CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE G. FEDERICO MANCINI

presentate il 17 marzo 1987

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Con due ricorsi proposti nel giugno 1984, la British American Tobacco Company Ltd (di seguito: « BAT ») e la Reynolds Industries Incorporated (di seguito: « Reynolds ») vi chiedono di annullare l'atto del 22 marzo 1984 mediante il quale la Commissione delle Comunità europee respinse le denunce da esse presentate ai sensi dell'articolo 3, n. 2, regolamento n. 17, 6 febbraio 1962 (GU 21.2.1962, pag. 204), contro gli accordi conclusi tra Philip Morris Incorporated (di seguito: « Philip Morris ») e Rembrandt Group Ltd (di seguito: « Rembrandt »). Secondo l'istituzione, infatti, queste intese non contravvengono agli articoli 85 e 86 del trattato CEE.

La causa ha per sfondo il mercato comunitario delle sigarette nel quale le imprese che ho citato operano in situazione di oligopolio. I fatti risalgono all'aprile del 1981: dopo avere respinto le offerte di BAT e di Reynolds, Rembrandt cedette a Philip Morris per 350 milioni di USD la metà del capitale azionario di una sua società, la Rothmans Tobacco (Holding) Ltd (di seguito: « Tobacco Holding »), che possedeva a sua volta il pacchetto di maggioranza di Rothmans International (di seguito: « Rothmans »). Il contratto prevedeva altresì che le attività di quest'ultima impresa — *leader* in una parte rilevante del mercato europeo — fossero gestite in comune.

Ma la soddisfazione dei contraenti durò lo spazio di un mattino. Il 4 maggio 1981, infatti, Reynolds denunciò il loro accordo ai funzionari della direzione « concorrenza »: grazie alla partecipazione del 50% nella Tobacco Holding — osservò l'impresa —, Philip Morris è ora in grado di condizionare notevolmente il comportamento di Rothmans, sua diretta e agguerrita concorrente. Risultano quindi violati l'articolo 85, n. 1, in materia d'intese, e l'articolo 86, relativo all'abuso di posizione dominante.

Nacque così, per allargarsi qualche mese dopo con la parallela denuncia di BAT (20 gennaio 1982), « l'affaire des cigarettes ». La Commissione lo affrontò con energia inviando, il 19 maggio, a Rembrandt e a Philip Morris — che le avevano notificato l'accordo nella speranza di ottenere l'esenzione prevista dall'articolo 85, n. 3 — una formale comunicazione di addebiti, in cui le accusava di non osservare i divieti sanciti dal trattato. Le due società abbozzarono un tentativo di difesa, ma compresero ben presto che, per sfuggire alla condanna, avrebbero dovuto modificare profondamente la struttura della loro *partnership.*

Ne seguì una complessa trattativa, che si concluse nel 1983. Seppure *obtorto collo,* Philip Morris accettò di retrocedere la sua

quota della Tobacco Holding per divenire in cambio, ma con una partecipazione corrispondente al 24,9% dei voti, azionista diretto di Rothmans. Dal canto suo, tornata ad essere proprietario unico della finanziaria, Rembrandt riacquistò su Rothmans un controllo libero dall'influenza di Philip Morris. I precedenti vincoli di cooperazione vennero rimossi, mentre furono rafforzate alcune clausole già previste dall'accordo del 1981 e relative all'ingresso di terzi nel capitale di Rothmans. L'organo inquirente, inoltre, ottenne dalle parti l'impegno di farsi concorrenza e di comunicargli in tempo utile ogni iniziativa atta a modificare lo *status quo*. Insomma, dell'accordo concluso tre anni prima a rimanere immutato fu solo il prezzo.

Alla Commissione l'assetto così posto in essere parve aperto a forme efficaci di controllo e in ogni caso compatibile con le norme comunitarie. Il 16 dicembre 1983, pertanto, essa comunicò a BAT e a Reynolds gli elementi essenziali dei nuovi accordi e i motivi che l'avrebbero indotta ad archiviare le rispettive denunce, concedendo loro un termine per eventuali osservazioni ai sensi dell'articolo 6 regolamento n. 99, 25 luglio 1963, (GU 20.8.1963, pag. 2268).

Le due imprese risposero a tempo: l'intesa — osservarono — ha cambiato veste, ma non sostanza. Essa va dunque condannata. La Commissione fu però irremovibile e, il 22 marzo 1984 — ossia all'indomani della firma del nuovo accordo tra Rembrandt e Philip Morris —, comunicò a BAT e a Reynolds di avere respinto le loro denunce. Da qui i ricorsi su cui siete chiamati a pronunciarvi.

2. Con ordinanze 26 settembre e 28 novembre 1984 la Corte ha deciso di riunire per ragioni di connessione le due cause (142/84, BAT, e 156/84, Reynolds) e di autorizzare Philip Morris e Rembrandt a intervenire in giudizio a sostegno della Commissione.

In limine litis, Rembrandt ha eccepito l'irricevibilità dei due ricorsi facendo leva sulla vostra giurisprudenza relativa ai presupposti soggettivi e oggettivi dell'azione. Chi si rivolge alla Commissione per farle constatare un'infrazione delle regole di concorrenza — essa afferma in particolare — non ha « diritto di esigere una decisione definitiva a conclusione del procedimento (...) instaurato col (...) reclamo » (sentenza 18 ottobre 1979, causa 125/78, GEMA/Commissione, Racc. pag. 3173, punto 18 della motivazione). Ciò non significa che la lettera di archiviazione inviata ai denuncianti in base al citato articolo 6, regolamento n. 99/63, sia al riparo da ricorsi *ex* articolo 173, comma 2°, del trattato; per essere attaccabile, tuttavia, tale atto deve produrre « effetti (...) obbligatori, idonei a incidere sugli interessi di chi lo impugna, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica » (sentenza 11 novembre 1981, causa 60/81, IBM/Commissione, Racc. pag. 2639, punto 9 della motivazione).

Certo, continua Rembrandt, questa non è la sola regola che la Corte abbia dettato in materia. Così, pronunciandosi su una dichiarazione d'esenzione, i giudici statuirono che, nell'interesse « di una sana amministrazione della giustizia e di una corretta appli-

cazione degli articoli 85 e 86 », i soggetti denuncianti devono essere in tutto o in parte abilitati « a esperire un'azione a tutela dei loro legittimi interessi »; e ciò perché, sebbene siano terzi rispetto a quell'atto, essi soddisfano la condizione di cui all'articolo 173, comma 2°, ultima parte (sentenza 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro/Commissione, Racc. 1977, pag. 1875, punto 13 della motivazione). Dirà qualcuno — osserva ancora l'impresa — che le due pronunce sono contraddittorie. In realtà i principi da esse posti si completano: per ricorrere contro l'archiviazione, il denunciante è infatti tenuto a dimostrare che, pur non costituendo una decisione, tale misura lo riguarda « direttamente e individualmente » (sentenza Metro), nel senso che lede i suoi specifici interessi (sentenza IBM).

Ebbene, BAT e Reynolds non hanno concretamente provato di aver sofferto una simile lesione, mentre è pacifico che la lettera 22 marzo 1984 mirava a chiudere « l'affaire des cigarettes » sancendo la legittimità di un'intesa riguardante le sole Rembrandt e Philip Morris. Le ricorrenti non sono dunque legittimate ad agire; e a confermare questa conclusione è la sentenza 10 giugno 1982, causa 246/81 (Lord Bethell/Commissione, Racc. pag. 2277), che dichiarò irricevibile un ricorso proposto nel quadro di una specie per molti aspetti analoga alla nostra.

