CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE SIR GORDON SLYNN, DEL 30 SETTEMBRE 1981 [1]

Signor Presidente,
signore e signori,

Con lettera 19 dicembre 1980, il direttore generale della direzione concorrenza della Commissione CEE informava l'International Business Machines Corporation di Armonk, New York (in prosieguo: IBM), che, in data 10 dicembre 1980, la Commissione aveva instaurato nei confronti dell'IBM un procedimento a norma dell'art. 3 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962 n. 17 (GU 1962, pag. 207). La lettera dichiarava che, vagliate le informazioni assunte tramite indagine diretta, e visti i reclami pervenuti da cinque società, tra cui la Memorex SA (in prosieguo: Memorex), la Commissione aveva concluso che i dati emersi mettevano in luce una posizione dominante dell'IBM per quanto riguardava determinati articoli venduti sul Mercato comune, o in una parte sostanziale di esso, e che determinate pratiche da essa seguite costituivano abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE. Di conseguenza — la lettera proseguiva — la Commissione si riproponeva di constatare mediante decisione la violazione dell'art. 86 e di intimare alla società destinataria di porvi fine. Inoltre la Commissione intendeva irrogare un'ammenda all'IBM per le violazioni constatate nonché applicarle le penalità di mora relative. La lettera così proseguiva:

«Prima di adottare la decisione, la Commissione desidera conoscere le vostre eventuali osservazioni. Quindi, come stabilito dall'art. 19, n. 1, del regolamento del Consiglio n. 17/62 e dal regolamento del Consiglio n. 99/63 (GU 1963, pag. 2268), la Commissione vi invita ad esporre, per iscritto e oralmente, gli argomenti a vostra difesa relativamente agli addebiti formulati».

Il termine concesso all'IBM per presentare le sue difese scadeva il 30 aprile 1981. Assieme alla lettera veniva trasmessa una comunicazione di addebiti ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 99/63. Con gli allegati, il fascicolo raggiunge le 1150 pagine.

È per ora superfluo dilungarsi sugli addebiti della Commissione. Basterà ricordare in breve che l'IBM è un importante produttore di impianti per l'elaborazione elettronica dei dati, comprese le unità centrali e il software relativo; la Commissione le fa carico di aver tenuto una condotta in cui è ravvisabile un abuso di posizione dominante per quattro motivi. I primi due consistono nel fatto che l'IBM avrebbe praticato la politica di fornire, assieme a modelli di calcolatori di determinate serie, prodotti di software detti Systems Control Programming o grandezze fisse nella memoria centrale, con il risultato (a giudizio della Commissione) di estromettere i concorrenti da una notevole parte del mercato del soft-

1 — Traduzione dall'inglese.

ware o delle memorie centrali utilizzabili con le macchine IBM. Il terzo motivo sarebbe costituito dalla politica dell'IBM di non comunicare ai concorrenti le modifiche delle interfacce facenti parte dei modelli della serie di calcolatori IBM prima della loro consegna, il che svantaggerebbe i fabbricanti di accessori utilizzabili sugli impianti IBM. Il quarto motivo sarebbe costituito dalla presunta politica dell'IBM di negare il servizio di assistenza noto come Installation Productivity Option a chi se serve di unità centrali adattabili ai calcolatori IBM, ma di origine diversa.

Ricevuta la lettera e la comunicazione degli addebiti, la IBM chiedeva chiarimenti sugli atti in base ai quali era stato iniziato il procedimento e si era inviata la comunicazione degli addebiti. In seguito, i rappresentanti dell'IBM dichiaravano che una delle ragioni per cui essi chiedevano queste delucidazioni era il desiderio di sapere fino a che punto gli autori dei provvedimenti in questione avevano tenuto conto, se ne avevano tenuto conto, del dovere della Commissione di attenersi ai canoni del diritto internazionale. La Commissione rispondeva osservando che tanto l'avvio di un procedimento quanto l'autorizzazione a trasmettere una comunicazione degli addebiti nelle ipotesi contemplate dagli artt. 85 e 86 del Trattato CEE constituiscono provvedimenti interni della Commissione, che si pronuncia collegialmente, o del Commissario responsabile della politica concorrenziale, che agisce per conto della Commissione. «Pur se l'avvio di un procedimento e l'approvazione della comunicazione degli addebiti possono costituire oggetto di due diverse decisioni non contemporanee, esse vengono abbinate — se possibile — per ragioni di semplicità. Le decisioni interne della Commissione non costituiscono "decisioni" ai sensi dell'art. 189 del Trattato CEE e non vengono rese di pubblico dominio.»

