

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Seconda Sezione ampliata)

8 giugno 1995 *

Nella causa T-9/93,

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, società di diritto tedesco, con sede in Norimberga (Germania), rappresentata dagli avv.ti Ulrich Scholz, del foro di Norimberga, e Ranier Bechtold, del foro di Stoccarda, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio degli avv. ti Loesch & Wolter, 8, rue Zithe,

ricorrente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal signor Bernd Langeheine, membro del servizio giuridico, in qualità agente, assistito dall'avv. Alexander Böhlke, del foro di Francoforte sul Meno, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Georgios Kremelis, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

convenuta,

sostenuta da

* Lingua processuale: il tedesco.

Mars GmbH, società di diritto tedesco, con sede in Viersen (Germania), rappresentata dall'avv. Jochim Sedemund, del foro di Colonia, e dall'avv. John E. Pheasant, solicitor, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio dell'avv. Michel Molitor, 14A, rue des Bains,

interveniante,

avente ad oggetto il ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 23 dicembre 1992, 93/405/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE nei riguardi di Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 e IV/34.072 — GU 1993, L 183, pag. 1),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Seconda Sezione ampliata),

composto dai signori B. Vesterdorf, presidente, D.P.M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner e A. Kalogeropoulos, giudici,

cancelliere: H. Jung

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 16 novembre 1994,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

I fatti all'origine del ricorso

- 1 Con lettera 7 maggio 1985, la ricorrente notificava alla Commissione un modello di «accordo di fornitura» predisposto a disciplina dei rapporti con i propri rivenditori al dettaglio. Il 20 settembre 1985, la direzione generale della concorrenza della Commissione inviava all'avvocato della ricorrente una lettera amministrativa di archiviazione (in prosieguo: la «lettera amministrativa»), del seguente tenore:

«In data 2 maggio 1985 avete presentato richiesta, a nome della società Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 17, diretta all'ottenimento di un'attestazione negativa relativa a un accordo di fornitura di gelati.

Ai sensi dell'art. 4 del regolamento medesimo, avete anche provveduto a notificare, a titolo preventivo, il relativo contratto. Avete inoltre fornito, con lettera 25 giugno 1985, un contratto tipo destinato a servire da riferimento per i contratti che la società Schöller concluderà in futuro.

Con lettera 23 agosto 1985 avete chiaramente spiegato che l'obbligo di acquisto in esclusiva assunto dal cliente e contenuto nel contratto tipo notificato, accompagnato da un divieto di concorrenza, inizialmente può essere risolto, previo preavviso, entro un termine non inferiore a sei mesi, non prima del secondo anno di durata del contratto e, in seguito, con lo stesso termine di preavviso, alla scadenza di ogni anno.

Dagli elementi di cui la Commissione è a conoscenza e che, sostanzialmente, si fondano su quanto indicato nella vostra richiesta, emerge che i contratti a durata

determinata che verranno conclusi in futuro non supereranno i due anni. La durata media di tutti gli "accordi di fornitura di gelati" della vostra cliente risulterà quindi ben inferiore al periodo di cinque anni, condizione prevista dal regolamento (CEE) della Commissione 22 giugno 1983, n. 1984 (GU L 173 del 30 giugno 1983, pag. 5), per ottenere l'esenzione per categoria degli accordi di acquisto in esclusiva.

Tali elementi evidenziano chiaramente che gli accordi di fornitura di gelati conclusi dalla società Schöller non producono assolutamente, pur in considerazione del numero di accordi di natura analoga, l'effetto di far venir meno la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi. Resta garantito l'accesso di imprese terze al commercio al dettaglio.

Gli "accordi di fornitura di gelati" della società Schöller, oggetto di notificazione, sono conseguentemente compatibili con le norme del Trattato CEE in materia di concorrenza. Pertanto, non occorre che la Commissione intervenga con riguardo ai contratti inoltrati dalla vostra cliente.

La Commissione si riserva tuttavia il diritto di riavviare la procedura laddove taluni elementi di fatto o di diritto assunti a base del presente parere dovessero modificarsi sostanzialmente.

Desideriamo far presente inoltre alla vostra cliente che gli "accordi di fornitura di gelato" già esistenti sono oggetto di analoga valutazione e che non vi è quindi necessità di notificarli qualora gli accordi di durata determinata non superino i due anni successivamente al 31 dicembre 1986 e sempreché vi sia possibilità di risoluzione, con un preavviso massimo di sei mesi, alla fine di ogni anno.

(...».

2 Il 18 settembre 1991, la Mars GmbH (in prosieguo: la «Mars») presentava dinanzi alla Commissione una denuncia nei confronti della ricorrente nonché della Langnese-Iglo GmbH (in prosieguo: la «Langnese») in cui si lamentava la violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato e si chiedeva l'adozione di provvedimenti conservativi al fine di prevenire il danno grave ed irreparabile derivante, a suo parere, dal fatto che la vendita dei suoi gelati appariva gravemente ostacolata in Germania per effetto dell'attuazione di accordi, contrari alle norme in materia di concorrenza, che la ricorrente e la Langnese avrebbero concluso con numerosi rivenditori al dettaglio.

3 Con decisione 25 marzo 1992, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/34.072-Mars/Langnese e Schöller-Provvedimenti conservativi; in prosieguo: la «decisione 25 marzo 1992»), la Commissione vietava, sostanzialmente, alla ricorrente nonché alla Langnese, a titolo di provvedimenti conservativi, di far valere i loro diritti contrattuali derivanti dagli accordi conclusi dalle società stesse o in nome e per conto delle medesime, nella parte in cui i rivenditori al dettaglio si impegnavano ad acquistare, ad offrire in vendita e/o a vendere esclusivamente gelati dei detti produttori, con riguardo ai prodotti di gelateria «Mars», «Snickers», «Milky Way» e «Bounty», qualora questi fossero offerti al consumatore finale in confezioni singole. La Commissione revocava, inoltre, per quanto attiene agli accordi in esclusiva conclusi dalla ricorrente, nella misura necessaria ai fini dell'applicazione del divieto soprammenzionato, il beneficio dell'applicazione del regolamento (CEE) della Commissione 22 giugno 1983, n. 1984, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato CEE a categorie di accordi di acquisto esclusivo (GU L 173, pag. 5, con corrigenda in GU 1984, L 79, pag. 38; in prosieguo: il «regolamento n. 1984/83»).

4 Ciò premesso, ai fini dell'emanazione, in esito alla decisione 25 marzo 1992, di una decisione definitiva sugli «accordi di fornitura» di cui trattasi, la Commissione pronunciava il 23 dicembre 1992 la decisione 93/405/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE nei riguardi di Schöller Lebensmittel

GmbH & Co. KG (IV/31.533 e IV/34.072 — GU 1993, L 183, pag. 1; in prosieguo: la «decisione»), il cui dispositivo così recita:

«Articolo 1

Gli accordi stipulati da Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG e comportanti l'obbligo dei dettaglianti stabiliti in Germania di acquistare esclusivamente da detta impresa gelati monodose industriali ¹ destinati alla rivendita (esclusiva dei punti di vendita) costituiscono un'infrazione all'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato CEE.

Articolo 2

Non può essere concessa l'esenzione a norma dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato CEE per gli accordi indicati all'articolo 1.

Articolo 3

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG è tenuta, entro tre mesi dalla notifica della presente decisione, a comunicare ai rivenditori con i quali ha stipulato accordi del tipo indicato all'articolo 1 tuttora in corso il testo degli articoli 1 e 2 che precedono, informandoli espressamente della nullità degli accordi stessi.

¹ — Conformemente alla classificazione dei prodotti, al 21 maggio 1990, del Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie e. V., Fachsparte Eiskrem [Associazione nazionale dell'industria dolciaria tedesca - settore gelati].

Articolo 4

A Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG è fatto divieto fino al 31 dicembre 1997 di stipulare accordi del tipo indicato all'articolo 1.

(...».

- 5 In pari data veniva emanata una decisione nei confronti della Langnese [decisione della Commissione 23 dicembre 1992, 93/406/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE nei riguardi di Langnese-Iglo GmbH (IV/34072; GU 1993, L 183, pag. 19)].

Il procedimento

- 6 Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale il 10 aprile 1992, la ricorrente proponeva ricorso diretto all'annullamento della decisione 25 marzo 1992 e, con atto separato registrato nella cancelleria del Tribunale in pari data, proponeva anche domanda di provvedimenti urgenti (cause T-28/92 e T-28/92 R).
- 7 Con ordinanza 16 giugno 1992 il presidente del Tribunale, pronunciandosi in via provvisoria, disponeva provvedimenti urgenti (Langnese-Iglo e Schöller Lebensmittel/Commissione, cause T-24/92 R e T-28/92 R, Racc. pag. II-1839).

8 Con lettera depositata nella cancelleria del Tribunale il 2 febbraio 1993, la ricorrente informava il Tribunale, ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura, di voler rinunciare agli atti e conseguentemente, con ordinanza 1° aprile 1993 del presidente della Prima Sezione del Tribunale veniva disposta la cancellazione della causa T-28/92 dal ruolo del Tribunale.

9 Ai sensi dell'art. 173, quarto comma, del Trattato CE, che riprende le disposizioni contenute nell'art. 173, secondo comma, del Trattato CEE, la ricorrente proponeva, con atto depositato nella cancelleria del Tribunale il 20 gennaio 1993, il presente ricorso, diretto all'annullamento della decisione.

10 Con atto separato registrato nella cancelleria del Tribunale in pari data, la ricorrente chiedeva anche la sospensione dell'esecuzione della decisione ai sensi degli artt. 185 del Trattato e 104 del regolamento di procedura del Tribunale (causa T-9/93 R).

11 Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale il 3 febbraio 1993, la Mars chiedeva di essere ammessa ad intervenire nel procedimento T-9/93 R a sostegno della Commissione. Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale il 4 febbraio 1993, la Mars chiedeva inoltre di essere ammessa ad intervenire nella causa T-9/93 a sostegno della Commissione.

12 Con ordinanza 19 febbraio 1993 il presidente del Tribunale ammetteva l'intervento della Mars nella causa T-9/93 R e si pronunciava sulla domanda di sospensione dell'esecuzione proposta dalla ricorrente (cause T-7/93 R e T-9/93 R, Langnese-Iglo e Schöller/Commissione, Racc. pag. II-131).

- 13 Con ordinanza 12 luglio 1993, il presidente della Prima Sezione del Tribunale ammetteva l'intervento della Mars nella causa T-9/93 e accoglieva la domanda di trattamento riservato presentata dalla ricorrente a norma dell'art. 116, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale.
- 14 Anche la Langnese proponeva ricorso diretto all'annullamento della decisione emanata nei suoi confronti (causa T-7/93). La Mars veniva parimenti ammessa ad intervenire nella detta causa.
- 15 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Seconda Sezione ampliata) decideva di passare alla fase orale senza procedere ad istruttoria. Con lettera 26 settembre 1994, il Tribunale invitava tuttavia le parti a rispondere per iscritto a taluni quesiti. Con lettere, rispettivamente, del 17 e del 19 ottobre 1994 la ricorrente e la convenuta rispondevano ai quesiti posti. Con ordinanza 9 novembre 1994, il presidente della Seconda Sezione ampliata accoglieva la domanda di trattamento riservato presentata dalla ricorrente ex art. 116, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale con riguardo a taluni dati contenuti nelle risposte delle parti ai quesiti del Tribunale.
- 16 Il trattamento riservato al quale alcuni dati sono stati soggetti, disposto dalle menzionate ordinanze 12 luglio 1993 e 9 novembre 1994, è stato osservato nel corso dell'udienza. Lo stesso dicasi per quanto riguarda la presente sentenza.
- 17 All'udienza del 16 novembre 1994 sono state sentite le difese orali delle parti e le loro risposte ai quesiti posti dal Tribunale.

Conclusioni delle parti

18 La ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione della Commissione;

— condannare la Commissione alle spese.

19 La convenuta conclude che il Tribunale voglia:

— respingere il ricorso perché infondato;

— condannare la ricorrente alle spese del giudizio, ivi comprese quelle afferenti al procedimento sommario.

20 L'interveniente Mars conclude che il Tribunale voglia:

— respingere il ricorso perché infondato;

— condannare la ricorrente alle spese del giudizio, ivi comprese quelle afferenti al procedimento sommario.

21 A sostegno del ricorso la ricorrente deduce tre motivi attinenti, in primo luogo, alla violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, nella parte in cui gli accordi di fornitura

contestati non produrrebbero effetti sensibili sul gioco della concorrenza; in secondo luogo, alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato, laddove la Commissione ha negato un'esenzione individuale degli accordi contestati e, in terzo luogo, alla violazione dell'art. 3 del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato (GU 1962, n. 13, pag. 204; in prosieguo: il «regolamento n. 17»).

Sul motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato

- 22 Il motivo si articola in tre capi. La ricorrente contesta, anzitutto, alla Commissione di aver delimitato il mercato rilevante in termini troppo ristretti. Essa sostiene, inoltre, che la Commissione non avrebbe tenuto conto degli effetti prodotti dagli accordi di fornitura sul meccanismo della concorrenza. A suo parere, infine, l'art. 3 del regolamento n. 17 non consentirebbe alla Commissione di vietare tutti gli accordi in esclusiva esistenti, ivi compresi quelli non rientranti nella sfera del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato.

Quanto al primo capo del motivo, relativo alla delimitazione del mercato

- 23 La ricorrente sostiene che sarebbe erronea la delimitazione operata dalla Commissione con riguardo sia al mercato dei prodotti sia al mercato geografico.

Il mercato rilevante dal punto di vista del prodotto

- 24 Al punto 87 della decisione la Commissione ha delimitato il mercato rilevante, dal punto di vista del prodotto, come quello dei gelati di produzione industriale in confezione monodose offerti attraverso tutti i canali di distribuzione, eccezion fatta per le vendite a domicilio.