All'esame degli argomenti così riassunti va premessa un'osservazione forse un pò brusca, ma doverosa e, come dicono gli inglesi, « sobering ». In tema di ricorsi *ex* articolo 173, comma 2°, la Corte e la dottrina hanno versato i classici fiumi d'inchiostro, non sono peraltro riuscite a formulare regole univoche, sistematicamente organizzate e di agevole comprensione. Su un problema delicatissimo del diritto comunitario manca dunque l'indispensabile chiarezza; e una prova eloquente delle difficoltà a cui dà luogo tale situazione l'offre proprio il nostro caso.

La norma, sappiamo, distingue i soggetti legittimati a ricorrere in due categorie: i destinatari di un provvedimento emanato da un'istituzione comunitaria e le persone che, non essendo tali, devono dimostrare l'attitudine del provvedimento a riguardarle « direttamente e individualmente ». BAT e Reynolds — i cui ricorsi hanno per oggetto una « lettera-decisione » con cui la Commissione comunicò loro di aver archiviato le rispettive denunce — appartengono palesemente alla prima classe. Si obietta, tuttavia, che la lettera postula o riflette il riconoscimento della legittimità dei nuovi accordi conclusi fra Rembrandt e Philip Morris e che, considerata in questa luce, essa non riguarda direttamente gli attori. Dalla prima categoria si passa così alla seconda, per cui valgono principi ben più complessi e in ogni caso diversi.

Quale strada scegliere? A mio avviso, dal dilemma è impossibile uscire finché ci si ostini a trarre indicazioni vincolanti dalla vostra giurisprudenza. Occorre invece accertare l'esatta posizione dei ricorrenti rispetto all'atto impugnato e alle norme che lo suppongono. Ora, lo scopo di queste ultime, e in particolare degli articoli 85 e 86, è noto: esse mirano a garantire che all'interno del mercato comune il commercio tra le imprese

e nei confronti dei consumatori si svolga in modo leale. In tale quadro, il loro primo regolamento d'applicazione (n. 17/62) autorizza « le persone (...) che sostengono di avervi interesse » (ma si badi: tale interesse eccede la sfera del denunciante per coincidere con quello dell'ordinamento) ad attivare la Commissione affinché constati l'eventuale inosservanza di disposti « antitrust » e così assicuri l'attuazione dell'obiettivo suddetto.

L'adempimento di un simile compito, tuttavia, implica: a) che la Commissione abbia un certo potere di valutazione tecnica per quanto riguarda l'opportunità di aprire un'inchiesta e l'accertamento dei presupposti a cui è subordinata l'applicazione dei divieti sanciti dal trattato; b) che essa eserciti tale potere in modo legittimo, cioè nel rispetto delle finalità che lo giustificano e delle regole che lo governano. Da qui l'esigenza di attribuire ai privati uno strumento — il ricorso, appunto — che imponga al giudice di verificare se l'organo di vigilanza a cui si sono diretti ha valutato la situazione prospettatagli alla luce degli scopi e sulla scorta dei criteri previsti dalla legge.

Sotto questo profilo, mi sembra, la posizione di chi impugna l'archiviazione di una propria denuncia non è diversa da quella di chi agisce contro un'attestazione negativa o una dichiarazione di esenzione, ossia contro provvedimenti che formalmente non lo riguardano, ma — ed è quanto conta — comportano pur sempre il sostanziale rigetto della sua istanza. Giova rilevare peraltro che, nel primo caso la Corte si è espressa unicamente in termini di « legittimazione a proporre ricorso » o di « interesse ad agire » [così, ad esempio, sentenze 4 ottobre 1983, causa 191/82 (Fediol/Commissione, Racc. pag. 2913, punti da 28 a 31) e, meno esplicitamente, 11 ottobre 1983, causa 210/81 (Demo-Studio Schmidt/Commissione, Racc. pag. 3045, punto 12 della motivazione), 28 marzo 1985, causa 298/83 (CICCE/Commissione, Racc. pag. 1105, punto 18 della motivazione)]. Nella seconda ipotesi, per contro, i giudici si sono sempre chiesti se l'atto impugnato riguardava il denunciante in modo diretto e individuale [cfr. sentenze 28 gennaio 1986, causa 169/84 (Cofaz e altri/Commissione, Racc. pag. 391, punto 22 e seguenti della motivazione), 22 ottobre 1986, causa 75/84 (Metro/Commissione, Racc. pag. 3021, punto 19 e seguenti della motivazione)].

Volendo applicare questa giurisprudenza alla nostra specie dovremmo concludere che, per il solo fatto di avere sporto una denuncia ai sensi dell'articolo 3, n. 2, lett. b), regolamento n. 17/62, i ricorrenti hanno anche il diritto d'impugnarne il rigetto. All'opposto, se Rembrandt e Philip Morris avessero beneficiato di un'attestazione negativa o di una dichiarazione di esenzione, BAT e Reynolds, pur avendo presentato un analogo reclamo, potrebbero attaccare quegli atti solo in quanto adempiano la condizione di cui all'articolo 173, comma 2°, ultima parte. Ebbene, io escludo che tale disparità sia giustificata. Non vedo perché l'esistenza di una denuncia basti a far sorgere il diritto di ricorrere contro il diniego dell'amministrazione; e non mi sembra che a tal fine possa aver un peso determinante il ruolo più o meno attivo svolto dall'impresa nel corso del procedimento precontenzioso (*contra*, sentenza 20 marzo 1985, causa 264/82, Timex/Consiglio e Commissione,

Racc. pag. 849, punti 14 e 15 della motivazione).

Ma vi è di più. Osservo infatti che tra la situazione da cui il privato è indotto a reclamare (interesse legittimo) e quella a cui dà luogo l'archiviazione (interesse ad agire) non esiste sempre la coincidenza affermata nella prima pronuncia Metro. Un esempio: il signor van Dijk, tabaccaio, si rivolge alla Commissione per denunciare un aumento dei prezzi delle sigarette che egli imputa alle manovre antitrust di alcune imprese produttrici. Senza aprire un'inchiesta, la Commissione accerta che l'aumento è dovuto all'introduzione di nuove imposte e perciò si rifiuta di contestare alle imprese un comportamento incompatibile col diritto comunitario. Potrà van Dijk ricorrere contro questa risposta? Direi proprio di no; a meno — ma la cosa è praticamente impossibile — che egli riesca a sostenere *in limine litis* di essere stato leso nei suoi interessi sostanziali dalla mancata adozione di una misura antitrust.

Checché si dica, insomma, un interesse ad agire è *sempre* necessario. Ciò non implica — qui è l'errore di Rembrandt — che le circostanze su cui si fonda l'archiviazione debbano riguardare il ricorrente in modo diretto e individuale: la denuncia presentata, infatti, è già sufficiente a fare di lui un sicuro destinatario del provvedimento. Avere un interesse ad agire, per contro, importa che egli affermi la *possibile* ripercussione (non dunque la *concreta* incidenza, come pretende la pronuncia IBM) degli effetti derivanti dal provvedimento sulla sua sfera giuridica. In altre parole, chi abbia sporto una denuncia ai sensi dell'articolo 3 è legittimato a ricorrere contro l'atto esplicito o implicito di rigetto solo ove asserisca che, per quanto è dato ragionevolmente prevedere, tale misura gli arrecherà un pregiudizio.

Così appunto si configura il nostro caso. È pacifico, infatti, che i nuovi accordi tra Rembrandt e Philip Morris hanno avuto una almeno parziale incidenza sul mercato comunitario delle sigarette. In tale mercato, d'altro canto, BAT e Reynolds occupano una posizione di rilievo; per di più, esse sono i maggiori concorrenti di Philip Morris e di Rothmans, che Rembrandt indirettamente controlla. Questi elementi hanno indotto le due società a dichiarare nei rispettivi ricorsi che l'acquiescenza della Commissione le ha danneggiate; e tanto basta a concludere per la ricevibilità delle loro domande.