Il 20 febbraio 1981 i rappresentanti dell'IBM scrivevano alla Commissione osservando che la comunicazione degli addebiti conteneva alcuni «difetti» — come essi li definivano — «di gravità tale da viziare la validità giuridica vuoi della comunicazione, vuoi dell'instaurazione del procedimento». In particolare, essi si dolevano di un brano nella suddetta comunicazione in cui la Commissione si riservava il diritto di formulare ulteriori addebiti circa taluni punti risultanti dai fatti esposti in quel documento; inoltre essi eccepivano che la comunicazione stessa era redatta in termini così oscuri e contraddittori da richiedere chiarimenti molto particolareggiati prima che l'IBM fosse chiamata a difendersi. Essi chiedevano alla Commissione di revocare la comunicazione degli addebiti e di chiudere quello che definivano «il presente procedimento»; in subordine chiedevano ulteriori e particolareggiati chiarimenti circa la comunicazione degli addebiti, formulando vari interrogativi generali e particolari che occupavano oltre cento pagine.

Alla data in cui è stato promosso il presente procedimento, la lettera di cui sopra non aveva ancora avuto risposta. Tuttavia, il 13 aprile 1981, la Commissione rispondeva alla lettera del 20 febbraio 1981, rifiutandosi di revocare la comunicazione degli addebiti o la decisione di promuovere il procedimento nei

confronti dell'IBM e dando risposta agli interrogativi dell'IBM, esponendo cioè ulteriori e maggiori particolari che la Commissione riteneva necessari per consentire all'IBM di presentare le sue difese circa gli addebiti mossile. Essa aggiungeva: «se qualcuna delle vostre richieste d'informazione o di chiarimenti non è stata evasa, e in esito ad ulteriore analisi giudicate la risposta davvero indispensabile al vostro cliente, vogliate ribadire la richiesta, specificando per iscritto quali punti vanno meglio chiariti e perché».

I patroni dell'IBM accettavano la proposta e inoltre chiedevano la fissazione di un termine assai ampio per formulare le loro osservazioni sulla communicazione degli addebiti. La Commissione concedeva la proroga del termine, anche se in misura inferiore a quella chiesta.

Il presente ricorso è stato depositato in cancelleria dall'IBM il 18 marzo 1981, a norma dell'art. 173 del Trattato CEE. La IBM chiede l'annullamento dell'atto o degli atti della Commissione con cui è stato instaurato nei confronti dell'IBM un procedimento a norma dell'art. 3 del regolamento n. 17/62 e con cui la comunicazione degli addebiti è stata inviata e/o notificata all'IBM, nonché l'annullamento della stessa, in quanto costituisca un atto della Commissione.

Il ricorso si fonda su tre mezzi. Il primo è che la Commissione non si sarebbe attenuta ad un minimo di criteri legali nel compilare la comunicazione degli addebiti, in particolare non avrebbe specificato tutti gli addebiti di cui intendeva tener conto nella sua decisione, non avrebbe specificato con sufficiente chiarezza i fatti essenziali e le considerazioni giuridiche che avrebbero costituito il fondamento dell'emananda decisione, né avrebbe fissato un termine adeguato per la presentazione delle difese dell'IBM contro gli addebiti che le si muovevano. Il secondo mezzo è il presunto eccesso di potere commesso dalla Commissione in quanto gli atti in questione sono stati autorizzati o adottati da persone diverse dalla Commissione operante collegialmente. Il terzo mezzo si riferisce alla presunta omissione della Commissione di tener debito conto dei principi di convivenza internazionale che avrebbero dovuto venir rispettati nella fattispecie, in considerazione del fatto, specialmente, che gli addebiti mossi dalla Commissione all'IBM riguardano anzitutto azioni od omissioni che si sostiene abbiano avuto luogo fuori della Comunità e specie negli Stati Uniti, ove la condotta dell'IBM sarebbe stata vagliata da molti giudici e — nei casi in cui si è giunti alla sentenza — la pronuncia sarebbe stata essenzialmente favorevole all'IBM.

La Commissione ha eccepito l'irricevibilità del ricorso, in quanto i provvedimenti litigiosi non sono «decisioni» ai sensi del secondo comma dell'art. 173 del Trattato CEE.

Il procedimento, nella fase attuale, concerne esclusivamente l'eccezione di irricevibilità. Non saranno esaminati nel merito gli argomenti dell'IBM a sostegno dell'impugnazione degli atti litigiosi, né la domanda dell'IBM, presentata assieme al ricorso principale, con cui si chiede alla Corte di imporre alla Commissione di produrre particolari degli atti litigiosi; viene poi esclusa dall'esame la domanda parallela, fondata sugli artt. 173, 175, 178 e 215 del Trattato CEE, depositata il

20 giugno 1981 e registrata come causa 190/81.

