tal proposito, la Commissione, pur essendo responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza, non dispone di alcuna competenza esclusiva per l'applicazione degli artt. 85, n. 1, e 86, giacché divide la sua competenza nell'applicazione di dette disposizioni con i giudici nazionali (sentenza Delimitis, citata, punti 44 e 45). Nel caso di specie, risulta da tale ripartizione di competenze per l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie che la decisione della Commissione, adottata l'11 marzo 1998, contrasta con la sentenza resa dalla High Court nel 1992.

72 Essendo tale contraddizione in contrasto con il principio generale di certezza del diritto, occorre limitarne il più possibile gli effetti negativi. Nelle circostanze molto particolari del caso di specie, occorre, in attesa della pronuncia nel merito da parte del Tribunale, non compromettere il procedimento in corso davanti al giudice nazionale, visto che quest'ultimo, da un lato, ha già manifestato l'intenzione di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale affinché la causa sia trattata conformemente al diritto comunitario e, dall'altro, non ha revocato l'ingiunzione permanente.

73 In considerazione di tali elementi, l'interesse della Commissione a far cessare l'infrazione non può prevalere sull'interesse della ricorrente ad evitare di porre in pericolo il sistema esistente, nonché sull'interesse a contenere una contraddizione nell'applicazione delle disposizioni del Trattato, prima che il Tribunale abbia avuto l'occasione di statuire nel merito.

74 In conclusione, l'applicazione immediata della decisione controversa, nelle more del procedimento di merito, rischierebbe di causare un danno grave e irreparabile per la ricorrente, nonché di creare una situazione di incertezza del diritto. Il fatto che i concorrenti della Van den Bergh sul mercato provino difficoltà per garantirsi la distribuzione dei loro prodotti a causa dei supposti ostacoli strutturali non può prevalere sui rischi così individuati.

75 Ciò posto, la ponderazione dei diversi interessi porta a concedere la sospensione dell'esecuzione della decisione.

76 Tenuto conto delle circostanze del caso di specie, il giudice dei procedimenti sommari ritiene che i rischi sopra individuati (punto 74) costituiscano un'obiezione fondamentale all'esecuzione immediata della decisione facente oggetto della domanda di sospensione e che, di conseguenza, il rilievo mosso dalla Commissione, secondo cui la sospensione non può riguardare gli artt. 1, 2 e 3 della decisione, debba essere scartato.

Per questi motivi,

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

così provvede:

1) **La Master Foods Ltd e la Treats Frozen Confectionary Ltd sono ammesse ad intervenire nella causa T-65/98 R a sostegno delle conclusioni della convenuta.**

2) **Vengono accolte, nello stadio del procedimento sommario, le domande di trattamento riservato presentate dalla Van den Bergh Foods Ltd per taluni elementi contenuti nella sua domanda di sospensione dell'esecuzione e nella decisione della Commissione 11 marzo 1998, relativa ad un procedimento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE (IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd).**

3) L'esecuzione di tale decisione della Commissione è sospesa fino alla pronuncia della sentenza del Tribunale nella causa principale.

4) Le spese sono riservate.

Lussemburgo, 7 luglio 1998

Il cancelliere

H. Jung

Il presidente

B. Vesterdorf