3. L'eccezione di Rembrandt è dunque infondata. Essa ha, tuttavia, il merito di aver posto in luce un problema non sufficientemente esplorato e di notevole importanza per la soluzione della nostra causa: quali diritti spettino ai denuncianti e quali obblighi incombano sulla Commissione in caso di rigetto dell'istanza.

Ricordo che nell'emanare il regolamento n. 17/62 il legislatore comunitario intese: a) « fornire ai terzi, i cui interessi possono essere pregiudicati da una decisione, l'occasione di presentare *in precedenza* » i loro rilievi; b) « assicurare un'ampia pubblicità alle decisioni »; c) sottoporre « *tutte* le decisioni (prese in applicazione della nostra fonte) (...) al controllo della Corte » (considerandi n.11 e n. 12, miei corsivi). Nel successivo regolamento n. 99/63 la prima di queste fina-

lità fu confermata e ulteriormente specificata. Il considerando n. 5, infatti, dichiara che i soggetti denuncianti debbono avere « la possibilità di manifestare il proprio punto di vista, qualora la Commissione ritenga che gli elementi di cui dispone non giustifichino l'accoglimento della domanda »; e l'articolo 6 stabilisce che, in tale ipotesi, l'istituzione « indica (ai richiedenti) i motivi (da cui è stata indotta a quel convincimento) e fissa loro un termine per la presentazione di eventuali osservazioni scritte ».

Interpretando per la prima volta questa norma (sentenza GEMA, citata), la Corte decise che la comunicazione da essa prevista ha un fine unicamente informativo. L'atto « implica (invero) l'archiviazione della pratica, senza tuttavia impedire che la Commissione possa riaprirla, se lo giudica opportuno, specie nel caso in cui il richiedente fornisca, entro il termine impartitogli, (...) nuovi elementi di fatto e di diritto. La tesi (...) secondo cui chi presenta domanda a norma dell'articolo 3, n. 2, regolamento n. 17/62 ha diritto a (...) una decisione definitiva sulla sussistenza dell'asserita violazione non può dunque essere condivisa » (punto 17).

Dico immediatamente che anche questa statuizione mi lascia perplesso. Come s'è visto, il Consiglio ha voluto offrire agli interessati la possibilità di esprimere il loro parere *prima* che la Commissione chiuda l'inchiesta. La comunicazione dell'articolo 6, dunque, non può avere il mero scopo di far conoscere al denunciante i motivi di un'archiviazione *già* decisa; al contrario, essa deve permettergli di « manifestare il proprio punto di vista » sulle ragioni per cui la Commissione *progetta* di respingere la domanda. Del resto, la fissazione di un *termine* per la sua risposta ha senso solo in una prospettiva del genere. Si impongono termini quando v'è necessità di raggiungere presto un certo risultato; e l'esperienza insegna che riaprire un'inchiesta appena chiusa non può essere o è di rado urgente.

Non basta. In casi come il nostro, mi sembra, l'obbligo di comunicare i motivi soddisfa un duplice interesse: serve al destinatario per apprezzare la correttezza della valutazione di cui sono stati oggetto i fatti da lui denunciati e serve alla Commissione per stabilire, sulla scorta dei rilievi mossile, se « gli elementi di cui dispone » bastino a giustificare l'archiviazione. Si riduca la portata di tali obiettivi, come fa la pronuncia GEMA, e la norma dell'articolo 6 avrà perso buona parte del suo effetto utile. Aggiungo infine che la tesi da me preferita è conforme a quanto l'articolo 19, n. 3, regolamento n. 17/62, stabilisce rispetto agli altri casi in cui l'organo di vigilanza ritiene di non dover applicare i divieti degli articoli 85 e 86.

Veniamo al concreto. Nell'undicesimo rapporto sulla politica della concorrenza (1981), la Commissione dichiarò che la comunicazione in esame « non costituisce una decisione ai sensi del (...) trattato e non può pertanto esser impugnata mediante ricorso ». È vero che in qualche occasione — così la procedura Demo-Studio Schmidt — la denuncia fu rigettata formalmente; quei casi, tuttavia, erano d'interesse generale perché ponevano problemi giuridici nuovi e non implicano che la Commissione abbia riconosciuto ai privati « un diritto (...) di ob-

bligar(la) a intervenire ». Nel corso delle nostre cause la convenuta ha ribadito con forza questi principi e, sulla loro base, ha sostenuto che i ricorsi sono irricevibili nella parte in cui chiedono alla Corte di costringerla mediante ingiunzione a prendere un provvedimento conforme agli interessi dei ricorrenti.

L'eccezione così proposta è sicuramente fondata. In sede di controllo sulla legalità degli atti comunitari, la Corte non può infatti ingiungere alcunché. Sarà piuttosto l'istituzione da cui emana l'atto annullato a dover prendere, in virtù dell'articolo 176, « i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza » comporta (così pronuncia 24 giugno 1986, causa 53/85, AKZO/Commissione, Racc. pag. 1965, punto 23 della motivazione). Ciò riconosciuto, tuttavia, occorre subito soggiungere che la prassi rivendicata dalla Commissione è senza alcun dubbio scorretta perché contraria agli obiettivi della normativa « antitrust » e non rispondente alle regole della buona amministrazione. Queste caratteristiche emergono con chiarezza da una breve analisi della procedura che, sul modello di « Demo », l'organo di vigilanza ha adottato nel nostro caso.

La Commissione dichiara anzitutto di avere spedito la lettera-decisione del 22 marzo 1984 solo perché BAT e Reynolds la sollecitarono a farlo. Se ne deduce che, in difetto di una richiesta da parte delle due imprese, essa si sarebbe limitata alla comunicazione *ex* articolo 6: eppure è innegabile, come meglio vedremo più avanti, che la vicenda degli accordi tra Rembrandt e Philip Morris presentava problemi inediti e di interesse sicuramente generale. Su questo punto l'istituzione non è d'accordo: nella memoria di difesa (n. XIV, pag. 25), essa rileva infatti che il contenuto della lettera impugnata ricalca le soluzioni del passato. Ma — si potrebbe risponderle — se così stavano le cose, perché applicare a BAT e a Reynolds la linea seguìta nel caso « Demo »?

Una serie di contraddizioni, dunque, e sul loro sfondo un quadro profondamente inquietante. Descriverne i tratti essenziali è facile: le modalità di archiviazione delle pratiche « antitrust » e la possibilità di un controllo giurisdizionale sulla loro correttezza sono rimesse in tutto e per tutto alla discrezione dell'organo di vigilanza. In parole povere, quel provvedimento è o no impugnabile a seconda di come lo battezzi la Commissione: lo è se essa usa la parola magica « decisione », non lo è in caso contrario. Siamo insomma *toto coelo* lontani dai propositi di tutela dei terzi e di « ampia pubblicità » che il legislatore enunciò nelle motivazioni dei regolamenti a cui ho alluso.

Vediamo, invece, a quali regole il quadro dovrebbe ispirarsi perché quei propositi non siano frustrati. Il primo principio è che, avendo origine negli scopi delle norme in tema di concorrenza, il diritto di ricorrere non può essere subordinato alla forma dell'atto con cui viene respinta la denuncia. Il secondo è che, pur non dovendo adottare una decisione definitiva sull'esistenza dell'infrazione, la Commissione non può sospendere *ad libitum* l'inchiesta avviata. Al contrario, dai disposti dei regolamenti citati (ma in particolare dagli articoli 9, n. 3, e 19 del primo, 6 del secondo), risulta che, quando progetta l'archiviazione di un'indagine, essa è tenuta: a) a comunicare al de-

nunciante i motivi di tale intendimento; b) a dargli un termine utile per la presentazione dei suoi rilievi; c) a prendere una misura definitiva non già sull'infrazione, ma sulla domanda.