A norma dell'art. 93, § 3, del regolamento di procedura, la Corte ha ammesso all'intervento la Memorex, che si presenta in giudizio *ad adjuvandum* a fianco della Commissione. Una domanda di provvedimenti urgenti, presentata il 28 maggio 1981, è stata respinta dal presidente della Corte il 7 luglio 1981.

Gli argomenti svolti da entrambe le parti, per iscritto e oralmente, vertono tutti su principi generali e sul tenore di singole disposizioni del Trattato e dei regolamenti. L'IBM osserva che è una grave lacuna il fatto che la Corte non abbia facoltà di pronunciarsi immediatamente su atti della Commissione o dei suoi dipendenti la cui illegittimità è facilmente dimostrabile. Un atto o un procedimento viziato («un animale ferito») non devono potersi trascinare penosamente fino ad una futile conclusione. La Commissione ribatte che sarebbe altrettanto intollerabile che i suoi procedimenti amministrativi fossero soggetti a sindacato appena iniziati.

In linea di massima, mi pare valida l'osservazione dell'IBM, secondo cui la Corte deve poter esercitare il suo sindacato in qualsiasi momento sulle istituzioni e sui dipendenti della Comunità qualora sia chiaramente dimostrata l'illegittimità dei loro atti. Non ha senso continuare un procedimento viziato, con forti spese tanto per la Comunità quanto per gli amministrati che ne sono coinvolti. Checché ne dica la Commissione, questo sindacato non ostacolerebbe la sua amministrazione: anzi la rafforzerebbe e la garantirebbe.

Ma questo è un problema che non si pone in questa sede. La Corte deve stabilire solo se «gli atti» con cui la Commissione ha instaurato il procedimento nei confronti della ricorrente e le ha trasmesso la comunicazione degli addebiti, o la comunicazione stessa, costituiscano una «decisione» nei confronti dell'IBM ai sensi dell'art. 173 del Trattato. Né dobbiamo occuparci di altri articoli del Trattato o di altre competenze della Corte.

Vanno disattesi, a mio avviso, gli argomenti generali della Commissione relativi alla novità dei mezzi dedotti in sede giurisdizionale e l'argomento secondo cui c'è da temere che — qualora l'IBM riuscisse a provare che gli atti litigiosi sono «decisioni» — saltino le chiuse e qualsiasi atto amministrativo della Commissione possa venir impugnato dinanzi alla Corte. Qualunque sia la portata del termine «decisione» di cui all'art. 173, mi pare chiaramente fuori discussione che vi sono varie fasi o atti dei procedimenti di cui ai regolamenti nn. 17 e 99 che non possono configurarsi come decisioni. Dissento pure da quanto ha sostenuto la Memorex, secondo cui, con il presente ricorso, si è in un certo senso adita abusivamente la Corte. Alla luce delle disposizioni dei regolamenti e della giurisprudenza citata, il problema posto sul tappeto, indipendentemente da come verrà risolto, verte su un tema che la ricorrente poteva proporre.

L'art. 173 comincia come segue:

«La Corte di giustizia esercita un controllo di legittimità sugli atti del Consiglio e della Commissione che non siano

raccomandazioni o pareri. A tal fine, essa è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di patere, proposti da uno Stato membro, dal Consiglio o dalla Commissione.

Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle stesse condizioni, un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente e individualmente.»

La Corte ha dovuto occuparsi della portata del termine «decisione» in altri contesti in svariate occasioni, ma ha sempre evitato di conferire a questo vocabolo il significato ampio che ha nel linguaggio quotidiano. Pur se in linea di principio ha sempre tenuto conto della sostanza dell'atto, piuttosto che della definizione formale del relativo iter, la Corte ha specificato i fattori che possono essere necessari o sufficienti per definire «decisione» ai sensi del Trattato l'adozione di un determinato atto. Ad esempio nelle cause riunite 1 e 14/57, *Usines à Tubes de la Sarre* c/ *Alta Autorità* (Racc. 1957, pag. 216) ha affermato che

«un atto dell'Alta Autorità costituisce una decisione qualora contenga una norma atta ad essere direttamente applicata; in altre parole, quando nell'atto si stabilisca inequivocabilmente e sin dalla sua emanazione, quale sarà la condotta dell'Alta Autorità ove determinate condizioni si avverino».

Nelle cause riunite 23, 24 e 52/63, *Usines Henricot* c/ *Alta Autorità* (Racc. 1963, pag. 450) ha dichiarato che

«la decisione deve presentarsi come un atto del collegio dell'Alta Autorità destinato a produrre effetti giuridici, il quale rappresenta lo stadio finale del procedimento interno presso l'Alta Autorità e mediante il quale questa statuisca definitivamente, in forma che consenta di identificarne la natura».