Sintesi degli argomenti delle parti

- 25 Secondo la ricorrente, il mercato di cui trattasi riguarda il gelato alimentare in generale, indipendentemente dal sistema di produzione (industriale o artigianale), dal numero delle porzioni e dalla confezione in cui è offerto. Non sussisterebbe alcuna differenza apprezzabile quanto alle proprietà, all'utilizzazione finale, alle caratteristiche di fabbricazione e al prezzo, differenza atta ad escludere una qualsiasi intercambiabilità o equivalenza dei prodotti o che potrebbe giustificare l'individuazione di mercati diversi per taluni tipi di gelati.
- 26 Secondo la ricorrente, la nozione di mercato del prodotto dev'essere definita in funzione del fabbisogno nonché dal punto di vista del consumatore. Essa ricorda che, ai sensi della comunicazione della Commissione 3 settembre 1986 relativa agli accordi di importanza minore non rientranti nelle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (GU 1986, C 231, pag. 2, punti 11 e 12; in prosieguo: la «comunicazione relativa agli accordi di importanza minore»), i prodotti appartenenti ad un mercato devono essere «intercambiabili, ossia tali devono essere ritenuti dal consumatore, che di norma considera congiuntamente le proprietà, il prezzo e l'utilizzazione dei prodotti». Erroneamente, quindi, la Commissione affermerebbe che il punto di vista del consumatore non costituisce l'«unico» elemento che consente di delimitare, nella specie, il mercato dei prodotti da essa esaminato «sotto diversi profili». Gli elementi determinanti ai fini della delimitazione del mercato dei prodotti sarebbero costituiti dall'esigenza omogenea dei consumatori di gustare una porzione di gelato nonché dalla circostanza che nelle singole forme di commercio al dettaglio il gelato viene venduto, senza trasformazione sostanziale, ai consumatori.
- 27 Quanto al gelato di produzione artigianale, la ricorrente sottolinea che la scelta del consumatore appare indipendente dalla questione se il venditore utilizzi, nella preparazione del gelato destinato al consumo immediato, un gelato di produzione artigianale o industriale. Il piacere derivante dalla degustazione di una porzione di gelato sarebbe lo stesso in tutti i casi. Inoltre, i gelati industriali in porzioni individuali si trovano, secondo la ricorrente, spesso in concorrenza con i gelati di

produzione artigianale in quei luoghi di ristorazione in cui vengono effettuate prestazioni di servizi multiple, vale a dire nei centri di ristoro rapido, negli snack bar, nei vagoni ristoranti ecc.

- 28 Quanto ai vari tipi di gelato di produzione industriale, la ricorrente fa valere che, dal punto di vista qualitativo, il gelato industriale è identico indipendentemente dai vari tipi di confezionamento con cui è offerto. Poco importa, quindi, secondo la ricorrente, la grandezza e la forma dell'imballo in cui il gelato viene offerto al consumatore. Tutti i detti tipi di gelato verrebbero posti in commercio attraverso i vari canali di distribuzione esistenti e tenderebbero, secondo la ricorrente, a soddisfare, dal punto di vista del consumatore, un'identica esigenza. A sostegno di tale tesi, la ricorrente sottolinea, da un lato, che le stazioni di servizio offrono, ad esempio, anche gelati in confezioni familiari e, dall'altro, che le pasticcerie, i forni o i chioschi possono utilizzare, ai fini della preparazione di porzioni individuali destinate al consumo immediato, gelato sia di produzione artigianale, sia di produzione industriale in confezioni per grandi consumatori. Inoltre, la ricorrente ritiene che circa il 14% di tutti i suoi clienti, vale a dire dei distributori al dettaglio che vendono gelato per la degustazione immediata nei luoghi pubblici, quali ad esempio le stazioni di servizio, i chioschi, ecc., acquistino unicamente la combinazione di porzioni individuali preimballate e i gelati venduti in confezioni contenenti più porzioni singole, detti «multipacks», il che evidenzerebbe l'erroneità della delimitazione del mercato operata dalla Commissione.
- 29 La ricorrente sostiene, inoltre, che il luogo in cui il gelato viene offerto e degustato non influirebbe sulla soddisfazione delle esigenze dei consumatori. Il bisogno del consumatore di gustare una porzione di gelato sarebbe identico, indipendentemente dal se esso sorga nell'abitazione del consumatore, sul suo luogo di lavoro, nei luoghi pubblici, in viaggio o altrove. Pertanto, occorrerebbe includere tutti i vari tipi di gelato senza distinzione tra i canali di distribuzione attraverso i quali sono posti in offerta. Erroneamente la Commissione avrebbe quindi escluso i gelati offerti dai servizi di vendita a domicilio.
- 30 La ricorrente afferma, infine, che erroneamente la Commissione rinvia alla giurisprudenza secondo cui anche «prodotti identici possono far parte di mercati distinti

qualora soddisfino una domanda specifica» (v. il punto 79 della decisione). A parere della ricorrente, non vi è una domanda «specifica» del consumatore relativa ai vari tipi di confezionamento i quali non rispondono a «esigenze economiche anch'esse differenti» ai sensi della giurisprudenza (v. sentenza della Corte 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461).

31 La Commissione muove, ai fini della delimitazione del mercato, dal punto di vista del consumatore. In tal senso, occorre anzitutto escludere, secondo la Commissione, i gelati offerti quali elemento di un servizio gastronomico, atteso che tale mercato costituisce, ai sensi della giurisprudenza della Corte (v. sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis, Racc. pag. I-935), un mercato distinto. A parere della Commissione, si tratta in questo caso di una parte dei gelati di produzione industriale destinati ai grandi consumatori e dei gelati di produzione artigianale.

32 La Commissione rileva inoltre che, in considerazione della stretta interconnessione, specifica del prodotto, tra impianto frigorifero e consumo, il luogo di consumo del gelato è determinante ai fini dell'accertamento dell'analogia dei prodotti sotto il profilo delle norme sulla concorrenza, e ciò particolarmente in quanto il fabbisogno sorge spesso in modo immediato e d'impulso.

33 In considerazione di tali circostanze, occorre, secondo la Commissione, escludere anche i «multipacks», i gelati in confezioni familiari e i gelati in confezioni monodose forniti dai servizi di vendita a domicilio diretti a costituire provviste da conservare nei congelatori privati, atteso che tali prodotti non mirano a soddisfare un fabbisogno che sorge fuori casa. In tale contesto la Commissione sottolinea come dalla giurisprudenza della Corte emerga che anche i prodotti identici possono far parte di mercati distinti qualora soddisfino una domanda specifica (v. sentenze 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, Racc. pag. 223; Hoffmann-La Roche/Commissione, citata, e 9 novembre 1983, causa 322/81, Michelin/Commissione, Racc. pag. 3461).

34 Tuttavia, il punto di vista del consumatore non costituisce, a parere della Commissione, l'unico criterio determinante. A suo avviso, occorre anche tener conto sia dei diversi canali distributivi attraverso i quali i prodotti raggiungono il consumatore, sia delle differenti condizioni della concorrenza ai vari livelli della distribuzione, atteso che gli accordi di fornitura contestati riguardano l'accesso al commercio al dettaglio dei produttori e/o dei grossisti. Infatti, considerato che l'art. 85, n. 1, del Trattato vieta qualsiasi restrizione al gioco della concorrenza ad ogni livello delle relazioni commerciali tra il produttore ed il consumatore finale (v. sentenza della Corte 29 ottobre 1980, cause riunite 209/78-215/78 e 218/78, Van Landewyck e a./Commissione, Racc. pag. 3125), il punto di vista del consumatore non può costituire, nella specie, il solo criterio decisivo ai fini della valutazione degli effetti degli accordi di fornitura sulla concorrenza.

35 Ciò premesso, secondo la Commissione occorre escludere dal mercato dei prodotti, da un lato, i gelati artigianali, in quanto essi non costituiscono oggetto di scambi commerciali su un mercato in cui l'offerta è costituita dai produttori di gelati industriali e dai grossisti ed in cui la domanda è rappresentata dai distributori al dettaglio, e, dall'altro, i gelati detti «scooping», atteso che il commercio al dettaglio, con riguardo a tale tipo di gelati e a quelli in confezione monodose, assolve a funzioni di distribuzione differenti e che i canali distributivi di queste due categorie di prodotti coincidono solo marginalmente. La Commissione sostiene in proposito che ai fini della delimitazione del mercato può essere presa in considerazione la struttura della domanda (v. sentenza Michelin/Commissione, citata).

36 Secondo la Commissione, i gelati in confezioni per grandi consumatori presentano inoltre talune peculiarità che giustificano la loro esclusione dal mercato rilevante.

37 L'interveniente Mars ritiene che il mercato individuato dalla Commissione debba essere ulteriormente diviso in due submercati: da un lato, quello dei canali commerciali tradizionali e, dall'altro, quello dei canali commerciali di generi alimentari al dettaglio, atteso che il presente procedimento riguarda, sostanzialmente, solo il

submercato dei gelati in confezioni monodose, distribuiti nell'ambito dei canali commerciali tradizionali, ove l'accesso di nuovi concorrenti al settore è impedito dall'esistenza di contratti in esclusiva.

- 38 A parere della Mars, non va dimenticato che più del 60% di tutti i gelati in confezione monodose vengono distribuiti attraverso i canali commerciali tradizionali. La Mars sottolinea al riguardo come la Commissione abbia anche evidenziato importanti differenze strutturali tra i due submercati, differenze idonee a giustificare, alla luce della normativa tedesca, tale suddivisione. Secondo la Mars, gli stessi prodotti, laddove vengano venduti attraverso canali distributivi differenti, possono essere classificati in mercati differenti.

Giudizio del Tribunale

- 39 Al fine di verificare se possa ritenersi corretto il mercato rilevante individuato dalla Commissione al punto 87 della propria decisione, il Tribunale ricorda, anzitutto, che la delimitazione del mercato di cui trattasi è essenziale al fine di analizzare gli effetti dei contratti in esclusiva sul gioco della concorrenza e, in particolare, ai fini dell'esame delle possibilità per i nuovi concorrenti nazionali e stranieri di accedere al mercato dei gelati o di incrementare le rispettive quote di mercato (v. la menzionata sentenza *Delimitis*, punti 15 e 16).

- 40 A tal riguardo il Tribunale rileva, inoltre, che, ai sensi della giurisprudenza della Corte, occorre prendere in considerazione il punto di vista del consumatore. In tal senso, in una causa riguardante l'applicazione dell'art. 86 del Trattato, la Corte ha affermato che le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti (v. sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can/Commissione*, Racc. pag. 215). Per quanto attiene alla nozione di mercato rilevante, la Corte ha affermato, in partico-

lare, che tale nozione implica che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso fra tutti i prodotti che fanno parte dello stesso mercato (v. la menzionata sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione). Inoltre, per quanto attiene alla possibilità di prendere in considerazione altri elementi, il Tribunale rileva che dalla giurisprudenza della Corte emerge come non sia consentito, a tale scopo, limitarsi all'esame delle sole caratteristiche obiettive dei prodotti di cui trattasi, ma occorra anche prendere in considerazione le condizioni di concorrenza e la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato (v. la menzionata sentenza Michelin/Commissione, punto 37).

- 41 Spetta, quindi, al Tribunale esaminare, alla luce di tali considerazioni, se il mercato rilevante assunto dalla Commissione sia stato correttamente individuato. Si deve ricordare al riguardo che la Commissione, al punto 80 della propria decisione, ha affermato che i gelati «scooping» e quelli di produzione artigianale venduti ai fini di un consumo «immediato» nei luoghi pubblici, vale a dire al di fuori di un servizio di gastronomia, nonché i gelati in confezione monodose, venduti negli stessi luoghi, costituiscono, dal punto di vista del consumatore, prodotti equivalenti.
- 42 Il Tribunale ritiene, da un lato, che giustamente la Commissione abbia conseguentemente escluso i gelati offerti quali elementi di un servizio di gastronomia, vale a dire una parte dei gelati di produzione industriale in confezioni per grandi consumatori e i gelati di produzione artigianale, atteso che tale mercato costituisce, alla luce della giurisprudenza della Corte (v. sentenza Delimitis, citata, punto 16), un mercato distinto, ove il consumo di gelati nei ristoranti è caratterizzato, di regola, da una prestazione di servizi e dipende in misura minore da considerazioni di ordine economico rispetto al loro acquisto, ad esempio, in un esercizio di generi alimentari.
- 43 Il Tribunale ritiene, dall'altro, che debbano essere anche esclusi, come sostenuto dalla Commissione, i gelati acquistati al fine di costituire provviste nei congelatori privati, presso il domicilio dei consumatori, atteso che tali gelati non sono diretti a soddisfare un fabbisogno fuori casa, in particolare un fabbisogno sorto d'impulso, ed atteso che essi possiedono solamente un limitato grado di intercambiabilità con

i prodotti venduti nei luoghi pubblici (v., al riguardo, la menzionata sentenza Michelin/Commissione, punti 48 e 49). Si tratta di gelati in confezioni familiari, prodotti che sono di regola acquistati al fine di costituire provviste in casa, e di gelati in confezioni monodose forniti a domicilio. A tal riguardo, il Tribunale ritiene che la Commissione abbia correttamente considerato il luogo di consumo quale fattore determinante nella specie ai fini della delimitazione del mercato, atteso che si tratta di prodotti la cui conservazione, in assenza di possibilità di refrigerazione, ha una durata molto limitata ed il cui consumo deve pertanto aver necessariamente luogo nelle immediate vicinanze dell'ultima possibilità di conservazione in frigorifero.

44 Inoltre, per quanto attiene ai gelati venduti in «multipacks», il Tribunale rileva che, secondo quanto affermato nella decisione, tale tipo di gelato viene di regola offerto in vendita dai rivenditori di generi alimentari e dai servizi di vendita a domicilio e non è, conseguentemente, disponibile ai fini della soddisfazione di un fabbisogno che sorga «d'impulso» al di fuori del domicilio del consumatore. È pur vero che la ricorrente fa valere che circa il 14% dei suoi clienti acquisterebbe unicamente la combinazione tra porzioni singole preimballate e «multipacks». Tuttavia, dalle risposte della ricorrente ai quesiti posti in proposito dal Tribunale emerge, da un lato, che tale percentuale non riguarda unicamente i rivenditori al dettaglio nell'ambito dei canali commerciali tradizionali, bensì anche quelli operanti nell'ambito del commercio dei prodotti alimentari e, dall'altro, che nel corso del 1993 la detta combinazione dei prodotti è stata venduta solamente da un numero assai ristretto di rivenditori al dettaglio nell'ambito dei canali commerciali tradizionali. Inoltre, atteso che la ricorrente non ha contestato, nel corso della fase orale del procedimento, l'affermazione fatta dalla Commissione nelle sue risposte ai quesiti del Tribunale secondo cui i «multipacks» rappresenterebbero unicamente il 4% del volume totale delle vendite realizzate con riguardo alla categoria di clienti cui la ricorrente si è richiamata, il Tribunale ritiene che giustamente la Commissione abbia considerato che i «multipacks» non siano, in linea generale, diretti al consumo immediato, con conseguente esclusione dal mercato dei prodotti dei gelati offerti in tale confezionamento.