Terzo principio. Al pari dell'attestazione negativa, l'archiviazione vincola l'organo solo in quanto lo stato di cose sulla cui base fu decisa non muti: essendo destinato al denunciante, d'altra parte, tale atto non produce effetti nei confronti dei terzi, salvo restituire agli Stati membri il potere di applicare gli articoli 85 e 86 (articolo 9, n. 3, regolamento n. 17/62). La conclusione a cui portano questi rilievi è ovvia: poiché una decisione definitiva sulla domanda garantisce la certezza dei rapporti giuridici fra le parti, il denunciante potrà esercitare il diritto di ricorso conoscendo la risposta della Commissione alle sue osservazioni e la Corte sarà in grado di svolgere un completo ed effettivo controllo sulla legalità della misura presa nei suoi confronti (vedasi in questo senso la citata sentenza CICCE).

In conclusione, sulla base dei risultati a cui sono giunto nei nn. 2 e 3 ritengo che la Commissione era tenuta a rigettare le denunce di BAT e di Reynolds con un provvedimento definitivo, e che i ricorsi contro la decisione 22 marzo 1984 sono ricevibili solo in quanto mirano a ottenere l'annullamento di quest'ultimo.

4. A sostegno delle loro domande, BAT e Reynolds adducono un numero sterminato di argomenti. Con poco sforzo, peraltro, essi possono raggrupparsi intorno a quattro censure principali. Dal canto loro, le difese della Commissione e le osservazioni delle società intervenute sono per gran parte coincidenti: ne potrò quindi tener conto in modo quasi sempre unitario.

Le ricorrenti invocano i seguenti mezzi:

1) violazione degli articoli 85, n. 1, e 86, del trattato, sotto il profilo dell'errore manifesto in quanto la Commissione ha ritenuto che gli accordi del 1984 sono compatibili con tali norme e gli impegni assunti dalle contraenti bastano a evitare infrazioni attuali o future del diritto comunitario;

2) violazione dell'articolo 190 del trattato per difetto di motivazione della decisione;

3) violazione del principio di buona fede e delle forme sostanziali, perché l'istruttoria condotta dall'organo inquirente non ha consentito un esame obiettivo e leale delle denunce;

4) violazione dei diritti fondamentali perché la decisione è stata presa in base a considerazioni su cui le ricorrenti non hanno avuto modo di esprimere il loro parere.

5. Per la connessione che presentano con gli argomenti affrontati *sub* n. 3 esaminerò in primo luogo le due ultime accuse. Relativamente alla quarta, BAT e Reynolds ricordano che « qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese » (sentenza 23 ottobre 1974, causa 17/74, Transocean Marine Paint Association/Commissione, Racc. pag. 1063, punto 15 della motivazione). Ora, la Commissione non trasmise alle due imprese alcuni elementi di notevole rilievo contenuti nella comunicazione degli addebiti e negli accordi del 1981, giustificandosi con la necessità di tutelare il segreto

commerciale preteso da Philip Morris e da Rembrandt. Nella decisione, inoltre, figurano motivi a cui la lettera del 16 dicembre 1983 non faceva riferimento; su di essi i destinatari non hanno dunque potuto pronunciarsi.

Passiamo alla buona fede e alle forme sostanziali. La Commissione le avrebbe violate decidendo l'archiviazione sotto l'influenza di fattori estranei alla procedura e dopo aver tenuto con emissari di Philip Morris riunioni di cui non esiste verbale. Ciò spiegherebbe, tra l'altro, la sua sorprendente metamorfosi dalla severità del 1981 all'indulgenza del 1983. In proposito rammento che le ricorrenti chiesero alla Corte di invitare la convenuta a produrre: a) i testi degli accordi del 1981, della comunicazione degli addebiti e degli atti che essa ritenne, a torto, coperti dal segreto; b) tutti i documenti da cui risultano le vere ragioni del suo voltafaccia.

I due mezzi non sono fondati. A confutare l'ultimo è l'ordinanza 18 giugno 1986 con cui la Corte respinse le richieste che ho or ora citato. Accoglierle — diceste — costituirebbe un provvedimento eccezionale e dunque adottabile solo se sui motivi della Commissione gravassero dubbi e sospetti tali da far credere a uno sviamento di potere. Ma questo non è il caso nostro. In particolare, il cosiddetto voltafaccia del 1983 fu pienamente legittimo alla luce della giurisprudenza che configura la comunicazione degli addebiti come un atto preparatorio e contenente apprezzamenti su cui la Commissione ha l'obbligo di tornare se le spiegazioni fornitele dalle imprese destinatarie o le modifiche da esse introdotte negli accordi contestati giustificano una simile revisione. Così pure, aggiungeste, la circostanza che la Commissione abbia tenuto riunioni separate con Philip Morris non presta il fianco a censure. Incontri simili, infatti, ebbero luogo anche con le imprese denuncianti; e, a parte ciò, niente permette di sospettare che esse furono dettate da motivi occulti o estranei al diritto comunitario (punti da 11 a 17).

Queste considerazioni sono impeccabili e non hanno bisogno di commenti. Il problema per cui furono dettate mi consente peraltro di integrare, con un rilievo forse non inutile, il discorso che ho svolto *sub* n. 3 sui diritti delle parti nella procedura precontenziosa. Le richieste di BAT e di Reynolds, infatti, muovono dalla persuasione che i denuncianti devono poter contare sulle stesse informazioni e sulle stesse garanzie di cui si valgono, da un lato, l'organo inquirente, dall'altro, le imprese incriminate. Ora, tale assunto è del tutto privo di base. Già nel regolamento n. 17/62 il legislatore distinse tra i soggetti sotto inchiesta, che hanno il « diritto » di essere sentiti, e i terzi interessati ai quali dev'essere solo fornita l'« occasione » di presentare eventuali rilievi (considerando n. 11). Questa diversa posizione giuridica è poi confermata dall'articolo 19 e dalle norme procedurali del successivo regolamento n. 99/63.

Ancora. Se fosse accolta, la tesi dei ricorrenti trasformerebbe l'inchiesta in una sorta di confronto diretto tra privati che accusano

e privati che si difendono. Al contrario, l'articolo 89 del trattato vuole che a istruire i casi di presunta infrazione dei principi in tema di concorrenza sia unicamente l'organo inquirente. *Dominus* della procedura è dunque quest'ultimo, e, con esso, i denuncianti possono solo cooperare. La legge — è vero — li investe del diritto di conoscere le ragioni per cui i loro reclami sono stati respinti; ma detta prerogativa — di cui beneficiano come portatori di un interesse coincidente con quello dell'ordinamento e che li distingue dai terzi a cui la Commissione dà udienza — è anche il limite estremo della loro partecipazione all'inchiesta.

Due parole sull'argomento relativo alla violazione delle forme sostanziali. Che il provvedimento impugnato contenga elementi non indicati nella comunicazione *ex* articolo 6 è irrilevante, perché tali punti si riferiscono alle critiche formulate da BAT nella sua risposta e costituiscono una replica delle ragioni già fatte valere dalla Commissione. Ciò prova che quest'ultima espose i motivi essenziali per cui era stata indotta ad archiviare la pratica, e che il destinatario ebbe l'occasione di farle conoscere il proprio punto di vista. Infine, è appena il caso di osservare che il brano tratto dalla sentenza Transocean riguarda esplicitamente misure assunte nei confronti di imprese incriminate. Lungi dal convalidare la tesi di BAT e di Reynolds, esso conferma dunque che tali soggetti hanno diritto ad una tutela particolare e non estendibile ai terzi.

6. Risolti i problemi relativi alla procedura, al rispetto delle forme e all'osservanza dei diritti fondamentali, è tempo di entrare nel vivo della causa. A questo fine, peraltro, conviene anzitutto che io passi in rassegna, più diffusamente di quanto potessi fare all'inizio, le principali caratteristiche delle imprese interessate e del loro mercato (A), gli accordi del 1981 (B) e del 1984 (C), le tappe del lungo e tormentato processo attraverso il quale si è giunti al ricorso (D).