Nella causa 54/65, *Forges de Châtillon* c/ *Alta Autorità* (Racc. 1966, pagg. 394-395):

«una decisione deve infatti presentarsi come un atto emanante dall'organo competente, destinato a produrre effetti giuridici, che costituisca lo stadio finale dell'iter interno e che statuisca definitivamente in una forma atta a farne identificare la natura».

Nella causa 22/70, *Commissione* c/ *Consiglio* (Racc. 1971, pag. 277) si è affermato che per costituire una decisione, un provvedimento deve produrre effetti giuridici.

In queste cause ed in molte altre in cui il problema si è posto, le espressioni usate vanno viste sullo sfondo del provvedimento di cui trattavasi. I termini precisi usati in un dato contesto non devono necessariamente aver identico valore per una situazione diversa. Come ha sottolineato l'avvocato generale Roemer nelle cause riunite 8-11/66 *Cimenteries* c/ *Commissione* (Racc. 1967, pag. 117), non

è corretto chiedersi solo se scaturiscano effetti giuridici;

«... non è sufficiente qualsiasi effetto giuridico ..., ma più restrittivamente si richiede che l'atto possa incidere in misura rilevante nella sfera d'interessi».

Per di più non è il caso di accertare con pignoleria se un atto concluda un procedimento amministrativo.

«In questa ipotesi non si tiene conto del carattere provvisorio o definitivo degli esami effettuati, ma esclusivamente del se gli effetti concreti dell'atto abbiano carattere provvisorio». (Ibidem, pag. 119)

Considerando gli elementi di cui sopra piuttosto come falsariga che come norme giuridiche inderogabili, si deve perciò tener conto della sostanza dell'atto.

Il primo atto ora impugnato è quello con cui è stato instaurato il procedimento a norma dell'art. 3 del regolamento n. 17. La comunicazione degli addebiti impugnata è una comunicazione a norma dell'art. 2 del regolamento n. 99.

Il preambolo del regolamento n. 17 ammette che può essere importante per le imprese sapere se un accordo può innescare, da parte della Commissione, un procedimento a norma degli artt. 85, n. 1, o 86 del Trattato; che la Commissione deve avere il potere, in tutta l'area comunitaria, di esigere le informazioni e di svolgere le indagini necessarie per individuare eventuali accordi o pratiche vietate o qualsiasi abuso di posizione dominante e, allo stesso tempo, che le imprese devono avere il diritto di esporre le loro osservazioni alla Commissione.

Non si specifica quale sia l'atto con cui «si inizia il procedimento». L'art. 9 si limita a dichiarare:

«fino a quanto la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli artt. 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'art. 85, § 1, e dell'art. 86».

Nella fattispecie, la lettera della Commissione 19 dicembre 1980 si richiama al fatto che il 10 dicembre 1980 la Commissione «ha promosso un procedimento a norma dell'art. 3». L'art. 3 stabilisce che

«se la Commissione constata, su domanda o d'ufficio, un'infrazione ... può obbligare, mediante decisione, le imprese ... interessate a porre fine all'infrazione contestata».

Però, in virtù dell'art. 19:

«prima di ogni decisione prevista dagli artt. ... 3 ... la Commissione dà modo alle imprese ... interessate di manifestare il proprio punto di vista relativamente agli addebiti su cui essa si basa».

L'art. 2 del regolamento n. 99/63 impone alla Commissione di comunicare per iscritto alle imprese gli addebiti che loro contesta. Nella comunicazione si deve stabilire un termine entro il quale gli interessati dovranno esporre il loro punto di vista e le ammende possono irrogarsi solo previa notifica degli addebiti nelle forme contemplate al n. 1 dell'art. 2. L'art. 4 recita:

«la Commissione, nel decidere, prende in considerazione soltanto quegli addebiti sui quali le imprese ... contro cui la de-

cisione è diretta, hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista».

L'IBM, pur negando che la Corte sia vincolata dai criteri elencati dalla Commissione (cioè, primo, che l'atto deve essere definitivo e finale; secondo, che esso deve concludere un procedimento o una fase distinta e ben definita di un procedimento; e, terzo, che l'atto deve produrre effetti giuridici nei confronti delle imprese), sostiene che questi presupposti sussistono.

Infatti — essa sostiene — l'inizio di un procedimento e/o l'invio di una comunicazione concludono la fase istruttoria: essi corrispondono alla presa di posizione finale e definitiva della Commissione, che nella sua lettera espone «conclusioni» e intenzioni fondate sui risultati dell'indagine. La comunicazione degli addebiti può solo venir inviata dopo la conclusione dell'indagine e costituisce il provvedimento che rispecchia l'atteggiamento definitivo della Commissione o «l'acte fixant la position de la Commission» (causa 48/69, *ICI* c/ *Commissione*, Racc. 1972, pag. 650, e causa 54/69, *Francolor* c/ *Commissione*, Racc. 1972, pag. 871). Per di più esso costituisce lo spartiacque tra procedimento «interno» e procedimento «esterno».