45 Dai punti 81 e seguenti della decisione emerge che, secondo la Commissione, alla luce delle differenti condizioni della concorrenza ai vari livelli distributivi e dell'esistenza di canali distributivi paralleli attraverso i quali i prodotti di cui trattasi raggiungono il consumatore, occorre parimenti escludere, da un lato, i gelati di

produzione artigianale nel loro complesso, vale a dire i gelati di produzione artigianale venduti sulla pubblica via al di fuori di servizi gastronomici, sulla base del rilievo che, in un mercato riguardante unicamente la distribuzione al dettaglio, tali gelati non costituiscono oggetto di scambi commerciali e, dall'altro, i gelati di produzione industriale in confezioni per grandi consumatori, sulla base del rilievo che tale tipo di gelato presenta una serie di peculiarità rispetto ai gelati industriali in confezioni monodose.

46 Quanto ai gelati di produzione artigianale, il Tribunale rileva che dal fascicolo emerge come tale tipo di gelato venga generalmente offerto in vendita sul luogo o nelle immediate vicinanze del luogo di produzione. Non si tratta, quindi, di un prodotto ricompreso negli accordi di fornitura contestati, atteso che i gelati di produzione artigianale non vengono offerti alle varie categorie di rivenditori al dettaglio né vengono da essi richiesti, cosa peraltro non contestata dalla ricorrente. Ciò premesso, il Tribunale ritiene che la valutazione degli effetti che gli accordi di fornitura contestati possono produrre sul gioco della concorrenza, con particolare riguardo all'accesso alla distribuzione al dettaglio, non risulterebbe diversa ove i detti gelati venissero ricompresi nel mercato rilevante dal quale, quindi, giustamente la Commissione li ha esclusi.

47 Quanto ai gelati di produzione industriale in confezioni per grandi consumatori, destinati ad essere venduti in porzioni singole, vale a dire i gelati «scooping», si deve ricordare che la loro esclusione dal mercato rilevante è sorretta, nei punti 84-86 della decisione, da tre considerazioni. In primo luogo, nella decisione si fa presente che la vendita al dettaglio assolve diverse funzioni di distribuzione, che dipendono dalle differenti caratteristiche dei prodotti, con la conseguenza che i canali distributivi di queste due categorie di prodotti coincidono solo marginalmente. Nella decisione si rileva, in secondo luogo, che dall'ulteriore trasformazione supplementare, cioè dalla suddivisione in porzioni, necessaria per i gelati «scooping», deriva l'effetto che i gelati in confezione monodose e quelli «scooping» vengono offerti in vendita insieme, in misura significativa, solamente nel settore della ristorazione. Inoltre, i rivenditori di generi alimentari e i rivenditori specializzati tradizionali, che distribuiscono la parte di gran lunga più importante dei gelati di produzione industriale in confezione monodose, non sarebbero in genere attrezzati per la vendita di gelati in confezioni destinate ai grandi consumatori. Nella decisione si afferma, in terzo luogo, che, dal punto di vista della tecnica di produzione, esistono differenze tra le due categorie di prodotti.

48

Orbene, il Tribunale rileva che la Commissione non ha dedotto elementi di fatto idonei a provare l'esistenza di differenti strutture della domanda per le due categorie di prodotti, ai sensi della menzionata sentenza Michelin/Commissione, atti a giustificare, di per sé, una delimitazione del mercato che escluda i gelati «scooping» venduti nei luoghi pubblici. Infatti, il Tribunale ritiene che, nonostante l'esistenza di differenti canali distributivi, tale circostanza non costituisca, nella specie, elemento di per sé sufficiente per escludere i gelati in confezioni per grandi consumatori venduti in porzioni singole e consumati al di fuori di servizi di gastronomia. In proposito, il Tribunale ritiene corretta la tesi della ricorrente secondo cui la semplice divisione in porzioni singole, eseguita da un commerciante nell'ambito della rivendita tradizionale, non costituisce un «servizio di gastronomia» ai sensi della menzionata sentenza Delimitis. Inoltre, la Commissione non ha provato che l'operazione di divisione in porzioni incida sulla scelta del consumatore tra un gelato «scooping» ed un gelato in confezione monodose nei punti di vendita in cui tali gelati vengono offerti insieme, vale a dire nei luoghi pubblici. La Commissione ha infatti affermato che questi due tipi di gelato costituiscono, dal punto di vista del consumatore, prodotti equivalenti (v., supra, punto 41). Il Tribunale ritiene inoltre che il fatto che possa sussistere una differenza tra i due prodotti quanto alla tecnica di produzione non è di per sé sufficiente a creare due mercati distinti laddove tale differenza non rilevi, in termini determinanti, per il consumatore.

49

Il Tribunale rileva, inoltre, che dal fascicolo emerge come anche i gelati «scooping» vengano venduti, quanto meno in parte, nei luoghi pubblici al di fuori di servizi di gastronomia, vale a dire nell'ambito dei canali commerciali tradizionali specializzati. Dal fascicolo risulta inoltre che l'attrezzatura necessaria per la vendita dei gelati «scooping» si riscontra non solo nei chioschi, bensì anche nei forni/pasticcerie, nei negozi di dolciumi, nelle gelaterie, nei cinema, nelle piscine e nelle stazioni di servizio, ove anche tali punti di vendita sono in grado di offrire gelati in confezioni monodose. Dal canto suo, la Commissione ha riconosciuto, quanto meno implicitamente, nel corso della fase scritta del procedimento che una parte dei gelati in confezioni per grandi consumatori viene offerta, sotto forma di gelati «scooping», per il consumo immediato al di fuori di un servizio di gastronomia.

50

Conseguentemente, sorge la questione se la Commissione non avrebbe dovuto ricomprendere quella parte di gelati in confezioni per grandi consumatori, venduta

nei luoghi pubblici da vari tipi di esercizi commerciali, in porzioni singole ed in concorrenza con i gelati in confezioni monodose, atteso che tali due categorie di prodotti appaiono analoghe dal punto di vista del consumatore. Si deve tuttavia ricordare che dal punto 140 della decisione — cosa non contestata dalla ricorrente — emerge come i gelati destinati ai grandi consumatori vengano distribuiti nell'ambito dei canali commerciali tradizionali sulla base di contratti in esclusiva. Ciò premesso, il Tribunale ritiene che la decisione di non includere i gelati «scooping» nel mercato rilevante non abbia modificato, in termini sostanziali, la valutazione relativa agli effetti prodotti dagli accordi di fornitura contestati sul gioco della concorrenza, in particolare in ordine alla questione se l'accesso al mercato fosse impedito o gravemente ostacolato dall'esistenza degli accordi medesimi. Il Tribunale ritiene, quindi, che la mancata inclusione dei gelati «scooping» nel mercato rilevante non costituisca motivo di annullamento della decisione.

- 51 Ne consegue che il motivo della ricorrente relativo all'erronea delimitazione del mercato dev'essere respinto.

Il mercato geografico

Sintesi degli argomenti delle parti

- 52 Secondo la ricorrente, nel caso in cui si accolga la definizione del mercato dei prodotti da essa proposta, inteso come quello del gelato lato sensu, occorrerà parimenti non limitare il mercato geografico al mercato nazionale tedesco in considerazione del fatto, da un lato, che la Commissione ha tenuto conto, nella propria decisione, della circostanza che la ricorrente, la Langnese e la Mars non operano esclusivamente in Germania, bensì in molti altri paesi e che, dall'altro, che il mercato interno europeo si evolve nel senso di una continua riduzione delle differenze nazionali esistenti.

53 Secondo la Commissione, il mercato geografico è costituito dal mercato tedesco. Essa sostiene, anzitutto, che la ricorrente stessa riconosce la persistenza di differenze a livello nazionale. Inoltre, l'organizzazione della distribuzione dei gelati, ivi compresi gli accordi di fornitura contestati conclusi dalla ricorrente, avverrebbe interamente nell'ambito nazionale. Peraltro, le strutture del mercato e la presenza delle singole imprese sul mercato varierebbero da uno Stato membro all'altro. La Commissione aggiunge, infine, che le normative in materia di produzione di gelati non sono ancora armonizzate.

Giudizio del Tribunale

54 Si deve anzitutto rilevare che, come emerge dalla decisione, senza che ciò sia stato peraltro contestato dalla ricorrente, la distribuzione dei gelati di produzione industriale è costantemente assicurata a livello nazionale e che, al tempo stesso, le caratteristiche nazionali si riflettono nelle diverse strutture del mercato, della gamma dei prodotti e dei prezzi. È inoltre pacifico che gli accordi contestati vengano conclusi a livello nazionale. Tenuto conto, poi, del fatto che la ricorrente non ha espressamente contestato la pertinenza di una delimitazione del mercato geografico limitata al solo mercato tedesco laddove il mercato dei prodotti è definito quale mercato dei gelati di produzione industriale in confezione monodose, il Tribunale ritiene corretto e conforme alla giurisprudenza l'operato della Commissione, che ha individuato nel mercato tedesco il mercato geografico interessato (v., in tal senso, la sentenza *Delimitis*, citata, punto 18, e la menzionata sentenza *Michelin*, punti 25-28). Il motivo relativo alla delimitazione del mercato geografico dev'essere pertanto respinto.

55 Ne consegue che il primo capo del motivo, attinente all'erronea delimitazione del mercato, dev'essere respinto.

Quanto al secondo capo del motivo, relativo all'effetto prodotto dai contratti d'acquisto in esclusiva sul gioco della concorrenza

Sintesi degli argomenti delle parti

- 56 La ricorrente sostiene che, indipendentemente dalla delimitazione del mercato di cui trattasi, la Commissione non avrebbe proceduto ad un'analisi del mercato sufficientemente approfondita e conforme ai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte. A sostegno di tale affermazione la ricorrente ricorda che, secondo la menzionata sentenza *Delimitis*, gli effetti prodotti dalle reti di accordi esistenti sul mercato sulle possibilità di accesso al mercato medesimo devono essere valutati in considerazione del numero dei punti di vendita legati da contratti di tal genere rispetto a quelli che ne siano privi, della durata dei contratti medesimi nonché del rapporto tra il volume del prodotto distribuito dai punti di vendita legati da tali contratti rispetto a quello distribuito da punti di vendita non vincolati da obblighi contrattuali di tal genere.
- 57 Secondo la ricorrente, la Commissione non potrebbe limitarsi alla constatazione che gli accordi di fornitura della ricorrente medesima coprono circa il (...)% (più del 10%) dei punti di vendita esistenti sul mercato di riferimento e del volume di vendite da essi realizzati.
- 58 Infatti, secondo la ricorrente, dalla giurisprudenza della Corte emerge che la valutazione della questione se un contratto di acquisto in esclusiva produca effetti restrittivi sulla concorrenza richiede l'esame non solo degli effetti direttamente connessi al singolo contratto, bensì anche del contesto economico e giuridico in cui il medesimo si colloca e se possa contribuire, unitamente ad altri contratti, alla produzione di un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza. Tale contesto globale includerebbe, da un lato, gli accordi assunti dallo stesso produttore con altri clienti (v. sentenze 11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, Racc. pag. 837, e 19 aprile 1988, causa 27/87, *Erauw-Jacquery*, Racc. pag. 1919), e, dall'altro, i contratti analoghi conclusi da altri produttori con i propri clienti (v. sentenze della Corte 12 dicembre 1967, causa 23/67, *Brasserie de Haecht*, Racc. pag. 525, e *Delimitis*, citata). Inoltre, l'effetto cumulativo prodotto da accordi analoghi sul mercato costituirebbe solo uno dei vari elementi rilevanti. Alla luce di tali principi occorre analizzare, secondo

la ricorrente, gli effetti prodotti dagli accordi di fornitura sulle possibilità di accesso dei concorrenti al mercato.

59 A tal riguardo la ricorrente afferma, in primo luogo, per quanto attiene al mercato del gelato in Germania, che l'incidenza dell'esclusività, vale a dire il volume dei gelati in confezioni monodose venduti nell'ambito degli accordi di fornitura contestati dalla Commissione, sarebbe particolarmente ridotta. A parere della ricorrente, anche nell'ipotesi in cui si accogliesse la delimitazione del mercato operata dalla Commissione, i contratti d'acquisto in esclusiva dei suoi concorrenti non coprirebbero più del 18% del volume venduto sul mercato. L'incidenza dell'esclusività relativa ai contratti conclusi dalla ricorrente ammonterebbe solo a circa il (...)%. L'incidenza del 30%, ritenuta accettabile dalla Commissione nella *Quindicesima Relazione sulla politica di concorrenza* del 1985, non sarebbe quindi superata. La ricorrente deduce, inoltre, che erroneamente la Commissione avrebbe incluso nel calcolo dell'incidenza dell'esclusività i quantitativi venduti attraverso i grossisti, atteso che questi ultimi stipulano accordi d'acquisto in esclusiva a loro proprio nome e sotto la loro propria responsabilità.

60 La ricorrente ritiene, in secondo luogo, che la Commissione non abbia sufficientemente tenuto conto della durata relativamente breve degli accordi di fornitura. I contratti contestati, come risulterebbe dalle norme ivi contenute, potrebbero essere risolti alla scadenza di ogni singolo anno civile una volta decorsi due anni dalla loro entrata in vigore. Secondo la ricorrente, due terzi dei contratti in corso in un dato momento avrebbero quindi una durata determinata inferiore ad un anno. Inoltre, ogni anno verrebbe risolto un terzo di tutti i contratti in esclusiva e l'accesso ai punti di vendita interessati sarebbe quindi aperto per ogni concorrente.