(A) Tutte le protagoniste della nostra vicenda operano precipuamente nel comparto industriale e commerciale delle sigarette. BAT è la più importante impresa manifatturiera di tabacco dell'intero Occidente e ha sede in Gran Bretagna. Reynolds è una società americana i cui interessi si estendono anche all'industria alimentare. Rembrandt ha nazionalità sudafricana e si occupa di investimenti in varie attività commerciali. Philip Morris è il maggiore esportatore americano di sigarette e forse la prima multinazionale del settore. Britanniche, infine, sono le due società a cui si riferisce l'accordo: Tobacco Holding, finanziaria controllata al 100% da Rembrandt, e la sua filiale Rothmans, che si dedica quasi esclusivamente alla produzione e alla vendita delle sigarette destinandone il 50% al consumo europeo.

Per quanto riguarda il mercato, è utile citare in primo luogo un rapporto che la Commissione presentò al Parlamento nel febbraio del 1982 [COM (82) 61 def., pag. 7]. Vi si legge che « nonostante l'abolizione dei dazi doganali (...) e il superamento di

due tappe verso l'armonizzazione delle accise, non esiste (ancora) un vero mercato comunitario delle sigarette (...) . È opinione generalmente condivisa che tale stato di cose dipenda da un'ampia serie di fattori, (tra cui) in particolare la presenza di produttori statali e privati (e l'attuazione) di politiche diverse in materia di pubblicità e di tutela della salute ». Ciò premesso, chiediamoci quali fossero all'epoca dei fatti, le quote delle varie imprese nell'insieme della Comunità e nell'area del Benelux: quest'ultima poiché i suoi mercati si caratterizzano per un'elevata omogeneità e per la posizione dominante che vi occupa Rothmans. La risposta è fornita dalle seguenti tabelle:

a) *Mercato comunitario delle sigarette: anni 1976-1982* (in %)

	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Philip Morris	*6,0*	6,7	8,0	9,9	11,8	10,9	*13,1*
Rothmans International	*13,5*	13,7	14,6	15,3	15,4	14,8	15,0
RJ Reynolds	*2,2*	2,5	2,8	3,3	3,3	3,3	3,6
BAT	*9,8*	9,8	10,7	10,5	10,7	11,1	*10,4*

b) *Mercati belga-lussemburghese e olandese: anni 1980-1982* (in %)

	B-L			NL		
	1980	1981	1982	1980	1981	1982
Philip Morris	8,7	10,3	*	7,0	8,8	10,0
Rothmans International	47,8	47,4	*	49,0	48,9	47,2
RJ Reynolds				10,0	10,0	10,2
BAT	10,2	10,1	*	23,0	24,1	24,5

Questi dati, ha commentato la Commissione, mostrano che il mercato comunitario è « stagnante e oligopolistico » a tal punto che « in assenza di una concorrenza reale sotto il profilo dei prezzi e dei progressi nel campo della ricerca, la *pubblicità e l'acquisizione di (altre) società sono i principali strumenti per accrescere le quote*« (comunicazione degli addebiti, punto 8, pag. 14, mio corsivo). Al termine del periodo preso in esame, infatti, solo Philip Morris poteva considerarsi autrice di una *performance* brillante, mentre le altre imprese erano rimaste più o meno ferme ai blocchi di partenza. Rilievi in larga misura analoghi debbono farsi per i mercati del Benelux.

(B) Veniamo all'intesa del 1981. Dietro pagamento di 350 milioni di USD, Rembrandt trasferì a Philip Morris la metà del capitale

di Tobacco Holding e, indirettamente, una partecipazione del 21,9% sugli utili della sua concorrente Rothmans. Tra le clausole di contorno assume particolare rilievo quella di cui al punto 3. A sua stregua, le parti si attribuivano un diritto di prelazione in caso di vendita delle rispettive azioni, e si obbligavano a far sì che, anche a seguito di un intervento repressivo delle autorità antitrust, qualsiasi terzo compratore fosse vincolato da tale condizione.

Ora, che accordi del genere, e in particolare i trasferimenti di azioni da essi previsti, siano incompatibili col diritto comunitario mi sembra evidente. Come assai bene rilevò la Commissione comunicando gli addebiti alle contraenti, l'acquisto da parte dell'impresa X di una notevole partecipazione nella finanziaria che controlla l'impresa concorrente Y « is likely to restrict competition ». È ovvio infatti che, se le due imprese continuano ad operare sul mercato, « they will no longer compete in so thoroughgoing a manner as deliberately to harm each other's interests » (pag. 16). Al contrario — ed è appunto il caso di Philip Morris e di Rothmans, la prima in quanto proprietaria al 50% della Tobacco Holding, la seconda in quanto controllata da tale società —, quelle imprese saranno « costrette a coordinare (...) le (rispettive) attività commerciali ».

Gli effetti così descritti sono poi resi ancora più incisivi dalle clausole che fanno corona alle obbligazioni fondamentali. Tale considerazione vale soprattutto per gli impegni assunti al punto 3 e il perché è chiaro. Nella misura in cui richiedono di imporre ad ogni terzo acquirente l'adesione al patto di prelazione che vincola le parti, essi sono infatti per sé medesimi « restrictive of competition since they support and consolidate other restrictive provisions and are open-ended in nature, taking no account of the size, market strength or competitive intentions of the acquiring party » (pag. 18).

In conclusione, sulla base di questi elementi e avuto riguardo alla natura oligopolistica del mercato, la Commissione dichiarò provvisoriamente che gli accordi incorrevano nel divieto dell'articolo 85, n. 1. Violato, peraltro, risultava anche l'articolo 86: l'intesa, infatti, contribuiva ad indebolire l'azione concorrenziale di Philip Morris rafforzando abusivamente le posizioni dominanti tenute da Rembrandt, tramite le filiali di Rothmans, in quell'importante settore del mercato comunitario che è il Benelux.

(C) Come sappiamo, gli accordi del 1984 modificarono notevolmente i rapporti tra Rembrandt e Philip Morris. Quest'ultima società, infatti, rinunciò alla quota del 50% nel capitale di Tobacco Holding e ottenne in compenso una partecipazione diretta pari al 24,9% dei voti nell'assemblea di Rothmans. Dal canto suo, Rembrandt recuperò il 43,6% di tali voti, mentre il residuo capitale della società rimase nelle mani dei piccoli azionisti che già lo possedevano. Queste le clausole di maggior importanza stipulate dalle contraenti:

1) la partecipazione di Philip Morris nel capitale di Rothmans non deve in alcun caso superare il 25% dei voti;

2) Rembrandt può cedere le sue azioni Rothmans solo mediante vendita dell'intero portafoglio, « for cash payable on closing », a un singolo compratore o ad almeno 10 compratori indipendenti l'uno dall'altro e tutti da Rembrandt, purché nessuno di essi detenga in Rothmans più del 10% dei voti. Prima di procedere alla vendita, Rembrandt deve offrire a Philip Morris o a un terzo da questa designato una prelazione sull'acquisto specificandone le condizioni;

3) le stesse regole valgono nei confronti di Philip Morris;

4) a) se intende vendere le sue azioni Rothmans a un solo compratore, Rembrandt deve far sì che egli offra a Philip Morris di acquistare l'intero portafoglio di titoli Rothmans ad essa appartenente « at the same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's sale »;

b) se Rembrandt non esercita il suo diritto di prelazione, Philip Morris può designare un terzo perché acquisti un numero di azioni Rothmans a un voto (azioni ordinarie « B »), pari ad almeno la metà delle azioni a 4 voti (azioni ordinarie « A »), così da poter esercitare i 3/4 dei diritti di voto derivanti dal possesso delle azioni ordinarie « A », salvo per quanto riguarda la nomina o il licenziamento dei direttori di Rothmans.