In un certo senso mi pare artificiosa la suddivisione tra la fase «istruttoria» del procedimento e la cosiddetta fase «formale». Il tutto costituisce un unico procedimento, che comincia con le indagini, in esito alle quali si formano i primi convincimenti che si concretizzano nella comunicazione degli addebiti, e che sfocia in una decisione finale circa il se vi sia stata o meno infrazione. Se le cose stanno così, il procedimento ha inizio in senso vero e proprio molto tempo prima della decisione di notificare la comunicazione degli addebiti e gradualmente sfocia nella decisione finale. La notifica degli addebiti non costituisce un vero punto culminante di questo procedimento.

Comunque, seconda la sentenza nella causa 48/72, *Brasserie de Haecht* c/ *Wilkin-Janssen* n. 2, Racc. 1973, pag. 87, l'inizio del procedimento menzionato all'art. 9 è rappresentato chiaramente da «un atto d'imperio della Commissione col quale questa manifesta la propria volontà di adottare una decisione» tra l'altro a norma dell'art. 13 del regolamento n. 17. Se ciò è vero, la «conclusione» che il procedimento contemplato dal regolamento va instaurato e va notificata la comunicazione degli addebiti, mi pare si debba più esattamente qualificare come inizio di una fase dell'iter anziché come atto conclusivo di una fase dello stesso.

Per di più, pur ammettendo che alla Commissione sono imposti determinati limiti in base a quanto è esposto nella comunicazione degli addebiti, non ritengo che questa vada considerata «finale» o definitiva nel senso attribuito al termine nelle sentenze ricordate in precedenza.

È innegabile che tanto la lettera 19 dicembre 1980 quanto la comunicazione degli addebiti contengono conclusioni circa l'infrazione, però lo scopo con esse perseguito è quello di porre i destinatari

«in grado di presentare tempestivamente le loro osservazioni circa gli addebiti loro mossi dalla Commissione» (cause riunite 56 e 58/64 *Consten-Grundig c/ Commissione*, Racc. 1966, pag. 516).

La lettera mi pare rispecchi fedelmente la reale situazione:

«La Commissione *intende* adottare una decisione onde constatare la violazione dell'art. 86 e onde esigere che venga posta fine alla violazione stessa. La Commissione *divisa inoltre* l'irrogazione di un'ammenda nei confronti della vostra impresa. *Prima di adottare una decisione* la Commissione desidera esaminare le vostre eventuali osservazioni».

È indiscutibile che qualsiasi decisione deve tener conto di tali osservazioni, sicché le «conclusioni» esposte non possono essere che provvisorie.

Rimane il problema del se vi siano effetti giuridici idonei a «incidere in misura rilevante nella sfera d'interessi». Chiaramente, numerosi sono gli effetti in fatto e — in un certo senso — in diritto, scaturenti vuoi dall'instaurazione del procedimento vuoi dalla notifica della comunicazione degli addebiti. L'IBM, nella risposta all'eccezione di irricevibilità, ne elenca tredici. Quelli che si ricollegano alle iniziative che la IBM deve o può prendere in relazione al procedimento, come la necessità di esprimersi sugli addebiti o rischiare di incorrere in una decisione negativa, pur se l'allestimento di una simile difesa può risultare finanziariamente oneroso, non mi pare possano costituire effetti giuridici che incidano in misura rilevante sui suoi interessi ai sensi della giurisprudenza citata. Neppure può considerarsi come un effetto di questo genere il fatto che la comunicazione degli addebiti pone un limite all'adottanda decisione della Commissione. È vero che la notifica degli addebiti costituisce un preliminare indispensabile all'irrogazione dell'ammenda, però l'atto di per sé non irroga alcuna ammenda. L'unico effetto citato dallo stesso regolamento n. 17 e la sospensione del potere degli Stati membri di applicare gli artt. 85, n. 1, è 86 del Trattato. Questa conseguenza, che — se non erro — è dettata dal proposito di evitare che Commissione e autorità nazionali instaurino procedimenti paralleli, non può definirsi come conseguenza che incida negativamente su un'impresa, quanto meno in una situazione normale, giacché mette al riparo l'impresa — almeno temporaneamente — dal rischio di essere oggetto di una forma di procedimento giuridico. Nel nostro caso non sono segnalate circostanze speciali che mettano in luce particolari effetti negativi a seguito della sospensione del potere di uno Stato membro di agire, come quello prospettato dall'IBM in via d'ipotesi. Non sottovaluto le ripercussioni pratiche che può avere sul giro d'affari dell'impresa interessata la notifica di una comunicazione di addebiti, alle quali si riferisce la IBM, specie allorché in altri paesi pendano procedimenti, però — a mio avviso — non si può ancora parlare di effetti giuridici come credo li abbia intesi la Corte in altre occasioni.