61 Alla luce di tali circostanze, l'accesso ai canali commerciali specializzati tradizionali non sarebbe quindi, secondo la ricorrente, né ostacolato né sbarrato dalla rete di contratti in esclusiva esistente.

- 62 Ai punti 68-71 della decisione, la Commissione rileva, anzitutto, che l'obbligo di acquisto in esclusiva imposto dalla ricorrente ai rivenditori costituisce una restrizione alla concorrenza sia tra prodotti della stessa marca sia tra prodotti di marche differenti. Conseguentemente, secondo la Commissione, i rivenditori non possono, per effetto del divieto contrattuale che li vincola, prendere in considerazione le offerte relative a prodotti provenienti da altri fornitori. A parere della Commissione, l'obbligo di acquisto esclusivo rende difficile o impossibile la creazione delle strutture distributive indipendenti necessarie per consentire l'accesso di nuovi concorrenti al mercato di cui trattasi o per rafforzare una posizione di mercato già acquisita. L'obbligo contrattuale di acquistare esclusivamente i prodotti oggetto del contratto implicherebbe ipso facto il divieto di distribuire prodotti concorrenti. La combinazione delle due pattuizioni rafforzerebbe, nel caso di specie, gli effetti restrittivi della concorrenza.
- 63 La Commissione rileva, inoltre, al punto 105 della decisione, che il fatturato della ricorrente e la quota di mercato interessata dagli accordi di fornitura contestati superano di gran lunga la soglia fissata nella comunicazione della Commissione medesima relativa agli accordi di importanza minore. Tali circostanze sarebbero sufficienti per concludere nel senso che gli accordi di fornitura limitano in maniera considerevole le possibilità dei concorrenti tedeschi e dei concorrenti degli altri Stati membri di stabilirsi sul mercato di cui trattasi o di incrementare la quota già posseduta e che, conseguentemente, essi ricadono sotto il divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato. Secondo la Commissione, non sarebbe necessario, nella specie, esaminare gli effetti prodotti da altre reti di accordi analoghi stipulati da altre imprese sul mercato rilevante.
- 64 Nelle memorie e nel corso dell'udienza, la Commissione ha sottolineato che, ai sensi della giurisprudenza della Corte (v. le citate sentenze *Brasserie de Haecht* e *Delimitis*), solamente nel caso in cui la rete di accordi di pari natura dell'impresa — i cui contratti siano oggetto di esame alla luce del diritto comunitario — non risponda di per sé al requisito dell'effetto sensibile, devono essere presi in considerazione gli effetti cumulativi delle reti parallele.

- 65 L'interveniente Mars riconosce che l'incidenza dell'esclusività si colloca tra il 25 ed il 30%, indipendentemente dal fatto che si assuma la delimitazione del mercato operata dalla Commissione o quella operata dalla ricorrente. Tuttavia, tale cifra non rifletterebbe le effettive condizioni del mercato con riguardo ai canali commerciali tradizionali, in quanto i calcoli sarebbero basati su valori medi.
- 66 Secondo la Mars, occorre analizzare in termini specifici la situazione relativa ai canali commerciali tradizionali, atteso che più del 60% di tutti i gelati in confezione monodose viene distribuito attraverso tale mercato e che la ricorrente ha stipulato i propri accordi di fornitura unicamente nell'ambito di tale parte del mercato.
- 67 Con riguardo ai canali commerciali tradizionali, l'incidenza dell'esclusività era pari nel 1990, secondo gli studi effettuati dall'interveniente, a oltre il 70%. Occorrerebbe tener conto, inoltre, delle quote di mercato della ricorrente e del grado di concentrazione. Secondo la Mars, nel 1992 la ricorrente ha raggiunto una quota di mercato pari al 33,4% per quel che attiene alla vendita di gelati in confezioni monodose nell'ambito dei canali commerciali tradizionali. La quota della Langnese sarebbe stata del 60%. Questi due grandi produttori disporrebbero, quindi, di una quota di mercato comune pari a oltre il 90%. Non vi sarebbe dubbio alcuno, a parere della Mars, quanto al fatto che la ricorrente e la Langnese occupino una posizione dominante su tale mercato. Non si potrebbe, dunque, seriamente dubitare del fatto che i contratti in esclusiva conclusi dalla ricorrente ricadano nella sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 68 Per quanto attiene ai principali argomenti dedotti dalla ricorrente al fine di dimostrare che l'accesso ai canali commerciali specializzati tradizionali non sarebbe né sbarrato né ostacolato; la Mars osserva, in primo luogo, che i contratti in esclusiva vincolano proprio i punti di vendita più interessanti dal punto di vista economico. La Mars afferma, in secondo luogo, che la durata effettiva dei contratti, superando probabilmente i dieci anni, è ben maggiore rispetto alle stime presentate dalla ricorrente. Di regola, i rivenditori al dettaglio non procederebbero, infatti, alla risoluzione dei propri contratti.

- 69 Inoltre, un nuovo concorrente che arrivi sul mercato si troverebbe di fronte al problema che, per il rivenditore al dettaglio vincolato da un contratto di esclusiva, si tratta di decidere tra «tutto o niente». Pochi commercianti sarebbero disposti a rinunciare alla gamma di prodotti del concorrente dominante e ad optare per i prodotti meno conosciuti di un concorrente nuovo.
- 70 Il semplice fatto che la Mars, secondo quanto essa stessa afferma, dispone nei canali commerciali dei generi alimentari al dettaglio per i «multipacks» — per i quali non esistono contratti in esclusiva — di una quota di mercato pari a circa il 17%, vale a dire 10 volte superiore alla quota di mercato relativa alle barre di gelato vendute tramite i canali commerciali tradizionali (circa l'1,7%), costituirebbe prova sufficiente del fatto che l'accesso ai canali commerciali tradizionali sarebbe sbarrato.

Giudizio del Tribunale

- 71 Si deve rilevare, in limine, che giustamente la Commissione, ai punti 68-70 della decisione, ha ritenuto che la clausola contenuta negli accordi di fornitura, che prevede che il rivenditore al dettaglio si impegni a vendere presso il proprio esercizio solamente prodotti acquistati direttamente presso la ricorrente, contiene sia un obbligo di acquisto esclusivo sia un divieto di concorrenza, idonei a determinare una restrizione della concorrenza, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, sia per quanto riguarda i prodotti di una stessa marca sia per quanto attiene ai prodotti di marche differenti.
- 72 Ciò premesso, spetta al Tribunale valutare se la Commissione abbia accertato in misura sufficiente, sotto gli aspetti tanto di fatto che di diritto, se gli accordi di fornitura di cui trattasi abbiano prodotto sul mercato, come essa afferma, effetti sensibili sul gioco della concorrenza.

Il Tribunale rileva al riguardo, anzitutto, che la ricorrente detiene una forte posizione sul mercato di cui trattasi. Come emerge dalla decisione, la ricorrente ha realizzato nel 1991 un fatturato complessivo pari a (...) (oltre un miliardo di DM), di cui (...) (oltre 900 milioni di DM) nel settore dei gelati. L'omonimo gruppo ha realizzato, nello stesso periodo, un fatturato consolidato pari a (...) (oltre un miliardo e mezzo di DM). Va poi aggiunto che il gruppo Südzucker, che detiene direttamente e indirettamente il 49% del capitale della ricorrente, ha esposto in bilancio un fatturato di 4,54 miliardi di DM. Come indicato ai punti 31 e 35 della decisione, la quota detenuta dalla ricorrente sul mercato rilevante era pari nel 1991 a circa il (...)% per quanto riguarda i canali commerciali dei generi alimentari e al (...)% (oltre il 25%) per quanto riguarda i canali commerciali tradizionali. Va ricordato che nel corso della fase orale del procedimento la ricorrente ha confermato tale ultima cifra nell'ipotesi in cui venga accolta la delimitazione del mercato assunta dalla Commissione. Per quanto attiene all'importanza, sotto il profilo quantitativo, degli accordi contestati sul mercato di cui trattasi, il Tribunale rileva che, come emerge dal fascicolo, su tutto il mercato rilevante — come definito dalla Commissione — circa il (...)% (più del 10%) dei punti di vendita sono legati alla ricorrente dagli accordi medesimi e che il volume delle vendite realizzate dalla ricorrente attraverso i detti punti di vendita rappresenta parimenti il (...)% (più del 10%) del volume totale delle vendite sul mercato.

74 Secondo la Commissione, questi ultimi dati sono sufficienti per trarre la conclusione che gli accordi limitano in maniera considerevole le possibilità dei concorrenti tedeschi e dei concorrenti degli altri Stati membri di stabilirsi sul mercato rilevante o di incrementare la quota già posseduta, senza necessità di esaminare l'effetto cumulativo prodotto dalle reti parallele realizzate dagli altri fornitori di gelati, atteso che la quota di mercato interessata dagli accordi contestati, che rappresenta già circa il (...)% (più del 10%) del mercato rilevante, nonché il volume d'affari realizzato dalle imprese partecipanti sono nettamente superiori ai valori limite indicati nella comunicazione relativa agli accordi di importanza minore.

75 Orbene, si deve ricordare che tale comunicazione mira unicamente a definire gli accordi che, secondo la Commissione, non producono effetti sensibili sulla concorrenza o sul commercio tra gli Stati membri. Il Tribunale ritiene tuttavia che non sia

possibile dedurne, con certezza, che una rete di contratti di acquisto in esclusiva sia automaticamente idonea a impedire, restringere od ostacolare in modo sensibile il gioco della concorrenza per il sol fatto del superamento delle soglie ivi previste. Peraltro, dal tenore stesso del punto 3 della detta comunicazione emerge come sia del tutto possibile che, in determinati casi, accordi conclusi tra imprese che superino i valori limite indicati non incidano sul commercio tra gli Stati membri o sulla concorrenza se non in misura insignificante e che, conseguentemente, non ricadano nella sfera d'applicazione delle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

76 Per quanto attiene alla questione se dei contratti di acquisto in esclusiva ricadano nella sfera del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato, occorre esaminare, come affermato dalla giurisprudenza, se il complesso degli accordi analoghi conclusi sul mercato rilevante e degli altri elementi del contesto economico e giuridico in cui i contratti de quibus si collocano evidenzino come i contratti medesimi producano l'effetto cumulativo di impedire a nuovi concorrenti, sia nazionali sia internazionali, l'accesso al mercato medesimo. Ove da tale esame emerga che la detta ipotesi non ricorre, i singoli contratti facenti parte della serie di accordi non potranno incidere sul gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Laddove, invece, risulti che il mercato è difficilmente accessibile, occorrerà, inoltre, analizzare in qual misura gli accordi contestati contribuiscano all'effetto cumulativo prodotto, fermo restando che ricadranno nel divieto solamente i contratti che contribuiscano in misura significativa ad un'eventuale compartimentazione del mercato (v. la sentenza *Delimitis*, citata, punti 23 e 24).

77 Si deve inoltre ricordare, che, come affermato dalla Corte nella menzionata sentenza *Brasserie de Haecht*, la valutazione degli effetti di un contratto in esclusiva implica la necessità di prendere in considerazione il contesto economico e giuridico nell'ambito del quale il contratto stesso si collochi ed in qual misura esso possa concorrere, unitamente a contratti analoghi, a produrre l'effetto cumulativo sul gioco della concorrenza.

- 78 Per quanto attiene all'incidenza della rete di contratti in esclusiva sull'accesso al mercato, emerge inoltre dalla giurisprudenza della Corte, da un lato, che essa dipende, in particolare, dal numero dei punti di vendita contrattualmente vincolati ai produttori rispetto a quello dei rivenditori che non lo sono, dai quantitativi oggetto di detti impegni, nonché dalla proporzione tra detti quantitativi e quelli venduti dai distributori non vincolati. Dall'altro, l'incidenza di una rete di accordi di acquisto in esclusiva, benché rivesta una certa importanza ai fini della valutazione della compartimentazione del mercato, costituisce tuttavia solamente uno degli elementi del contesto economico e giuridico alla luce del quale un contratto ovvero, come nel caso di specie, un complesso di contratti deve essere valutato (v. la sentenza *Delimitis*, citata, punti 19 e 20).
- 79 Quanto all'incidenza dell'esclusività, intesa quale percentuale dei punti di vendita vincolati da contratti in esclusiva e del volume delle vendite realizzato attraverso i punti di vendita medesimi, il Tribunale ritiene che essa debba essere determinata nella specie tenendo conto delle possibilità, per i rivenditori al dettaglio, di accedere al mercato rilevante complessivamente considerato, come già delimitato dalla Commissione, vale a dire con riguardo sia ai canali commerciali tradizionali, sia ai canali commerciali dei prodotti alimentari, atteso che la delimitazione del mercato assolve la funzione di definire il quadro nell'ambito del quale devono essere valutati gli effetti prodotti dagli accordi contestati sul gioco della concorrenza.
- 80 Il Tribunale rileva al riguardo, in primo luogo, che, come precedentemente sottolineato (v. punto 73), ove si tenga conto del volume delle vendite di gelati in confezione monodose realizzate nel mercato rilevante, si otterrà un'incidenza pari a circa il (...)% (oltre il 10%), riconducibile ai contratti di acquisto in esclusiva conclusi dalla ricorrente. Quanto all'effetto cumulativo risultante da altri accordi analoghi sul mercato, il Tribunale rileva, in secondo luogo, che i contratti di acquisto in esclusiva analoghi conclusi dalla Langnese, l'altro principale produttore di gelati operante in Germania, coprono, dal canto loro, circa il (...)% del mercato rilevante.
- 81 Si deve pertanto ritenere che il sistema di contratti di acquisto in esclusiva attuato dai due principali produttori incida sul (...)% circa del mercato, quindi al di

l'incidenza del 30% considerata accettabile dalla Commissione all'epoca dell'invio della lettera amministrativa alla ricorrente, lettera che è stata successivamente oggetto di commento al punto 19 della *Quindicesima Relazione sulla politica di concorrenza* del 1985.