Infine Philip Morris s'impegnò nei confronti della Commissione:

a) ad informarla di qualsiasi emendamento o modifica apportati agli accordi e di inviargliene copia subito dopo la loro messa in atto;

b) a notificarle entro quarantotto ore qualsiasi aumento del proprio portafoglio di azioni Rothmans o qualsiasi altro acquisto di voti che la porti a superare la soglia del 25%. Alla luce di tali notizie, la Commissione riesaminerà lo stato della concorrenza sul mercato comunitario del tabacco e adotterà le misure che le parranno opportune. Su richiesta dell'organo di vigilanza, Philip Morris applicherà per tre mesi, a decorrere dalla data dell'aumento o dell'acquisto, un accordo di « separazione » tra gli interessi propri e quelli di Rothmans che garantisca il mantenimento dello *status quo* nel detto mercato;

c) a non avere rappresentanti nel consiglio d'amministrazione o in qualsiasi altro organo direttivo di Rothmans;

d) a non sforzarsi di ottenere e a non accettare da parte di Rothmans o di Rembrandt informazioni suscettibili di influire sul comportamento di una tra le società del proprio gruppo.

(D) Nel maggio del 1983 la Commissione trasmise i nuovi accordi alle ricorrenti e il successivo 16 dicembre le informò, invitan-

dole a presentare eventuali rilievi, che non v'era più motivo di accogliere le loro richieste. In questa lettera, dopo aver illustrato le modifiche poste in essere dalle contraenti, l'istituzione affermava che le loro intese « contengono disposizioni relative alla cessione e all'acquisto di azioni Rothmans. Philip Morris è stata informata che, secondo l'opinione attuale della Commissione (...), la messa in opera di tali clausole (...) è incompatibile con le regole di concorrenza. Gli impegni ottenuti dalla Commissione garantiscono che, ove l'assetto della proprietà di Rothmans subisca cambiamenti, sarà possibile adottare congrue e immediate misure (...) » (pag. 2, *in fine*).

BAT e Reynolds risposero che queste osservazioni erano incompatibili con gli indirizzi emergenti dalla comunicazione degli addebiti, poiché nei nuovi accordi continuavano a sussistere quasi tutti gli elementi che la Commissione aveva allora giudicato contrari al trattato. Così, pressoché inalterate erano rimaste le clausole relative ai diritti di prelazione e alla cessione delle azioni Rothmans. BAT, in particolare, osservò che le restrizioni previste da tali patti avrebbero dissuaso qualsiasi terzo davvero indipendente dall'acquistare una quota di quelle azioni. Esse erano state infatti congegnate in modo da raggiungere uno scopo preciso: sottoporre il potenziale acquirente al controllo preventivo di Philip Morris. « In fact, Philip Morris can ensure (...) that any purchaser of part or all of the Rothmans shares is harmless to or, more importantly, prepared to cooperate with Philip Morris ». Contro dispositivi di questo genere i fragili e lacunosi impegni ottenuti dalla Commissione avrebbero potuto ben poco.

Il procedimento precontenzioso fu chiuso dalla lettera-decisione del 22 marzo 1984, con cui l'istituzione comunicò a BAT e a Reynolds che le rispettive denunce non potevano essere accolte e che la pratica doveva ritenersi archiviata. Essa contiene, in particolare, le seguenti dichiarazioni:

1) Non è stato possibile stabilire che gli accordi, analizzati sul terreno giuridico ed economico, sono in grado di falsare il giuoco della concorrenza nell'ambito della Comunità (punto 21).

2) Mentre le intese del 1981 conferivano a Philip Morris un diritto di veto sulla maggioranza effettiva delle azioni Rothmans mediante la sua partecipazione nella Tobacco Holding, i nuovi accordi fanno di essa un'azionista di minoranza (punto 22).

3) Varie disposizioni dei nuovi accordi consentono a Philip Morris: a) di acquistare il controllo di Rothmans; b) di recuperare una posizione di parità con Rembrandt nell'ipotesi di una vendita di azioni da parte di quest'ultima; c) di vendere ad un terzo designato titoli che rappresentino il 34,5% dei voti nell'assemblea di Rothmans (punto 23).

4) Non v'è dubbio che tali regole offrano a Philip Morris la possibilità di modificare la propria posizione di azionista di minoranza, così ottenendo il controllo di Rothmans; allo stato di semplici previ-

sioni, tuttavia, esse non incidono sulle condizioni di concorrenza secondo l'articolo 85 (punto 24).

5) Sulla base dei nuovi accordi, infatti, Rembrandt potrà esercitare i propri diritti di voto in Rothmans senza aver riguardo alle politiche di Philip Morris. Non v'è pertanto motivo di ritenere che Rembrandt non abbia interesse a fare di Rothmans un'impresa quanto più è possibile fiorente e redditizia (punto 25).

6) D'altro canto, mentre è certo che Philip Morris non vorrà pregiudicare il valore del proprio investimento in Rothmans, essa conserva un interesse notevole a impedire con tutti i mezzi industriali e commerciali di cui dispone che Rothmans conquisti nuove quote del mercato comunitario. Solo uno sforzo di questo genere, infatti, le consentirà di far valere il suo diritto di prelazione sui titoli Rothmans alle condizioni di offerta più favorevoli, sempre che la Commissione non si opponga all'esercizio di tale privilegio (punto 26).

7) Non si è contestato un abuso di posizione dominante (articolo 86) in quanto, per i motivi appena visti, i nuovi accordi non collocano Philip Morris in una situazione che le permetta di condizionare le attività commerciali di Rothmans (punto 29).

7. Torniamo ai ricorsi di BAT e di Reynolds. Nell'esaminare i primi due mezzi — violazione degli articoli 85 e 86 per manifesto errore di apprezzamento e dell'articolo 190 per difetto di motivazione —, terrò conto delle sole censure che riguardano l'oggetto della misura impugnata, ossia gli accordi del 1984 e le clausole che vi figurano. Ritengo, inoltre, superfluo esporre gli argomenti fondati dalle attrici sulla possibilità che ha Philip Morris di modificare la propria posizione in seno a Rothmans e chiedermi quali effetti un simile cambiamento avrebbe sui rapporti di concorrenza tra le due imprese. A questo riguardo, basta tener presente che Philip Morris deve comunicare alla Commissione ogni iniziativa atta a mutare lo *status quo* e che la Commissione può intervenire anche rispetto ad eventi non voluti dalle parti, ma capaci di incidere sulla loro lotta commerciale.

Ciò non significa naturalmente che io ignori i termini dell'annoso dibattito sull'applicabilità dell'articolo 85 agli *accordi* di concentrazione fra imprese e, dunque, il favore con cui a tale prospettiva guarda un settore della dottrina, i dubbi che in proposito nutre la Commissione, il pressoché generale consenso sulla necessità di regolare la materia con norme specifiche e il conseguente risentimento di tutti nei confronti del Consiglio, che si ostina a tenere sotto chiave le proposte fattegli dall'Esecutivo. Presumo altresì che, se fosse investita della questione, la Corte si orienterebbe per l'affermativa. Un indizio in tal senso offre la sentenza 13 luglio 1966, causa 32/65 (Italia/Consiglio e

Commissione, Racc. pag. 563, in particolare, pag. 592) per cui, in difetto di una disciplina che consenta di derogarvi e in presenza delle altre condizioni previste, « il tenore dell'articolo 85 rende il divieto applicabile (...) a *(qualsiasi) accordo* intervenuto tra imprese » (mio corsivo).