L'interruzione della prescrizione che scaturisce dall'instaurazione di un procedimento, a norma dell'art. 2, n. 1, lett. c), del regolamento del Consiglio 26 novembre 1974 n. 2988 (GU 1974 n. L 319/1) è una conseguenza giuridica e, naturalmente, importante. Nonostante qualche

dubbio iniziale, mi pare tuttavia che questa disposizione, ovviamente adottata al fine di evitare che una indagine diventi inutile col trascorrere del tempo, vada considerata come una parte integrante del procedimento che non è riconducibile alla categoria di conseguenze che la Corte ha finora definito.

L'IBM si richiama, attribuendovi grande importanza, a quella che essa definisce somiglianza tra l'art. 6 del regolamento n. 99 e l'art. 2 di detto regolamento, ed in particolare alle conclusioni dell'avvocato generale Capotorti nella causa 125/78 *(GEMA c/ Commissione,* Racc. 1979, pag. 3200). L'art. 6 stabilisce che, qualora la Commissione ritenga che vi siano elementi insufficienti per accogliere una domanda presentata a norma dell'art. 3, n. 2, del regolamento n. 17,

«ne indica i motivi ai richiedenti e fissa loro un termine per la presentazione di eventuali osservazioni scritte».

Si sostiene che l'avvocato generale Capotorti si è espresso nel senso che una comunicazione a norma dell'art. 6 può venir impugnata entro i termini prescritti mediante ricorso giurisdizionale a norma dell'art. 173 del Trattato.

Mi pare importante ricordare che quella causa si fondava sull'art. 175 del Trattato e che la questione in discussione era se vi fosse stata omissione di trasmettere un atto diverso da una raccomandazione o da un parere.

È vero che in un'analisi generale dei rapporti tra l'art. 173 e l'art. 175, l'avvocato generale Capotorti ha riconosciuto che, ove la Commissione abbia adottato una decisione, un singolo toccato direttamente da questa può impugnarla con un ricorso ai sensi dell'art. 173, anche se non è destinatario della decisione. Considerando la lettera della Commissione, che comunicava i motivi a norma dell'art. 6, come implicanti «una decisione di archiviazione della procedura iniziata», egli osservava che il ricorrente avrebbe potuto chiedere l'annullamento della decisione in base ai principi enunciati nella sentenza in causa 26/76, *Metro c/ Commissione* (Racc. 1977, pag. 1875). D'altro canto, è pure evidente che egli con considerava la comunicazione di informazioni prescritta dall'art. 6 del regolamento n. 99 come una «decisione» pur se questa presuppone che la Commissione abbia terminato l'esame delle informazioni fornite dalla ricorrente e di quelle assunte durante le sue indagini, e pur se l'invio di una comunicazione può costituire uno dei provvedimenti adottati dalla Commissione che «incidano tuttavia nella sfera giuridica dei destinatari» (pag. 3196). Questo modo di vedere mi sembra trovare conforto nelle conclusioni dell'avvocato generale Roemer nella causa *Cimenteries c/ Commissione* (supra).

L'orientamento dell'avvocato generale Capotorti circa gli atti impugnabili a norma dell'art. 173 va quindi visto sullo sfondo della sentenza *Metro.* A quanto risulta in quella sentenza si è riconosciuta l'esistenza di una «decisione» di non instaurare un procedimento. Si trattava in sostanza di stabilire se la ricorrente — che aveva chiesto, ma senza esito, che venisse accertato a norma dell'art. 3, n. 2, del regolamento n. 17 che il sistema di distribuzione della Saba era incompatibile con gli artt. 85 e 86 del Trattato — potesse sostenere che la decisione di non procedere toccasse direttamente e individualmente la Metro.

La Corte afferma che «nell'interesse e di una sana amministrazione della giustizia

e di una corretta applicazione degli artt. 85 e 86, è opportuno che le persone fisiche o giuridiche che in forza dell'art. 3, n. 2, lett. b, del regolamento n. 17, hanno facoltà di adire la Commissione per far rilevare le infrazioni dei suddetti artt. 85 e 86 siano legittimate, se la loro domanda viene respinta, totalmente o parzialmente, ad esperire un'azione a tutela dei loro legittimi interessi»; quindi «si deve ritenere che la ricorrente sia toccata direttamente ed individualmente dalla decisione litigiosa».