- 82 Tuttavia, come precedentemente sottolineato (punto 78), la percentuale di incidenza costituisce solamente uno degli elementi del contesto economico e giuridico nell'ambito del quale un sistema di contratti deve essere valutato. Occorre analizzare, inoltre, le condizioni praticate sul mercato e, in particolare, le possibilità reali e concrete per i nuovi concorrenti di accedere al mercato medesimo nonostante l'esistenza di una rete di contratti d'acquisto in esclusiva.
- 83 Per quanto attiene a tali elementi, la Commissione ha constatato l'esistenza di ulteriori rilevanti ostacoli all'accesso al mercato, con riguardo ai canali commerciali sia di generi alimentari, sia tradizionali. Emerge, al riguardo, dai punti 100 e 134-137 della decisione che l'accesso al mercato per nuovi concorrenti è reso più difficile dall'esistenza di un sistema di finanziamenti riguardante un elevato numero di frigoriferi, che la ricorrente mette a disposizione dei rivenditori al dettaglio nell'ambito dei canali commerciali sia di generi alimentari sia tradizionali [nel 1991, circa il (...) % del totale di cui (...) nei canali commerciali tradizionali e (...) nei canali commerciali di generi alimentari, ai sensi del punto 57 della decisione], restando a carico dei rivenditori al dettaglio l'obbligo di utilizzare i frigoriferi medesimi esclusivamente per i prodotti della ricorrente.
- 84 Il Tribunale è del parere che giustamente la Commissione abbia ritenuto trattarsi in tal caso di un elemento che contribuisca a rendere più difficile l'accesso al mercato. Tale circostanza implica, infatti, necessariamente la conseguenza che qualsiasi nuovo concorrente che arrivi sul mercato debba o convincere il rivenditore al dettaglio a cambiare il frigorifero installato dalla ricorrente con un altro — il che presuppone la rinuncia al fatturato realizzato con i prodotti del precedente fornitore — ovvero convincere il rivenditore al dettaglio ad accettare l'installazione di un frigorifero supplementare, il che può rivelarsi impossibile, per ragioni di spazio, in particolare nei piccoli punti di vendita. Inoltre, qualora il nuovo concorrente sia in grado di offrire unicamente una gamma di prodotti limitata,

come nel caso dell'interveniente, può rivelarsi difficile convincere il rivenditore al dettaglio a risolvere il contratto col precedente fornitore.

85 Nell'ambito dei canali commerciali tradizionali esiste inoltre, come emerge dal fascicolo, un gran numero di singoli rivenditori al dettaglio il cui volume d'affari medio è relativamente basso. L'istituzione di un sistema di distribuzione redditizio presuppone, quindi, che un nuovo concorrente riunisca un elevato numero di rivenditori al dettaglio concentrati in un'area geografica definita e che possano essere riforniti attraverso depositi regionali o magazzini centralizzati. L'assenza di intermediari indipendenti fa sì che tale frantumazione della domanda costituisca un ostacolo supplementare all'accesso al mercato. La Commissione ha infine giustamente ritenuto che i prodotti della ricorrente si avvalgano di marchi che godono di un elevato grado di notorietà.

86 Ciò premesso, il Tribunale ritiene che dall'esame di tutti i contratti analoghi conclusi sul mercato rilevante nonché dagli altri elementi del contesto economico e giuridico in cui i detti contratti si collocano — precedentemente oggetto di analisi ai punti 83-85 — emerga che gli accordi di acquisto in esclusiva conclusi dalla ricorrente siano idonei a incidere in modo sensibile sul gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

87 In considerazione della forte posizione occupata dalla ricorrente sul mercato rilevante e, in particolare, della quota di mercato posseduta, il Tribunale ritiene che tali accordi contribuiscano in termini significativi a determinare una compartimentazione del mercato.

88 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il Tribunale ritiene, quindi, che giustamente la Commissione sia giunta alla conclusione che gli accordi contestati determinino una restrizione sensibile del gioco della concorrenza sul mercato rilevante.

89 Il secondo capo del motivo dev'essere quindi respinto.

Quanto al terzo capo del motivo, relativo al preteso obbligo della Commissione di operare una scissione dei singoli contratti in modo tale da sottrarre una parte di essi al divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato

Sintesi degli argomenti delle parti

90 Secondo la ricorrente, la Commissione potrebbe vietare unicamente gli accordi che ricadano nella sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, e ciò unicamente nel caso in cui la restrizione della concorrenza superi un valore limite oltre il quale assume la caratteristica di sensibile.

91 La ricorrente afferma che tale analisi appare ancor più necessaria nella specie atteso che, da un lato, la Commissione ha vietato anche i contratti in esclusiva paralleli conclusi dalla Langnese, presi in considerazione ai fini dell'esame dell'effetto cumulativo prodotto da accordi analoghi, e, dall'altro, sarebbe stato ipotizzabile esaminare — a seguito dell'ordinanza pronunciata dal presidente del Tribunale il 16 giugno 1992 relativa ad una domanda di provvedimenti urgenti nell'ambito della causa precedente alla proposizione di quella in esame (v. supra, punto 7) — se, escludendo i contratti conclusi con le stazioni di servizio, le clausole di esclusività contenute negli altri contratti continuino a produrre un effetto sensibile sul gioco della concorrenza.

92 La Commissione sostiene di non essere obbligata a definire un valore limite al di sotto del quale gli accordi di fornitura di gelati conclusi dalla ricorrente sarebbero compatibili con l'art. 85 del Trattato.

- 93 A sostegno di tale tesi, la Commissione afferma, al punto 107 della decisione, che l'effetto sensibile sulla concorrenza riguarda tutto il complesso degli accordi di fornitura conclusi dalla ricorrente. La Commissione è del parere che, in presenza di una rete di accordi di pari natura conclusi da un solo produttore, l'alternativa è data unicamente dalla sussistenza o meno dell'effetto sensibile, senza possibilità di enucleare taluni elementi. L'art. 85, n. 1, del Trattato non consentirebbe di scindere singoli contratti o reti di accordi in modo tale da sottrarre gli elementi «non sensibili» al divieto sancito dalla detta disposizione.
- 94 La Commissione aggiunge al riguardo che la ricorrente non è stata in grado di fornire criteri che consentissero di operare una scissione del complesso degli accordi. A suo parere, una siffatta scissione assumerebbe carattere arbitrario. Essa sottolinea, inoltre, che l'art. 85, n. 2, del Trattato non consente una scissione per ragioni di certezza del diritto, in particolare nel caso di reti di accordi.

Giudizio del Tribunale

- 95 Va rilevato anzitutto che, come affermato da costante giurisprudenza, una rete di contratti di acquisto in esclusiva attuata da un unico fornitore può sfuggire al divieto dell'art. 85, n. 1, sempreché non contribuisca in modo significativo, unitamente agli altri contratti analoghi accertati sul mercato, ivi compresi quelli degli altri fornitori, ad impedire l'accesso al mercato per nuovi concorrenti nazionali e stranieri (v. la menzionata sentenza *Delimitis*, punti 23 e 24). Secondo il Tribunale, ciò implica che, in presenza di una rete di accordi analoghi conclusi da un unico produttore, la valutazione degli effetti di tale rete sul gioco della concorrenza si applica a tutti i singoli contratti che costituiscono la rete stessa. Va aggiunto, inoltre, che la Commissione è tenuta, ai fini della valutazione dell'applicabilità dell'art. 85, n. 1, del Trattato, ad esaminare i dati reali del caso di specie, non potendosi basare su situazioni ipotetiche. Il Tribunale ritiene al riguardo che, come osservato dalla Commissione, scindere, nella specie, i contratti contestati in diverse categorie ipotetiche potrebbe risultare arbitrario.

- 96 Per quanto attiene, inoltre, alla questione se la Commissione avrebbe dovuto procedere all'esame dell'effetto restrittivo sulla concorrenza risultante dalla rete di contratti realizzata dalla ricorrente a seguito del divieto relativo ad un'analogia rete imposto alla Langnese, è sufficiente ricordare come dalla menzionata sentenza *Delimitis* emerga che, laddove la Commissione rilevi, come nella specie, che il complesso di contratti analoghi conclusi sul mercato nonché altri elementi del contesto economico e giuridico siano idonei a pregiudicare in modo sensibile il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato e, inoltre, ritenga legittimamente che gli accordi di fornitura di un produttore contribuiscano in maniera significativa a tale compartimentazione del mercato, gli accordi contestati del produttore medesimo ricadranno interamente nella sfera del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato. Rispetto a tale conclusione resta irrilevante la circostanza che la Commissione vieti simultaneamente una rete di contratti analoghi attuata da un altro produttore.
- 97 Per quanto attiene, infine, all'ordinanza del presidente del Tribunale 16 giugno 1992, precedentemente menzionata — invocata dalla ricorrente a sostegno delle proprie tesi —, va ricordato che tale ordinanza, che ha sospeso l'applicazione della decisione della Commissione 25 marzo 1992, esclusa la parte riguardante i punti di vendita esclusivi della ricorrente e della Langnese nelle stazioni di servizio, è stata pronunciata nell'ambito di una domanda di provvedimenti urgenti. Il detto provvedimento, emanato a seguito di una ponderazione dei diversi interessi delle parti in causa, era diretto a far provvisoriamente fronte al rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile tanto per la Mars quanto per la ricorrente. L'ordinanza perseguiva, quindi, una finalità particolare ed il Tribunale ritiene, conseguentemente, che essa non possa essere invocata per affermare che la Commissione fosse tenuta a scindere i singoli contratti al fine di valutare se ricadessero o meno nella sfera dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 98 Il Tribunale ritiene, quindi, che un sistema di contratti analoghi debba essere considerato nel suo complesso e che, di conseguenza, giustamente la Commissione non abbia proceduto ad una suddivisione dei contratti stessi. Questo capo del motivo non appare, quindi, fondato.
- 99 Alla luce delle considerazioni che precedono il motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato non può trovare accoglimento.

Sul motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato

100 La ricorrente fa valere che gli accordi controversi, nell'ipotesi in cui dovessero nondimeno ricadere nel divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato, potrebbero godere o di un'esenzione per categoria ai sensi del regolamento n. 1984/83, ovvero di un'esenzione individuale. Il motivo si articola in tre capi. La ricorrente ritiene, in primo luogo, che la Commissione non possa discostarsi dalle valutazioni espresse nella propria lettera amministrativa rilasciata a seguito della notificazione degli accordi contestati nel 1985. In secondo luogo, la ricorrente afferma che gli accordi contestati non siano stati conclusi, come erroneamente ritenuto dalla Commissione, per una durata indeterminata ai sensi dell'art. 3, lett. d), del regolamento n. 1984/83 e che, conseguentemente, possano godere di un'esenzione per categoria ai sensi del regolamento medesimo. La ricorrente deduce, in terzo luogo, che il diniego di concessione di un'esenzione individuale costituisca violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato.

Quanto al primo capo del motivo, relativo al preteso obbligo della Commissione di non discostarsi dalle valutazioni espresse nella sua lettera amministrativa

Sintesi degli argomenti delle parti

101 A sostegno dell'affermazione secondo cui la Commissione non poteva discostarsi, per quanto attiene all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato, dalle valutazioni espresse nella lettera amministrativa che la Commissione stessa le aveva inviato, la ricorrente sostiene, anzitutto, che l'invio di una lettera amministrativa non può porre le imprese destinatarie in una posizione meno favorevole rispetto a quella in cui si sarebbero trovate ove avessero potuto ottenere dalla Commissione una decisione formale. La ricorrente sottolinea al riguardo, richiamandosi all'art. 8, n. 3, del regolamento n. 17, che la Commissione non può revocare o modificare successivamente una decisione formale di esenzione se non nell'ipotesi in cui la situazione di fatto si sia modificata con riguardo ad un elemento essenziale della decisione o se la

decisione stessa si fondi su indicazioni inesatte ovvero sia stata ottenuta in modo fraudolento. Secondo la ricorrente, da tale disposizione emerge, in particolare, che una modificazione della posizione giuridica non sarebbe sufficiente a revocare una decisione di esenzione. Essa aggiunge che una siffatta restrizione si applica anche per quanto riguarda le valutazioni espresse in una lettera amministrativa di archiviazione.

- 102 Per quanto attiene alle affermazioni dedotte dalla Commissione ai punti 149 e 150 della decisione, la ricorrente sottolinea, da un lato, che gli elementi di fatto, esposti nella notificazione, erano completi e conformi alle norme all'epoca vigenti. Inoltre, le circostanze di fatto non avrebbero subito significativi mutamenti successivamente all'invio della lettera amministrativa nel 1985.
- 103 La ricorrente afferma, inoltre, di aver indicato, all'atto della notificazione, tutte le circostanze che la Commissione ritiene oggi ancora essenziali, vale a dire le quote di mercato e i volumi venduti attraverso i punti di vendita contrattualmente vincolati. La ricorrente ricorda di aver calcolato l'incidenza dell'esclusività nella misura del 17% per tutto il mercato del gelato di produzione industriale. Se, all'epoca, la Commissione avesse limitato, come fa oggi, il mercato del gelato a quello di produzione industriale in confezione monodose, avrebbe potuto rilevare, basandosi sulle indicazioni fornite dalla ricorrente, che l'incidenza dell'esclusività risultante era allora superiore al 17% indicato dalla ricorrente. Secondo la ricorrente stessa, le riflessioni della Commissione si sono necessariamente dirette in tal senso all'epoca, in quanto, nella *Quindicesima Relazione sulla politica di concorrenza* del 1985, la Commissione parla di un'incidenza dell'esclusività del 30%.
- 104 Secondo la ricorrente, la Commissione non può nemmeno giustificare la riapertura del procedimento in base al rilievo dell'ingresso della Mars sul mercato. Laddove la Commissione esamini accordi di acquisto in esclusiva e li ritenga ammissibili, è legittimo ritenere che nelle relative valutazioni si sia tenuto conto anche della questione se l'accesso di concorrenti attuali o potenziali al mercato sia impedito o se vi

sia effettivo ostacolo alle loro possibilità di espansione sul mercato. La denuncia della Mars avrebbe dovuto essere quindi analizzata preventivamente nell'ambito delle verifiche effettuate con riguardo all'esercizio 1985, se queste fossero state eseguite correttamente.

105 Considerato che la Commissione non ha accertato alcun cambiamento della situazione di fatto successivo all'invio della lettera amministrativa con riguardo ad un elemento essenziale della decisione, essa deve intendersi vincolata alle valutazioni espresse nella lettera amministrativa medesima.