È innegabile tuttavia che nel nostro caso questo problema non sussiste. La Commissione, infatti, non contesta in principio che l'articolo si applichi agli accordi del 1984; si limita a sostenere, da un canto, che i detti accordi non contengono elementi tali da configurare una violazione della norma, dall'altro, che, sebbene essi siano suscettibili di evolvere verso forme di concentrazione, gli impegni assunti dalle parti nei suoi confronti le danno i mezzi per controllare ed arrestare ogni manovra intesa a quel fine. Ora, su quest'ultimo punto — cioè sulle aspettative dell'Esecutivo o sull'efficacia degli strumenti di cui esso si è munito —, non v'è molto che la Corte possa dire. Alla Corte interessa soprattutto la prima affermazione che si riferisce non al futuro, ma al presente: ossia agli accordi come operano qui e ora.

Ciò chiarito, passo all'analisi dei due mezzi. Per quanto riguarda la violazione del disposto relativo alle intese, le ricorrenti osservano che, nonostante la sua natura oligopolistica, il mercato comunitario delle sigarette è rimasto competitivo grazie ad una pluralità di fattori: le dimensioni delle imprese che vi agiscono, le quote che esse detengono, i metodi impiegati nella commercializzazione del prodotto, ecc. Ebbene, gli accordi del 1984 rompono questo fragile equilibrio perché consentono a Philip Morris e a Rothmans — cioè a due tra le maggiori società del comparto — di coordinare le loro attività. Fu proprio la Commissione a riconoscere, censurando gli accordi del 1981, che se un'impresa investe in misura considerevole nelle azioni di una concorrente, le due parti della vendita non potranno più « danneggiarsi deliberatamente ». Da allora le cose non sono cambiate. Di per sé — è vero — il possesso del 25% dei voti in una società di capitali non viola le norme « antitrust »; non può non violarle, tuttavia, se quella società è un avversario e per di più « leader » in una situazione di oligopolio.

Né questo è tutto. Per effetto delle clausole relative alla cessione dei titoli Rothmans, Philip Morris gode di una posizione privilegiata nella gara per il controllo della Rothmans; allo stesso tempo, essa è in grado d'impedire che altri soggetti vi partecipino con probabilità di successo e, se Rembrandt non si vale della prelazione, ha persino il diritto di scegliere il futuro acquirente. Anche tali vincoli, com'è ovvio, sono fatti per indurre Philip Morris e Rembrandt a collaborare o, per lo meno, a non ostacolarsi; e, se è così, non possono aversi dubbi che, disconoscendo l'attitudine dell'accordo ad escludere conflitti tra le parti, la Commissione ha dato di esso una valutazione erronea.

Rispetto alla mancata applicazione dell'articolo 86, BAT e Reynolds ricordano che « la nozione di sfruttamento abusivo è (...) oggettiva; (essa implica che) (...) il comporta-

mento dell'impresa (...) dominante (sia) atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è (...) sminuito » (sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann — La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 91 della motivazione). Per riconoscere l'esistenza di un abuso, dunque, l'entità del controllo posseduto da un'impresa non conta; conta che quest'ultima operi in modo da indebolire una concorrenza su cui la posizione da essa acquisita ha già avuto effetti negativi. Né è indispensabile che tale indebolimento sia sostanziale; decisivo, piuttosto, è che la condotta dell'impresa incida sensibilmente sul commercio tra gli Stati membri.

Sbaglia pertanto la Commissione quando sostiene che se la società investitrice non è in grado di condizionare l'impresa in cui possiede una partecipazione non sussiste abuso. Tuttavia, anche chi condivida in astratto questa tesi, non potrà non convenire che nel nostro caso condizionamento c'è. A tal fine, gli basterà non fermarsi a constatare che la partecipazione di Philip Morris ammonta al 25% per valutare il suo potenziale distorsivo alla luce dell'intero accordo, tenendo dunque in conto anche il patto di prelazione e, più in generale, le clausole che governano la cessione delle azioni Rothmans.

Infine, a sostegno del loro secondo mezzo, le ricorrenti ci rammentano i punti 30 e 31 della sentenza 26 novembre 1975, causa 73/74, Papiers Peints/Commissione, Racc. pag. 1491. Afferma il primo che « in forza dell'articolo 190 la Commissione è tenuta a motivare le sue decisioni, facendo riferimento (sia) ai dati di fatto da cui dipende la giustificazione giuridica del provvedimento (...) (sia) alle considerazioni che l'hanno indotta ad adottar(lo) »; e l'altro aggiunge che la motivazione può essere di norma sommaria, ma va data in modo esauriente ove la misura si spinga « notevolmente al di là delle decisioni precedenti ».

Nel caso di specie, per respingere le denunce di BAT e di Reynolds la Commissione è stata costretta a dichiarare che il controllo del 25% dei voti nell'assemblea di una società avversaria e dominante in un mercato oligopolistico non contravviene ai divieti degli articoli 85 e 86. Che questo principio sia legittimo è almeno dubbio; certe sono comunque la sua straordinaria importanza per il mondo economico e da qui, in base alla pronuncia citata, la necessità di chiarirne tutti gli aspetti in modo ampio e penetrante. Al contrario, la decisione è laconica fino a sfiorare la reticenza. Si aggiunga che la Commissione ha riconosciuto la considerevole possibilità di manovra offerta a Philip Morris dalle clausole relative alla cessione delle azioni Rothmans, ma ha omesso di spiegare per quale motivo la loro previsione non abbia attualmente l'effetto di falsare il giuoco della concorrenza.

8. Che dire dei mezzi così proposti? Gli argomenti addotti a sostegno del primo vanno, mi sembra, oltre il segno; vi chiedono cioè più di quanto possiate dare. I due ricorsi, si rammenterà, mirano a ottenere l'annullamento di una misura con cui sono state respinte denunce presentate ai sensi dell'articolo 3, n. 2, lett. b), regolamento n. 17/62. Ora, io non credo che in casi del

genere la Corte abbia il potere di accertare *tutte* le condizioni richieste per l'applicazione degli articoli 85 e 86; non lo credo perché a un simile controllo si oppongono, da un lato, il contenuto negativo delle misure d'archiviazione, dall'altro, la natura strettamente tecnica dell'apprezzamento che deve svolgere l'organo amministrativo. Nei limiti impostigli da questi fattori, l'esame a cui siete chiamati dovrà allora necessariamente concludersi riconoscendo che la decisione 22 marzo 1984 tiene conto di tutte le circostanze controverse ed è perciò immune da errori manifesti.

Un discorso più complesso pretende, invece, il secondo mezzo. Mi si consenta di riassumerlo in una frase: quel che le attrici rimproverano alla convenuta è di non aver dimostrato perché la partecipazione nel capitale di un concorrente diretto e « leader » in una parte cospicua di un mercato oligopolistico non possa incidere negativamente sulla concorrenza delle parti, anche quando corrisponde a un solo quarto dei voti.

Così formulata, l'accusa va respinta. Nei punti 25, 26 e 29 del provvedimento, infatti, la Commissione ha identificato e adeguatamente chiarito le ragioni per cui Philip Morris ha oggi interesse a competere con Rothmans e quindi a non sfruttare abusivamente la posizione dominante di questa. Certo: la spiegazione poteva essere più ricca. Non dobbiamo dimenticare, tuttavia, che le ricorrenti hanno preso parte attiva all'intera procedura precontenziosa e che nel suo corso hanno avuto modo di sviscerare ogni aspetto del problema. D'altro canto, l'articolo 190 « non esige che la Commissione discuta tutti i punti di fatto e di diritto (...) trattati durante il procedimento amministrativo ». La motivazione di un atto che reca pregiudizio ha, in fin dei conti, un solo scopo: « fornire all'interessato le indicazioni necessarie a) stabilire se l'atto stesso sia fondato » (sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia/Commissione, Racc. pag. 2545, punto 26 della motivazione).