Dal punto 17 della sentenza *GEMA*, risulta che la Corte tratta l'avviso a norma dell'art. 6 piuttosto come una «comunicazione» che come una decisione. Essa ha esaminato la controversia supponendo, anche se non dichiarando, che la comunicazione avesse natura di decisione ed ha stabilito che non sussisteva alcun diritto di costringere la Commissione a giungere ad una «decisione definitiva» in cui si dichiarasse se vi era stata o meno violazione degli artt. 85 e 86.

Mi pare che, per quel che riguarda il fornire informazioni a norma dell'art. 6 e dell'art. 2, le conclusioni dell'avvocato generale Capotorti siano opposte all'argomento dell'IBM, giacché egli ha considerato inequivocabilmente che le informazioni trasmesse all'impresa non costituiscono decisione. Nei limiti in cui la comunicazione di informazioni a norma dell'art. 6 segue, «implica», o è prova di, una decisione, non mi pare che le due situazioni siano in pari materia. A meno che non vengano fatti ulteriori commenti in base all'art. 6 o la Commissione non riapra l'indagine, in esito a tali commenti o per altre ragioni, la domanda si esaurisce. Non seguirà alcun'altra fase o alcuna decisione che i richiedenti possano impugnare. In questo senso la decisione è definitiva. A norma dell'art. 2 devono seguire ulteriori fasi: è necessaria un'ulteriore decisione, in un senso o nell'altro. Dunque mi pare che le conclusioni dell'avvocato generale Capotorti e la sentenza *Metro* non servano a risolvere la questione ora in esame. Lo stesso può dirsi per le conclusioni dell'avvocato generale Mayras nelle cause riunite 109 e 114/75, *NCC* c/ *Commissione* (Racc. 1977, pg. 381), che l'IBM invoca allo stesso scopo.

Mutatis mutandis, lo stesso vale per l'art. 11 del regolamento n. 17. Pur se a prima vista può apparire strano che una richiesta formale di informazioni costituisca una decisione impugnabile, mentre una decisione di instaurare un procedimento e di inviare una comunicazione di addebiti non lo è, la differenza sta — mi sembra — nel fatto che se le informazioni non sono fornite, l'omissione rende immediatamente l'interessato passibile dell'ammenda a norma degli artt. 15, n. 1, lett. b), o 16.

L'IBM si appella pure a quella che definisce una sorprendente affinità tra la comunicazione degli addebiti a norma dell'art. 2 e la comunicazione a norma dell'art. 15, n. 6, del regolamento n. 17, che — secondo la sentenza in causa *Cimenteries* c/ *Commissione* (citata) — implica una «decisione» ai sensi dell'art. 189, impugnabile a norma dell'art. 173. L'art. 15, n. 6, sopprime l'esenzione dalla passibilità di ammenda a norma di detto articolo, allorché gli accordi sono stati notificati, «dal momento in cui la Commissione ha informato le imprese interes-

sate di ritenere, sulla base di un esame provvisorio, che sussistano le condizioni dell'art. 85, § 1, del Trattato e che l'applicazione dell'art. 85, § 3, non è giustificata». Si sostiene che tanto la comunicazione a norma dell'art. 15, n. 6, quanto quella ai sensi dell'art. 2 espongono il destinatario al rischio di un'ammenda, ma null'altro; che in entrambi i casi vengono pregiudicati radicalmente gli interessi del destinatario e entrambi gli atti hanno nei suoi confronti identica forza vincolante; l'una e l'altra comunicazione sono precedute da un'accertamento della Commissione e devono fornire la motivazione delle conclusioni cui essa è pervenuta; entrambe costituiscono un evidente spartiacque nel procedimento e impongono al destinatario l'obbligo di scegliere tra il modificare la sua linea di condotta o il correre il rischio dell'ammenda.

La sentenza della Corte partiva dal presupposto che il provvedimento adottato, rendendo le imprese passibili di un'ammenda, le privava dei vantaggi della situazione giuridica in cui, in base all'art. 15, n. 5, esse si trovavano grazie alla notifica dell'accordo, quindi le esponeva a un grave rischio finanziario. «Detti atti» — dichiarava la Corte — «incidono quindi sugli interessi delle imprese in quanto modificano sostanzialmente la loro situazione giuridica . . .; la Commissione ha inequivocabilmente adottato un provvedimento avente conseguenze giuridiche . . .; malgrado il suo carattere provvisorio, l'atto con cui la Commissione statuisce . . . rappresenta la conclusione di una procedura speciale, distinta da quella che, previa applicazione dell'art. 19, consente poi di pronunciarsi nel merito» (pagg. 104-105).