106 La Commissione ritiene, in limine, che, alla luce delle circostanze della specie, essa non possa intendersi vincolata alla lettera amministrativa. La Commissione deduce, al riguardo, che le lettere amministrative di archiviazione non possono produrre un effetto vincolante superiore alle decisioni formali che esse sostituiscono da un punto di vista funzionale nell'applicazione pratica delle norme sulla concorrenza. Essa ricorda che, a termini dell'art. 8, n. 3, lett. a), del regolamento n. 17, può revocare o modificare dichiarazioni formali di esenzione «se cambia la situazione di fatto relativa ad un elemento essenziale della dichiarazione». La Commissione sottolinea che la lettera amministrativa è stata inviata senza avvio di un procedimento ufficiale, senza pubblicazione ai sensi dell'art. 19, n. 3, del regolamento n. 17 e senza consultazione preventiva del comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti. Essa aggiunge inoltre che la detta lettera, costituendo il risultato di un esame provvisorio, contiene, conformemente a costante prassi, una riserva espressa che prevede la riapertura del procedimento nell'ipotesi in cui «(...) taluni elementi di diritto o di fatto assunti a base del presente parere si (modifichino) sostanzialmente (...)».

107 Ciò premesso, la Commissione ritiene fondata la considerazione espressa al punto 149 della decisione, secondo cui appariva opportuno riaprire il procedimento sulla base del rilievo che l'esposizione dei fatti nella notificazione era incompleta, nella misura in cui non faceva riferimento né all'accordo concluso nell'ambito del settore dei gelati in merito al reciproco riconoscimento degli accordi di esclusiva, né

all'importanza e all'entità delle restrizioni relative all'utilizzazione dei frigocongelatori messi a disposizione dei rivenditori di generi alimentari, elementi nei quali la Commissione poteva legittimamente individuare ulteriori barriere all'ingresso sul mercato.

108 La Commissione fa valere inoltre, al punto 150 della decisione, che l'ingresso della Mars e della Jacobs Suchard sul mercato configura un elemento di fatto nuovo che giustifica la riapertura del procedimento, in quanto proprio le esperienze acquisite dalla Mars hanno rivelato una compartimentazione del mercato inducendo, conseguentemente, un nuovo esame.

109 La Commissione sarebbe peraltro tenuta, sulla base delle garanzie procedurali previste all'art. 3 del regolamento n. 17 e dell'art. 6, del regolamento della Commissione 25 luglio 1963, n. 99/63/CEE, relativo alle audizioni previste all'art. 19, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 17 (GU 1963, n. 127, pag. 2268), ad esaminare attentamente tutti gli elementi di fatto e di diritto di cui sia venuta a conoscenza nelle denunce (v. sentenza del Tribunale 18 settembre 1992, causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. pag. II-2223). Erroneamente, quindi, la ricorrente sostiene che la lettera amministrativa imporrebbe la reiezione della denuncia della Mars.

Giudizio del Tribunale

110 Si deve anzitutto rilevare che, come emerge dalla giurisprudenza, una lettera amministrativa, come quella inviata alla ricorrente a seguito della notificazione degli accordi di fornitura nel 1985, non costituisce né una decisione di attestazione negativa, né una decisione che applica l'art. 85, n. 3, del Trattato, ai sensi degli artt. 2 e 6 del regolamento n. 17, qualora la lettera amministrativa non sia stata emanata conformemente alle disposizioni del regolamento medesimo (v. sentenze della Corte 10 luglio 1980, cause riunite 253/78 e 1/79-3/79, Giry e Guerlain e a., Racc. pag. 2327; causa 37/79, Marty, Racc. pag. 2481; causa 99/79, Lancôme e Cosparfrance, Racc. pag. 2511, e 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal, Racc. pag. 3775). Nelle men-

zionate sentenze la Corte ha posto l'accento sul fatto che le lettere amministrative di cui trattasi erano state spedite senza che fossero stati osservati i requisiti di pubblicità previsti all'art. 19, n. 3, del regolamento n. 17 e che le lettere medesime non erano state oggetto di alcuna pubblicazione ai sensi del successivo art. 21, n. 1.

111 Si deve sottolineare, inoltre, che si tratta di una comunicazione con cui viene comunicato alla ricorrente il parere della Commissione, secondo cui non occorre intervenire nei confronti dei contratti di cui trattasi, atteso che questi ultimi, alla luce delle circostanze della specie, apparivano compatibili con le norme del Trattato in materia di concorrenza e che la questione poteva essere, quindi, archiviata. Il Tribunale ritiene, al riguardo, che il fatto che la Commissione abbia menzionato l'invio di tale lettera amministrativa, con l'aggiunta di alcune note di commento, nella *Quindicesima Relazione sulla politica di concorrenza* del 1985 non ne alteri la natura giuridica.

112 Il Tribunale rileva, infine, che dalle difese svolte dalla Commissione nel corso della fase orale del procedimento emerge come essa abbia proceduto all'epoca unicamente ad un'analisi provvisoria delle condizioni del mercato fondata, essenzialmente, sulle informazioni fornite dalla ricorrente, anche per quanto attiene ai dati utilizzati ai fini della delimitazione del mercato all'epoca ritenuto rilevante e della determinazione dell'incidenza dell'esclusività. In tale contesto, nella lettera amministrativa la Commissione si è peraltro riservata il diritto di riaprire il procedimento in caso di sostanziale modificazione di taluni elementi di fatto o di diritto assunti a base delle proprie valutazioni. Una siffatta riserva è peraltro conforme alla prassi amministrativa seguita dalla Commissione in materia.

113 Quanto alla questione se si siano verificati sostanziali cambiamenti nelle circostanze di fatto posteriormente all'invio della lettera amministrativa, il Tribunale rileva, da un lato, che, secondo quanto risulta dal fascicolo, due nuove imprese concorrenti, la Mars e la Jacobs Suchard, hanno successivamente fatto il loro ingresso sul mercato. Inoltre, per quanto attiene all'interveniente Mars, è pacifico che si tratti di un

concorrente particolare che offre solamente una gamma limitata di prodotti e che adotta una strategia commerciale differente rispetto a quella dei propri principali concorrenti. Il Tribunale rileva, dall'altro, che, successivamente alla presentazione della denuncia da parte della Mars, la Commissione è giunta a conoscenza dell'esistenza di ulteriori ostacoli all'accesso al mercato, particolarmente nell'ambito del commercio dei generi alimentari, ostacoli consistenti, per quanto attiene alla ricorrente, all'obbligo imposto ai distributori al dettaglio di riservare esclusivamente ai propri prodotti l'utilizzazione dei surgelatori da essa messi a loro disposizione.

- 114 Il Tribunale ritiene che tali elementi costituissero circostanze nuove che giustificassero, particolarmente alla luce dei problemi concreti incontrati dalla parte interveniente, un'analisi più approfondita e più precisa dei fattori che condizionavano l'accesso al mercato rispetto a quanto appurato in occasione dell'emanazione della lettera amministrativa. Conseguentemente, il Tribunale ritiene che tale lettera non impedisse alla Commissione di riaprire il procedimento al fine di valutare, con riguardo al caso concreto, la compatibilità dei contestati accordi di fornitura con le norme in materia di concorrenza.
- 115 Tale soluzione appare, inoltre, conforme all'obbligo incombente alla Commissione, con riguardo alle garanzie procedurali previste dall'art. 3 del regolamento n. 17 nonché dall'art. 6 del regolamento n. 99/63, di esaminare attentamente gli elementi di fatto e di diritto sottoposti alla sua attenzione dalla parte denunciante, al fine di accertare se tali elementi non rivelino un comportamento atto a falsare il gioco della concorrenza nell'ambito del mercato comune ed a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri (v. sentenza Automec/Commissione, citata, punto 79).
- 116 Senza necessità di esaminare la questione se la notificazione della ricorrente fosse incompleta, dalle considerazioni che precedono emerge che il primo capo del motivo dev'essere respinto.

Quanto al secondo capo del motivo, relativo alla tesi secondo cui gli accordi contestati potrebbero godere di un'esenzione per categoria

Sintesi degli argomenti delle parti

- 117 La ricorrente sostiene, in proposito, che gli accordi non vengono conclusi «per una durata indeterminata», ai sensi dell'art. 3, lett. d), del regolamento n. 1984/83, come invece affermato dalla Commissione.
- 118 Secondo la ricorrente, quando un contratto viene inizialmente concluso per una durata determinata e, alla scadenza di questa, viene prorogato per una durata nuovamente determinata, vale a dire un anno, il termine di scadenza non è incerto, bensì determinato. La ricorrente sostiene che l'art. 3, lett. d), del regolamento n. 1984/83 non esclude che gli accordi conclusi per durate determinate possano essere rinnovati, alle singole scadenze, per nuovi periodi. A parere della ricorrente, è irrilevante che la proroga del contratto sia automatica ovvero avvenga unicamente sulla base di dichiarazione espressa del rivenditore, atteso che non è in contestazione il diritto delle parti di porre termine al rapporto contrattuale al raggiungimento di una determinata scadenza.
- 119 In tale contesto, la ricorrente sottolinea che la Commissione non può negarle il diritto di invocare l'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 1984/83, atteso che la Commissione non ha inserito la revoca dell'esenzione ex art. 14 del regolamento medesimo nel dispositivo della decisione.
- 120 La Commissione fa valere che, come affermato al punto 112 della decisione, gli accordi di fornitura non possono godere di un'esenzione per categoria ai sensi del regolamento n. 1984/83 sulla base del rilievo che gli accordi rientranti nella categoria «contratti di durata determinata massima di due anni e successiva proroga automatica» vengono conclusi «a tempo indeterminato» ai sensi dell'art. 3, lett. d), del regolamento medesimo. La loro risoluzione dipenderebbe da un avvenimento

futuro ed incerto, vale a dire dall'iniziativa di una delle parti. Secondo la Commissione, tale interpretazione dell'art. 3, lett. d), appare peraltro conforme al punto 39 della comunicazione della Commissione stessa 22 giugno 1983, relativa ai regolamenti (CEE) nn. 1983/83 e 1984/83, relativi all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato CEE a categorie di accordi, rispettivamente, di acquisto esclusivo e di distribuzione esclusiva (GU 1984, C 101, pag. 2).

- 121 La Commissione sottolinea che, in ogni caso, la ricorrente non può invocare il regolamento n. 1984/83 per il fatto che le è stata negata la concessione di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 17. Tale conclusione scaturirebbe dalla natura stessa dei regolamenti di esenzione per categoria, atteso che l'esenzione per categoria non è subordinata alla verifica, caso per caso, dell'effettiva sussistenza dei requisiti richiesti dal Trattato ai fini della concessione dell'esenzione. Conseguentemente, una decisione di diniego di esenzione individuale, emanata in esito ad una valutazione concreta dei contratti di cui trattasi con riguardo ai requisiti enunciati dall'art. 85, n. 3, del Trattato, non consentirebbe alla ricorrente di invocare un'esenzione per categoria.

Giudizio del Tribunale

- 122 Senza necessità di esaminare la questione se la ricorrente possa invocare l'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 1984/83 quando la Commissione non ne abbia revocato il beneficio, ai sensi dell'art. 14 del regolamento medesimo, nel dispositivo della decisione, è sufficiente rilevare che, in ogni caso, gli accordi oggetto del presente ricorso vengono conclusi a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 3, lett. d), del detto regolamento, ragion per cui non possono beneficiare dell'esenzione ivi prevista.
- 123 Si deve ricordare, infatti, che dal tenore dell'art. 3, lett. d), del regolamento n. 1984/83 emerge che l'esenzione per categoria prevista dal regolamento medesimo

non può trovare applicazione qualora l'accordo di cui trattasi sia stato concluso a tempo indeterminato. Il Tribunale ritiene, in proposito, che non vi sia, sotto il profilo pratico, differenza tra, da un lato, un contratto concluso espressamente a tempo indeterminato, con possibilità per le parti di risolvere il rapporto contrattuale, tipologia esclusa dal beneficio dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 1984/83 ai sensi dell'art. 3, lett. d), del medesimo, e, dall'altro, un contratto che, dopo due anni, sia oggetto, come nella specie, di rinnovi taciti sino alla sua risoluzione da parte di uno dei contraenti. In entrambi i casi i contraenti non sono obbligati, bensì sono liberi, ove lo desiderino, di rivedere i propri rapporti contrattuali e di valutare altre possibilità esistenti sul mercato. Orbene, tale esame, che l'art. 3, lett. d), del regolamento n. 1984/83 ha voluto imporre, può consentire a nuovi concorrenti di avviare contatti con quei rivenditori al dettaglio svincolati da qualsiasi impegno. Si deve considerare inoltre, come affermato dalla Commissione al punto 113 della decisione, che l'elemento determinante ai fini della valutazione di tali contratti alla luce delle norme sulla concorrenza è che i contratti non hanno una durata certa, dato che essa dipende dall'iniziativa di una delle parti contraenti.

- 124 Conseguentemente, i contratti soggetti a rinnovo tacito la cui durata può superare i cinque anni devono essere considerati come conclusi a tempo indeterminato e non possono, quindi, beneficiare dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 1984/83. Il secondo capo del motivo dev'essere pertanto respinto.

Quanto al terzo capo del motivo, relativo alla questione se gli accordi di fornitura rispondano ai requisiti di cui all'art. 85, n. 3, del Trattato

Sintesi degli argomenti delle parti

- 125 Secondo la ricorrente, gli accordi di fornitura, rispondendo ai requisiti fissati dall'art. 85, n. 3, del Trattato, devono godere di un'esenzione individuale.