Sotto questo aspetto, dunque, la decisione di respingere le denunce di BAT e di Reynolds appare motivata in modo congruo. È ovvio, tuttavia, che ciò non implichi ancora aver provato l'innocuità della partecipazione controversa: né al riguardo vale dire, come fa Philip Morris, che secondo l'ordinamento di uno Stato membro (Germania) il 25% rappresenta la soglia al di sotto della quale si presume in principio l'impossibilità di pratiche « antitrust ». Mi sembra infatti lapalissiano che, a differenza delle norme nazionali, i disposti del trattato si riferiscono all'intero mercato comune e mirano soprattutto ad evitare che le restrizioni della concorrenza pregiudichino il commercio tra i Dodici isolando i rispettivi mercati.

E allora? Quel che intendo dire è semplice: la nostra partecipazione non può essere studiata *in vitro*, come se fosse un preparato isolabile dall'organismo di cui fa parte. Al contrario, il suo grado di compatibilità con le norme comunitarie deve valutarsi alla luce dell'impatto che sul mercato europeo ha

l'*intero* accordo da cui è prevista. Ora, è noto che detto accordo contiene clausole — così quella relativa ai diritti di prelazione o quella che abilita Philip Morris a designare l'acquirente delle azioni Rothmans — il cui rilievo economico è *ictu oculi* ingente. Per respingere le denunce di BAT e di Reynolds la Commissione avrebbe dunque dovuto dimostrare l'inettitudine di tali patti a produrre conseguenze pregiudizievoli, specie per quanto riguarda la libertà contrattuale di ogn'altra impresa operante sul mercato delle sigarette. Ma essa non lo ha fatto; e, da questo punto di vista, non v'è dubbio che il suo provvedimento sia inficiato da un grave difetto di motivazione.

9. La conclusione così raggiunta ha del resto un solido ancoraggio nella pronuncia 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64 (Consten-Grundig/Commissione, Racc. pag. 429, in particolare, pag. 493). Ai sensi dell'articolo 85, n. 1 — vi si statuisce — « la concorrenza può esser alterata (...) non solo da accordi che la limitano fra le parti, ma anche da accordi che (la) impediscono o (la) restringono (...) » nelle possibili relazioni fra una parte ed i terzi, almeno in quanto essi mirino a « creare o garantire (...) un vantaggio ingiusto » per i contraenti. Io credo che tale principio sia applicabile al di là dell'ipotesi esaminata dalla Corte; e dunque anche a clausole che, come le nostre, facciano parte di un accordo per l'acquisto di una partecipazione azionaria. Anch'esse, infatti, possono procurare a chi le stipula « un vantaggio ingiusto »; ed è certo — come afferma la citata sentenza Remia al punto 17 — che il fine di per sé legittimo dell'intesa a cui ineriscono non le esclude da un esame di compatibilità coi divieti dell'articolo 85.

Quest'esame — sappiamo — non ha avuto luogo; ma a mettere le dette clausole in una luce sfavorevole basta il fascicolo di causa. Così, appare manifesto che esse non erano indispensabili o comunque funzionali alla conclusione dell'accordo e, checché dicano le intervenienti, non hanno lo scopo di tutelare l'investimento di Philip Morris. Il primo assunto è dimostrato dal loro contenuto, che riguarda unicamente le modalità di un'eventuale cessione di azioni Rothmans a terzi, e il secondo è provato dalla stessa Commissione. Nel punto 24 del provvedimento, infatti, essa afferma che, grazie a quei patti, Philip Morris è in grado di assumere il controllo di Rothmans direttamente o mediante un compratore di sua fiducia; ed è sempre essa, la Commissione, a porre in rilievo che gli impegni assunti dalla società nei suoi confronti sono appunto diretti a permetterle di bloccare sul nascere una scalata del genere.

Ma v'è di peggio. Nella comunicazione degli addebiti, ricordo, la Commissione definì i patti aggiunti ai vecchi accordi « themselves restrictive of competition » e « open-ended in nature » perché indifferenti alle

« size, market strength or competitive intentions of the acquiring party ». Ebbene, la mia impressione è che dal 1981 al 1984 i vincoli all'ingresso di terzi nel capitale di Rothmans siano divenuti ancora più stringenti. Rispondendo alla lettera del 16 dicembre 1983, BAT dichiarò infatti che le nuove clausole mirano ad assicurare « that any eventual purchaser of the (Rothmans) shares (...) is subject to prior control by Philip Morris ». Il rilievo fotografa la realtà e — tenuto conto che sul mercato delle sigarette l'acquisto di partecipazioni è forse l'arma più efficace di cui si possa disporre nella lotta contro gli altri oligopolisti (*supra* n.6) — fornisce una chiave decisiva per la comprensione del fenomeno in esame.

Naturalmente, la Commissione non è d'accordo. Nel controricorso, per la verità, essa aveva riconosciuto che, se Philip Morris non esercita il suo diritto di prelazione, l'acquisto dei titoli Rothmans diviene, agli occhi dei concorrenti, « singularly unattractive »; ma, questa preziosa ammissione è stata corretta in udienza. Quel diritto — ci siamo sentiti dire — « is *simply* a right to be notified that Rembrandt is prepared to sell his shares, and a right to bid, so Philip Morris may bid »; Rembrandt, infatti, resta libero di vendere al migliore offerente e nulla permette di dubitare che le azioni finiranno con l'essere acquistate da « whoever offers the most money » (processo verbale pag. 72).

Le cose, tuttavia, non stanno in questi termini. Si pensi, infatti, alla clausola di cui al punto 4. a): se intende cedere le sue azioni ad un solo compratore, Rembrandt deve far in modo che egli offra a Philip Morris l'acquisto del suo pacchetto di titoli Rothmans « at the same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's shares ». Qui le carte sono addirittura scoperte: la consapevolezza di esser esposti a continui « rilanci » da parte di Philip Morris, l'enormità della quota che si è tenuti ad acquistare (quasi il 70% dei voti Rothmans!), la circostanza che il pagamento debba aver luogo in contanti sono tutti fattori intesi a dissuadere qualunque terzo — anche il più motivato — dal farsi avanti o dal portare a termine la trattativa.

Potrei sviluppare ancora questo tema e in ispecie soffermarmi sugli effetti non meno perversi che produce il diritto di designazione attribuito a Philip Morris; ma una simile indagine sarebbe un fuor d'opera. Stabilire se i patti in esame siano contrari all'articolo 85, n. 1, o, *viceversa*, non limitino la concorrenza nei confronti degli altri oligopolisti spettava all'organo inquirente. Né si dica che esso non vi ha provveduto perché a garantirgli la non pericolosità di quelle clausole erano gli impegni ottenuti dai contraenti; è stata infatti la stessa convenuta ad ammettere che tali impegni — assunti, per di più, *dopo* la stipulazione dell'intesa — non pesarono sui suoi convincimenti in ordine alla liceità di quest'ultima.

In conclusione, sul fatto che la convenuta sia inadempiente all'obbligo impostole dall'articolo 190 non possono sussistere dubbi; il provvedimento controverso va quindi annullato per difetto di motivazione rispetto all'esistenza di una delle condizioni a cui è subordinata la compatibilità di un accordo tra imprese col divieto dell'articolo 85, n. 1, trattato CEE.

10. Per tutte le considerazioni che precedono vi suggerisco di accogliere i ricorsi proposti da British American Tobacco Company Ltd e da Reynolds Industries Incorporated contro la Commissione delle Comunità europee e di annullare la decisione 22 marzo 1984 relativa alle pratiche nn. IV/30.342 e IV/30.926. Ai sensi dell'articolo 69, n. 2, regolamento di procedura, le spese di giudizio vanno poste a carico della Commissione, risultata soccombente. Ciascuna delle parti intervenute sopporterà le proprie spese.