L'avvocato generale Roemer, a pag. 118, giungeva alla stessa conclusione. A suo avviso, a seguito delle comunicazioni ai sensi dell'art. 15, n. 6, «le imprese sono assoggettate ad ammende di cui in precedenza non erano passibili» e quindi detti atti «introducono un elemento nuovo nei rapporti giuridici tra la Commissione e le imprese». Egli riteneva che gli atti di cui trattasi non potessero essere paragonati ad altri atti intermedi in materia di intese, «perché questi (come l'introduzione del procedimento previsto dall'art. 9 e la comunicazione degli addebiti di cui all'art. 4 del regolamento n. 99) hanno la funzione di regolare le competenze nei confronti delle autorità degli Stati membri, nonché di determinare (in modo tuttavia non vincolante) l'oggetto di un procedimento in materia di intese, ma non esercitano alcuna influenza sul comportamento effettivo delle imprese interessate o dei terzi».

Sono d'accordo nell'ammettere analogie tra la comunicazione a norma dell'art. 2 e quella di cui all'art. 15, n. 6, come ha dimostrato la ricorrente. A mio parere vi è però una differenza fondamentale. Una comunicazione a norma dell'art. 15, n. 6, fa cadere l'esenzione con effetto immediato e quindi l'impresa diventa passibile di un procedimento che può concludersi con l'irrogazione di un'ammenda. Una comunicazione a norma dell'art. 2, pur avendo le conseguenze che ho descritto, non fa cadere l'esenzione. L'obbligo di trasmettere tale comunicazione può costituire una condizione preliminare della decisione di irrogare un'ammenda. Ma la decisione deve ancora venire adottata e potrà essere adottata solo previo accertamento, operato secondo il procedimento prescritto, che è stata commessa un'infrazione, alla quale l'impresa responsabile è invitata a porre termine. Quindi anche sotto questo profilo non mi pare che l'articolo invocato dalla ricorrente, cioè

l'art. 15, n. 6, del regolamento n. 17, sia perfettamente analogo all'art. 2.

Pur convenendo che è giusto esaminare gli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri, come è stato asserito, nella fattispecie questa analisi non giova molta. Ci sono evidenti differenze, quanto alla portata del potere di controllo, tra i paesi che seguono la common law e quelli in cui vige il diritto scritto, e gli elementi prodotti in giudizio dimostrano che, per quanto concerne le indagini sulle questioni di concorrenza, questi ultimi non applicano criteri uniformi. Il Trattato ha istituito in materia un sistema di controlli: la sua portata è una questione di interpretazione, nel caso presente solo in virtù dell'art. 173.

Nemmeno le sentenze in materia di personale invocate dall'IBM mi paiono di gran giovamento nel caso di una pronuncia su un'impugnazione a norma dell' art. 173.

Se sul problema non ci fossero stati precedenti, dal canto mio avrei avuto molti più dubbi quanto al se atti del genere non debbano venir considerati alla stregua di una «decisione» cosicché la Corte, a norma dell'art. 173, sarebbe competente a pronunciarsi su un'ipotesi in cui sia evidente che il procedimento era viziato dal principio, ad esempio perché la comunicazione degli addebiti è stata inviata da una persona incompetente.

Data la situazione della fattispecie, tuttavia, penso che la giurisprudenza della Corte sia stata correttamente compendiata dal dott. Korah nella English Law Review 1981, n. 6, a pag. 32:

«L'azione di annullamento è esperibile solo nei confronti di un provvedimento definitivo che modifica il diritto del singolo e non contro gli atti procedurali adottati nel corso dell'iter che porta al provvedimento finale».

Data la situazione, non mi pare necessario o corretto, nelle mie conclusioni, vagliare se, comunque, le critiche mosse dall'IBM alla comunicazione degli addebiti giustifichino un intervento della Corte in questa fase; oppure se il principio descritto dal prof. Meesen possa applicarsi in questa fase iniziale del procedimento piuttosto che al momento in cui, dopo aver valutato tutti gli elementi di fatto e gli argomenti, la Commissione si pronuncia in via definitiva; oppure se la Commissione non possa delegare i suoi poteri ai suoi membri ed esercitarli tramite i suoi dipendenti (in contrapposizione agli organi esterni in questione nelle cause citate) nello svolgimento del compito affidatole dagli artt. 85 e 86 o se, nella fattispecie, non si possa applicare il principio «omnia praesumuntur rite esse acta».

In conclusione, tenuto conto della giurisprudenza della Corte, penso che gli atti litigiosi non costituiscano «decisioni» ai sensi dell'art. 173 del Trattato e che il ricorso sia irricevibile.