- 126 La ricorrente sostiene, anzitutto, che gli accordi di fornitura producano una migliore distribuzione dei gelati. Infatti, proprio tali accordi consentirebbero il regolare approvvigionamento su tutto il territorio, anche per i piccoli punti di vendita. La ricorrente fa valere al riguardo che, senza gli accordi controversi, sarebbe obbligata, per ragioni di costi, ad interrompere l'approvvigionamento di circa il 42% dei propri clienti, trattandosi di operatori che realizzano un volume di vendite annuo troppo ridotto. La ricorrente afferma che le forniture dei piccoli punti di vendita non sarebbero assicurate poi dai produttori locali o dai grossisti, come sostenuto dalla Commissione. Per quanto attiene ai grossisti, la ricorrente aggiunge che il regolare approvvigionamento dei punti di vendita su tutto il territorio non riveste per loro praticamente alcun interesse, atteso che i grossisti vendono i gelati solamente come generi di accompagnamento destinati a completare la gamma di prodotti di clienti che acquistano altri generi di surgelati in quantità rilevanti.
- 127 Nella decisione la Commissione non terrebbe inoltre sufficientemente conto della necessità di disporre, ai fini della vendita dei gelati, di un frigocongelatore. Quando i rivenditori al dettaglio non siano né in grado né disposti ad acquistare direttamente i frigocongelatori, questi possono essere eventualmente messi a loro disposizione dal produttore, a condizione che possa essergli garantito che l'approvvigionamento del punto di vendita consentirà il raggiungimento di un determinato volume di vendite minimo. Ciò presuppone che il punto di vendita di cui trattasi sia vincolato da un contratto di acquisto in esclusiva. Secondo la ricorrente, la possibilità per i rivenditori al dettaglio di disporre di frigocongelatori determina un'apertura del mercato.
- 128 La ricorrente deduce, inoltre, l'esistenza di una pressione da parte della concorrenza sul mercato, delimitato dalla Commissione, che garantisce la traslazione dei vantaggi sui consumatori, atteso che gli accordi di fornitura evidenziano un'incidenza dell'esclusività pari solamente a circa il 30% e che gli impegni stessi sono limitati nel tempo. Grazie al sistema di distribuzione attuato dalla ricorrente, i consumatori potrebbero inoltre approfittare sia di un elevato numero di punti di vendita di gelati su tutto il territorio sia di una completa gamma di prodotti ivi offerta. Senza gli accordi contestati, infatti, ogni produttore sarebbe obbligato ad offrire ai rivenditori al dettaglio unicamente i prodotti più richiesti.

129 La ricorrente afferma, infine, che i contratti in esclusiva non determinano alcuna eliminazione della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 3, lett. b), del Trattato. In tale contesto essa deduce che erroneamente la Commissione, richiamandosi alla menzionata sentenza *Europemballage e Continental Can/Commissione*, afferma che l'inesistenza di concorrenza effettiva sul mercato è sufficiente perché sia soddisfatta la condizione negativa prevista dall'art. 85, n. 3, lett. b), del Trattato. Infatti, dal contesto generale della decisione si desume come tale condizione venga meno solamente nel caso in cui sia sostanzialmente eliminata qualsiasi seria possibilità di concorrenza, ipotesi che non ricorrerebbe nella specie.

130 La ricorrente ritiene, in ogni caso, che sul mercato rilevante sussista una «concorrenza effettiva». Al riguardo essa sottolinea che erroneamente la Commissione non avrebbe tenuto sufficientemente conto, nella propria analisi, dei punti di vendita, operanti nell'ambito del commercio dei generi alimentari, non contrattualmente vincolati e totalmente liberi da qualsiasi impegno, tramite i quali viene distribuito circa il 39% del volume complessivo del mercato. Inoltre, un'incidenza dell'esclusività non superiore al 30% non sarebbe espressione di un'«eliminazione» della concorrenza. Infine, la sola circostanza che due produttori detengono quote importanti di un mercato o di un segmento del mercato non legittimerebbe la presunzione che la concorrenza sia assente o limitata.

131 La Commissione ritiene, d'altro canto, che i requisiti previsti dall'art. 85, n. 3, del Trattato ai fini della concessione di un'esenzione individuale non sussistano nella specie.

132 La Commissione afferma, anzitutto, che gli accordi di fornitura non contribuiscono a migliorare la distribuzione di prodotti ai sensi dell'art. 85, n. 3, atteso che tali accordi non determinano vantaggi oggettivi e concreti per l'interesse generale, nel senso indicato nella sentenza della Corte 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig/Commissione* (Racc. pag. 429), idonei a compensare gli svantaggi per la concorrenza che essi producono.

- 133 Alla luce della forte posizione rivestita dalla ricorrente sul mercato, la Commissione ritiene che i vantaggi riconducibili ai detti accordi di acquisto in esclusiva, vale a dire un rafforzamento della concorrenza tra i prodotti di marche differenti, non si siano verificati nella specie. Al contrario, la concorrenza sul mercato sarebbe ristretta per effetto dell'esistenza di una rete di accordi di acquisto in esclusiva che costituiscono un grave ostacolo all'accesso al mercato e, conseguentemente, la posizione della ricorrente rispetto ai suoi concorrenti risulterebbe considerevolmente rafforzata. La Commissione ritiene inoltre che l'approvvigionamento regolare dei consumatori su tutto il territorio non sarebbe compromesso in caso di eliminazione degli accordi in esclusiva.
- 134 La Commissione fa poi valere che non può presumersi che gli utenti partecipino in modo equo ai vantaggi derivanti dagli accordi in quanto i contratti di esclusività determinerebbero un sistema di distribuzione omogeneo e trasparente. Infatti, in assenza di una pressione derivante da una concorrenza effettiva, le imprese non sarebbero obbligate a trasferire i vantaggi risultanti dai detti accordi. Inoltre, gli accordi restringerebbero la possibilità di scelta del consumatore, trovandosi quest'ultimo unicamente di fronte all'assortimento di gelati di un determinato produttore nei punti di vendita ad esso legati.
- 135 La Commissione ritiene, infine, che ricorra nella specie il requisito negativo previsto dall'art. 85, n. 3, lett. b), del Trattato, attesa l'insussistenza di un'effettiva concorrenza sul mercato rilevante. Per quanto attiene, da un lato, al commercio di generi alimentari, la Commissione fa valere che le forti posizioni occupate dalla ricorrente e dalla Langnese, che insieme realizzano oltre i due terzi del volume delle vendite in tale canale di distribuzione, nonché la concentrazione della domanda costituiscono un grave ostacolo all'accesso al mercato. Per quanto attiene, dall'altro, ai canali commerciali tradizionali, l'accesso al mercato sarebbe in gran parte ostacolato dall'effetto cumulativo di tutti gli accordi in esclusiva vigenti. La Commissione ritiene, al riguardo, che circa il (...)% (oltre il 55%) del volume delle vendite nell'ambito dei canali commerciali tradizionali passi attraverso gli accordi di acquisto in esclusiva. Essa afferma, inoltre, che anche i frigocongelatori installati dalla ricorrente e dalla Langnese su tutto il mercato determinano restrizioni alla concorrenza.

- 136 L'interveniente Mars contesta che la conclusione di contratti in esclusiva e l'attuazione di un sistema di distribuzione direttamente da parte del produttore costituiscano elementi indispensabili ai fini di una distribuzione efficace e razionale sul mercato rilevante dei gelati di produzione industriale. Infatti, tali sistemi di distribuzione configurerebbero una situazione del tutto eccezionale, atteso che i prodotti detti «d'impulso» verrebbero forniti, di regola, dai produttori ai depositi centrali dei grossisti che raggrupparebbero gli ordinativi provvedendo alle relative forniture nei confronti dei vari punti di vendita. Secondo le informazioni della Mars, la ricorrente avrebbe concluso contratti in esclusiva relativi ai punti di vendita unicamente in Germania, Danimarca e in Italia.
- 137 Secondo la Mars, erroneamente la ricorrente afferma che i grossisti non hanno né la volontà né i mezzi per rifornire i canali commerciali tradizionali. Se i grossisti non sono in grado di rifornire un numero di punti di vendita tale da garantire una distribuzione razionale, la causa va ricondotta, a parere della Mars, ai contratti in esclusiva contestati, che vincolano un elevato numero di punti di vendita.
- 138 Il sistema applicato dalla ricorrente determinerebbe l'effetto di impedire pressoché totalmente l'accesso di nuovi concorrenti al mercato dei gelati detti «d'impulso», da cui derivano benefici di notevole rilevanza. Dalla giurisprudenza della Corte emerge infine, secondo la Mars, il principio secondo cui un'impresa non è legittimata a preservare la propria posizione sul mercato mediante la conclusione di contratti in esclusiva per il sol fatto di aver creato un mercato (v. la sentenza Hoffmann-La Roche/Commissione, citata).

Giudizio del Tribunale

- 139 Al fine di poter valutare se la Commissione potesse legittimamente negare la concessione di un'esenzione individuale, occorre, anzitutto, ricordare che la concessione di una decisione di esenzione individuale è subordinata, in particolare, alla

condizione che siano soddisfatti cumulativamente dall'accordo de quo, i quattro requisiti enunciati dall'art. 85, n. 3, del Trattato, di modo che è sufficiente che manchi uno di essi perché l'esenzione debba essere negata (v., per tutte, sentenza del Tribunale 15 luglio 1994, causa T-17/93, *Matra Hachette/Commissione*, Racc. pag. II-595, punto 104).

- 140 Il Tribunale ricorda, inoltre, che alla Commissione spetta un ampio potere discrezionale in materia. Il potere esclusivo attribuito alla Commissione, ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 17, di concedere un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato implica necessariamente valutazioni complesse in materia economica. Il sindacato giurisdizionale di tali valutazioni deve rispettare questo carattere, limitandosi all'esame dell'aspetto sostanziale dei fatti e delle qualificazioni giuridiche che la Commissione ne ha dedotto. Il sindacato giurisdizionale viene quindi esercitato, in primo luogo, sulla motivazione delle decisioni che, per quanto attiene alle dette valutazioni, deve precisare i fatti e le considerazioni assunti al loro fondamento (v. la sentenza *Consten e Grundig/Commissione*, citata). Alla luce di tali principi, affermati dalla giurisprudenza, occorre verificare se la decisione non si basi su fatti materiali inesatti, non sia viziata da errori di diritto o da manifesti errori di valutazione (v. la sentenza *Matra Hachette/Commissione*, precedentemente citata, punto 104).

- 141 Risulta inoltre da consolidata giurisprudenza che, nell'ipotesi in cui venga richiesta un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, incombe, anzitutto, alle imprese interessate fornire alla Commissione gli elementi atti a provare che l'accordo risponde ai requisiti sanciti dall'art. 85, n. 3, del Trattato (v., per tutte, sentenze della Corte 11 luglio 1985, causa 42/84, *Remia e a./Commissione*, Racc. pag. 2545, e 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, *VBVB e VBBB/Commissione*, Racc. pag. 19).

142 Per quanto attiene all'esame del primo dei quattro requisiti enunciati dall'art. 85, n. 3, del Trattato, il Tribunale ricorda che, a termini di tale disposizione, gli accordi che possono essere oggetto di esenzione sono quelli «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico». A tal riguardo si deve rilevare che, secondo la giurisprudenza della Corte, il miglioramento non può consistere in tutti i vantaggi che i contraenti traggano dall'accordo per quanto riguarda la loro attività di produzione o di distribuzione. Tale miglioramento deve presentare, segnatamente, vantaggi oggettivi sensibili, tali da compensare gli inconvenienti che derivano dall'accordo sul piano della concorrenza (v. la sentenza *Consten e Grundig/Commissione*, citata).

143 Il Tribunale rileva che, nella specie, l'esame di tale primo requisito è oggetto dei punti 115-121 della decisione. Nonostante il fatto che nel quinto 'considerando' del regolamento n. 1984/83 si dica che gli accordi di acquisto in esclusiva consentono in genere un miglioramento della distribuzione — in quanto il fornitore può programmare la vendita dei suoi prodotti con maggiore precisione e con maggiore anticipo ed assicurare al rivenditore l'approvvigionamento regolare del suo fabbisogno durante il periodo di validità dell'accordo — ed anche a voler presumere che la ricorrente sarebbe costretta, per ragioni di costi, a cessare l'approvvigionamento di taluni piccoli punti di vendita qualora essa sia obbligata a rinunciare all'approvvigionamento in esclusiva dei medesimi, la Commissione ritiene, nondimeno, che i contratti contestati non producano vantaggi oggettivi e concreti per l'interesse generale, idonei a compensare gli inconvenienti che ne derivano per la concorrenza.

144 A sostegno di tale affermazione, la Commissione sottolinea, da un lato, che, in considerazione della forte posizione occupata dalla ricorrente sul mercato rilevante, gli accordi contestati non producono l'effetto, contrariamente a quanto espresso nel sesto 'considerando' del regolamento n. 1984/83, di un'intensificazione della concorrenza tra prodotti di marche diverse. Infatti, la Commissione ha giustamente rilevato che la rete di accordi di cui trattasi costituisce un grave ostacolo all'accesso al mercato, che determina un restringimento della concorrenza.

145 Dall'altro, dal punto 120 della decisione emerge come la Commissione abbia ritenuto che l'approvvigionamento dei piccoli punti di vendita, che potrebbero essere eventualmente abbandonati dalla ricorrente per motivi di costi, potrebbe essere garantito o da altri fornitori, ad esempio da piccoli produttori locali, o da intermediari indipendenti che dispongano di un'offerta consistente in varie gamme di prodotti. La Commissione ricorda, inoltre, che la ricorrente stessa ha ammesso di continuare ad approvvigionare anche i punti di vendita di dimensioni molto ridotte il cui volume di vendite annuo si aggiri sui 300 DM, qualora la loro situazione geografica sia favorevole.

146 In tale contesto si deve ricordare che l'interveniente Mars ha rilevato come sia del tutto eccezionale che i prodotti detti «d'impulso» vengano distribuiti direttamente dai produttori attraverso un proprio sistema di trasporto. È peraltro pacifico tra le parti che imprese del gruppo Unilever, ivi compresa la Langnese, abbiano stipulato contratti in esclusiva relativi ai punti di vendita unicamente in Germania, Danimarca e Italia.

147 Benché la ricorrente abbia sostenuto che sarà costretta, per ragioni di costi, ad interrompere l'approvvigionamento di un certo numero di piccoli punti di vendita qualora essa dovesse rinunciare agli accordi di acquisto in esclusiva, il Tribunale ritiene che la ricorrente non abbia tuttavia dedotto elementi atti a provare che tale situazione sarebbe idonea a pregiudicare il regolare approvvigionamento di gelati in confezione monodose su tutto il territorio e, in particolare, che i piccoli punti di vendita interessati non verrebbero successivamente approvvigionati da altri fornitori o da grossisti, come semplice conseguenza della libera concorrenza che verrebbe ad instaurarsi. La ricorrente non ha nemmeno provato in termini convincenti quali siano le condizioni particolari esistenti in Germania che abbiano determinato per i produttori la necessità di provvedere direttamente alla creazione di un sistema di distribuzione dei gelati. Il Tribunale ritiene, pertanto, che la ricorrente non abbia provato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che gli accordi contestati non rispondessero al primo requisito enunciato dall'art. 85, n. 3, del Trattato. Il Tribunale, considerandosi sufficiente-

mente istruito alla luce dei documenti contenuti nel fascicolo, ritiene che non occorra procedere all'audizione di testimoni in merito alla volontà e alla capacità dei grossisti di approvvigionare i rivenditori al dettaglio nei canali commerciali tradizionali o in merito alle restrizioni al gioco della concorrenza derivanti dai contratti in esclusiva, in particolare in ordine alle possibilità per un nuovo concorrente di stabilirsi e di farsi conoscere nell'ambito dei canali commerciali tradizionali, come suggerito dall'interveniente.

148 Considerato che gli accordi contestati non rispondono al primo requisito enunciato dall'art. 85, n. 3, del Trattato, il terzo capo del motivo dev'essere quindi respinto, senza necessità di esaminare se la Commissione sia incorsa in un manifesto errore per quanto attiene alla valutazione degli altri requisiti previsti dalla disposizione medesima, atteso che è sufficiente la mancanza di uno dei quattro requisiti perché l'esenzione debba essere negata.

149 Dalle considerazioni che precedono, il motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato dev'essere respinto in toto.

Sul motivo relativo alla violazione dell'art. 3 del regolamento n. 17

Sintesi degli argomenti delle parti

150 A sostegno di tale motivo la ricorrente fa anzitutto valere che l'art. 3 del regolamento n. 17 non attribuisce alla Commissione il diritto di imporle di comunicare il

testo degli artt. 1 e 2 della decisione ai rivenditori con i quali abbia concluso accordi in esclusiva. Secondo la ricorrente, spetta ad essa stabilire le modalità con cui conformarsi alla decisione della Commissione di vietare tali accordi.

151 Quanto all'art. 4 del dispositivo della decisione, la ricorrente sostiene che, alla luce dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 17, la Commissione può obbligare unicamente «a porre fine all'infrazione constatata». Non sussisterebbe alcuna base giuridica per vietare la conclusione di nuovi accordi che, secondo la Commissione sarebbero contrari all'art. 85, n. 1, del Trattato e non risponderebbero ai requisiti fissati dal n. 3 del medesimo articolo. Parimenti, la Commissione non potrebbe vietare la conclusione di nuovi accordi che beneficino dell'esenzione prevista dal regolamento n. 1984/83 senza procedere preliminarmente alla revoca del beneficio di tale esenzione ai sensi dell'art. 14 del regolamento medesimo.

152 La ricorrente ritiene, in ogni caso, che l'art. 4 della decisione non possa vietare la conclusione di nuovi accordi di acquisto in esclusiva, accordi che verrebbero modificati, per quanto attiene alla loro durata, in modo tale da eliminare qualsiasi dubbio, anche dal punto di vista della Commissione, quanto al fatto che essi rientrano nella sfera d'applicazione del regolamento n. 1984/83.

153 La Commissione ha fatto presente, al punto 154 della decisione, che il divieto disposto nei confronti della ricorrente, all'art. 4 del dispositivo, di concludere, sino al 31 dicembre 1997, nuovi contratti di fornitura oltre a quelli esistenti, dichiarati incompatibili con l'art. 85, n. 1, del Trattato, appare giustificato dal fatto che «l'ordine di cessazione sarebbe tuttavia vano se fosse consentito a SLG [la ricorrente] di sostituire gli attuali accordi di fornitura direttamente con altri nuovi».

154 La Commissione contesta la tesi secondo cui l'art. 3 del regolamento n. 17 non costituirebbe un valido titolo giuridico. Il potere attribuito da tale disposizione alla

Commissione dev'essere esercitato, a parere della Commissione medesima, nel modo più efficace e più appropriato con riguardo alle circostanze di ciascuna determinata situazione (v. ordinanza della Corte 17 gennaio 1980, causa 792/79 R, Camera Care/Commissione, Racc. pag. 119).

155 Secondo la Commissione, tale potere implicherebbe la facoltà di emanare nei confronti delle imprese talune ingiunzioni, aventi ad oggetto un facere o un non facere, al fine di porre termine all'infrazione. Secondo la Commissione, i particolari obblighi ad essa incombenti devono essere definiti in funzione delle esigenze connesse con il ristabilimento della legalità. La Commissione afferma, inoltre, che l'art. 3 del regolamento n. 17 l'autorizza ad adottare tutti i provvedimenti che risultino necessari al fine di porre termine all'infrazione constatata, provvedimenti che possono consistere sia in misure di contenuto positivo sia in misure di contenuto negativo (v. sentenza della Corte 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione, detta «pasta di legno», Racc. pag. I-1307).

156 Il divieto disposto nell'art. 4 della decisione sarebbe giustificato, nella specie, dalla necessità di impedire un tentativo di elusione del divieto enunciato al precedente art. 1. Infatti, ove l'art. 4 della decisione non fosse stato emanato, la ricorrente potrebbe ottenere, in qualsiasi momento, per mezzo del regolamento n. 1984/83, il beneficio di un'esenzione per categoria per nuovi contratti in esclusiva. La Commissione aggiunge, in proposito, che il divieto riveste natura accessoria e mira unicamente ad evitare un'inutile ripetizione del procedimento amministrativo da cui è scaturito il diniego dell'esenzione individuale. L'art. 4 della decisione non andrebbe al di là di quanto è necessario al fine di ristabilire una situazione conforme al Trattato.

157 La Commissione sostiene, infine, che l'art. 3 della decisione esprime la conseguenza necessaria derivante dal divieto degli accordi di fornitura. La comunicazione supplementare che la ricorrente è obbligata a compiere nei confronti dei propri contraenti costituirebbe un'utile misura di accompagnamento alla risoluzione degli accordi, in quanto farebbe la necessaria chiarezza.

Giudizio del Tribunale

158 Occorre anzitutto esaminare la tesi della ricorrente secondo cui l'art. 3 del regolamento n. 17 non costituirebbe una base giuridica valida che consentirebbe alla Commissione l'emanazione dell'art. 3 della decisione, a termini del quale la ricorrente «(...) è tenuta, entro tre mesi dalla notifica della presente decisione, a comunicare ai rivenditori con i quali ha stipulato accordi del tipo indicato all'articolo 1 tuttora in corso il testo degli articoli 1 e 2 che precedono, informandoli espressamente della nullità degli accordi stessi». Si deve ricordare, in proposito, che, come risulta dal tenore letterale dell'art. 3 del regolamento n. 17 «se la Commissione constatata (...) un'infrazione alle disposizioni all'articolo 85 o dell'articolo 86 del Trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e le associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata». Il Tribunale ritiene che tale disposizione attribuisca alla Commissione anche il potere di imporre una comunicazione come quella richiesta dall'art. 3 della decisione al fine di garantire l'efficace applicazione della decisione medesima. Tenuto conto, peraltro, del fatto che si tratta di una disposizione conforme alla prassi amministrativa seguita dalla Commissione in materia, la censura della ricorrente relativa alla legittimità dell'art. 3 della decisione dev'essere quindi respinta.

159 Per quanto attiene, poi, alla questione se l'art. 4 della decisione — a termini del quale è fatto divieto alla ricorrente di concludere accordi come quelli dichiarati, all'art. 1 della decisione, contrari all'art. 85, n. 1, del Trattato — sia privo di base giuridica, il Tribunale è dell'avviso che l'art. 3 del regolamento n. 17, menzionato al punto 158, attribuisca alla Commissione solamente il potere di vietare i contratti in esclusiva esistenti che risultino incompatibili con le norme in materia di concorrenza.

160 Per quanto attiene al ristabilimento di una rete di contratti d'acquisto in esclusiva, occorre rilevare che, come risulta dalla giurisprudenza riguardante l'applicazione dell'art. 85, n. 1, anche nel caso in cui l'esame dell'insieme dei contratti analoghi

conclusi sul mercato rilevante e degli altri elementi del contesto economico e giuridico evidenzi che il mercato di cui trattasi è difficilmente accessibile, i contratti d'acquisto in esclusiva di un fornitore la cui incidenza sull'effetto cumulativo sia insignificante non ricadranno nella sfera di applicazione del divieto dell'art. 85, n. 1 (v. la menzionata sentenza *Delimitis*, punti 23 e 24).

161 Conseguo che l'art. 85, n. 1, non osta, in linea generale, alla conclusione di contratti in esclusiva, sempreché ciò non contribuisca in misura significativa alla compartimentazione del mercato. In tale contesto, deve essere respinto l'argomento della Commissione secondo cui il divieto di concludere qualsiasi contratto in futuro sarebbe giustificato dalla necessità di impedire un tentativo di elusione, attraverso il regolamento n. 1984/83, del divieto relativo ai contratti esistenti, enunciato all'art. 1 della decisione impugnata.

162 Infatti, il regolamento n. 1984/83, in quanto atto normativo di portata generale, consente alle imprese di godere di un'esenzione per categoria per taluni contratti in esclusiva che rispondano, in linea di principio, ai requisiti enunciati dall'art. 85, n. 3. In base alla gerarchia delle norme, la Commissione non è autorizzata a restringere o limitare, per mezzo di una decisione individuale, gli effetti giuridici di un siffatto atto normativo, a meno che questo non ne costituisca espressamente la relativa base giuridica. Benché l'art. 14 del regolamento n. 1984/83 conferisca alla Commissione il potere di revocare il beneficio dell'applicazione del detto regolamento laddove essa accerti che, in un caso determinato, un accordo esentato produca tuttavia taluni effetti risultanti incompatibili con i requisiti previsti dall'art. 85, n. 3, del Trattato, l'art. 14 non prevede peraltro alcuna base giuridica che consenta di procedere alla revoca del beneficio di un'esenzione per categoria relativamente ad accordi futuri.

163 Il Tribunale ritiene, inoltre, contrario al principio di parità di trattamento, che costituisce uno dei principi fondamentali del diritto comunitario, escludere per

talune imprese il beneficio, in futuro, di un regolamento di esenzione per categoria, mentre altre imprese, come, nella specie, l'interveniente, potrebbero proseguire la conclusione di accordi di acquisto in esclusiva come quelli vietati dalla decisione. Un siffatto divieto sarebbe, quindi, idoneo a pregiudicare la libertà economica di talune imprese e a creare distorsioni della concorrenza sul mercato, in contrasto con gli obiettivi del Trattato.

164 Per tutte le ragioni su esposte, il Tribunale ritiene fondato il motivo dedotto. L'art. 4 della decisione dev'essere quindi annullato.

165 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso dev'essere respinto in quanto infondato, ad eccezione della parte diretta all'annullamento dell'art. 4 della decisione.

Sulle spese

166 A termini dell'art. 87, n. 3, primo comma, del regolamento di procedura, il Tribunale può disporre la ripartizione delle spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi. Nella specie, la ricorrente, essendo rimasta soccombente con riguardo ai principali motivi di ricorso, dovrà essere condannata, oltre che alle proprie spese, a tutte le spese del giudizio, ivi comprese quelle relative al procedimento sommario nonché quelle relative all'interveniente, ad esclusione di un quarto delle spese complessive sostenute dalla convenuta. Quest'ultima sopporterà, pertanto, un quarto delle proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Seconda Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

- 1) L'art. 4 della decisione della Commissione 23 dicembre 1992, 93/405/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE nei riguardi di Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 e IV/34.072), è annullato.
- 2) Il ricorso è respinto quanto al resto.
- 3) A carico della ricorrente sono poste tutte le spese del procedimento, ivi comprese quelle relative al procedimento sommario nonché quelle relative all'interveniente, ad esclusione di un quarto delle spese complessive sostenute dalla convenuta.
- 4) La convenuta sopporterà un quarto delle proprie spese.

Vesterdorf

Barrington

Saggio

Kirschner

Kalogeropoulos

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo l'8 giugno 1995.

Il cancelliere

Il presidente facente funzione

H. Jung

D.P.M. Barrington

II - 1672

Sommaio

I fatti all'origine del ricorso	II - 1617
Il procedimento	II - 1621
Conclusioni delle parti	II - 1624
Sul motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato	II - 1625
Quando al primo capo del motivo, relativo alla delimitazione del mercato	II - 1625
Il mercato rilevante dal punto di vista del prodotto	II - 1625
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1626
Giudizio del Tribunale	II - 1630
Il mercato geografico	II - 1635
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1635
Giudizio del Tribunale	II - 1636
Quando al secondo capo del motivo, relativo all'effetto prodotto dai contratti d'acquisto in esclusiva sul gioco della concorrenza	II - 1637
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1637
Giudizio del Tribunale	II - 1641
Quando al terzo capo del motivo, relativo al preteso obbligo della Commissione di operare una scissione dei singoli contratti in modo tale da sottrarre una parte di essi al divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato	II - 1647
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1647
Giudizio del Tribunale	II - 1648
Sul motivo relativo alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato	II - 1650
Quando al primo capo del motivo, relativo al preteso obbligo della Commissione di non discostarsi dalle valutazioni espresse nella sua lettera amministrativa	II - 1650
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1650
Giudizio del Tribunale	II - 1653
Quando al secondo capo del motivo, relativo alla tesi secondo cui gli accordi contestati potrebbero godere di un'esenzione per categoria	II - 1656
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1656
Giudizio del Tribunale	II - 1657

Quanto al terzo capo del motivo, relativo alla questione se gli accordi di fornitura rispondano ai requisiti di cui all'art. 85, n. 3, del Trattato	II - 1658
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1658
Giudizio del Tribunale	II - 1662
Sul motivo relativo alla violazione dell'art. 3 del regolamento n. 17	II - 1666
Sintesi degli argomenti delle parti	II - 1666
Giudizio del Tribunale	II - 1669
Sulle spese	II - 1671