

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Terza Sezione)

18 settembre 2001 *

Nella causa T-112/99,

Métropole télévision (M6), con sede in Neuilly-sur-Seine (Francia),

Suez-Lyonnaise des eaux, con sede in Nanterre (Francia),

France Télécom, con sede in Parigi (Francia),

rappresentate dall'avv. D. Théophile, con domicilio eletto in Lussemburgo,

e

Télévision française 1 SA (TF1), con sede in Parigi, rappresentata dagli avv.ti
P. Dunaud e P. Elsen, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrenti,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. É. Gippini
Fournier e K. Wiedner, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

* Lingua processuale: il francese.

sostenuta da

CanalSatellite, con sede in Parigi, rappresentata dagli avv.ti L. Cohen-Tanugi e F. Brunet, con domicilio eletto in Lussemburgo,

interveniente,

avente ad oggetto una domanda di annullamento degli artt. 2 e 3 della decisione della Commissione 3 marzo 1999, 1999/242/CE, relativa ad un procedimento d'applicazione a norma dell'art. 85 del Trattato CE (IV/36.237 — TPS) (GU L 90, pag. 6),

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

composto dai sigg. J. Azizi, presidente, K. Lenaerts e M. Jaeger, giudici,

cancelliere: D. Christensen, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 18 gennaio 2001,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Ambito generale della causa

A — *Descrizione dell'operazione*

- 1 Tale causa è relativa alla decisione della Commissione 3 marzo 1999, 1999/242/CE, relativa ad un procedimento d'applicazione a norma dell'art. 85 del Trattato CE (IV/36.237 — TPS) (GU L 90, pag. 6) (in prosieguo: la «decisione impugnata») concernente la creazione della società Télévision par satellite (in prosieguo: «TPS») il cui obiettivo è la creazione, lo sviluppo e la gestione, in modo digitale e via satellite, di un'offerta di programmi e di servizi televisivi a pagamento, destinati ai telespettatori europei francofoni ('considerando' 76 della decisione impugnata).
- 2 Tale società, che è stata costituita sotto forma di società in nome collettivo (s.n.c.) di diritto francese da sei grandi società francesi attive nei settori della televisione [Métropole télévision (M6), Télévision française 1 SA (TF1), France 2 e France 3] e della telecomunicazione e distribuzione via cavo (France Télécom e Suez-Lyonnaise des Eaux), si presenta come un nuovo concorrente su un mercato fortemente dominato da un operatore storico, vale a dire la società Canal+ e la sua controllata CanalSatellite.

B — *Mercati interessati e struttura di tali mercati*

3 Risulta dalla decisione impugnata che il principale mercato di prodotti interessato dalla creazione di TPS è quello della televisione a pagamento ('considerando' 23 e 24 della decisione impugnata). L'operazione concerne, peraltro, il mercato dell'acquisizione dei diritti di trasmissione nonché quello dello smercio di reti tematiche.

4 Riguardo al mercato geografico interessato, la convenuta ha precisato nella decisione impugnata che, al momento dell'adozione di quest'ultima, tali diversi mercati dovevano essere valutati su base nazionale, sicché nella fattispecie si limitavano alla sola Francia ('considerando' 40-43 della decisione impugnata).

1. *Mercato della televisione a pagamento in Francia*

5 Come risulta dal 'considerando' 25 della decisione impugnata, tale mercato costituisce un mercato del prodotto diverso da quello della televisione di libero accesso (denominata anche «televisione in chiaro»). Infatti, contrariamente a quest'ultimo mercato dove il rapporto commerciale si stabilisce tra il radiodiffusore e il committente del messaggio pubblicitario, nel caso della televisione a pagamento si stabilisce un rapporto tra il radiodiffusore ed il telespettatore in quanto abbonato. Di conseguenza, su tali due tipi di mercati le condizioni di concorrenza sono diverse.

- 6 La decisione impugnata precisa anche che, al momento della sua adozione, il mercato della televisione a pagamento includeva tre modalità di trasmissione televisiva (hertziana, via satellite e via cavo) e che tali diverse modalità di trasmissione televisiva non costituivano mercati distinti ('considerando' 30 della decisione impugnata).
- 7 Il più antico concorrente sul mercato della televisione a pagamento in Francia è la società Canal+ che gode di un'immagine fortemente radicata in Francia e di un «know-how» molto sviluppato riguardo alla gestione ('considerando' 44 della decisione impugnata). Il gruppo Canal+ opera anche nel settore della distribuzione via cavo, nel quale esso controlla la rete cablata «NumériCâble». Inoltre, con la sua controllata CanalSatellite, Canal+ propone un'offerta («bouquet») di canali a pagamento via satellite, in modo digitale (in prosieguo: l'«offerta digitale») ('considerando' 46 della decisione impugnata). Risulta dalla decisione impugnata che, a «livello di abbonamenti il gruppo Canal+ — includendo la rete “premium” Canal+, CanalSatellite e la rete NumériCâble — rappresentava, a fine giugno 1998, il 70% circa del mercato francese della televisione a pagamento» ('considerando' 47).
- 8 Nell'aprile 1996, al gruppo francese AB, che opera essenzialmente nel settore di produzione di programmi e di distribuzione di diritti televisivi, è stato lanciato un altro gestore sul mercato della televisione a pagamento, la società AB-Sat. A fine giugno 1998, AB-Sat contava già 100 000 abbonati ('considerando' 49 della decisione impugnata).
- 9 Infine, la società TPS contava, a fine luglio 1998, 457 000 abbonati e, secondo le sue previsioni, sarebbe arrivata a 600 000 circa entro la fine dell'anno ('considerando' 50 della decisione impugnata).

2. Mercato dell'acquisizione di diritti di diffusione, in particolare cinematografici e sportivi

10 Poiché il cinema e gli eventi sportivi costituiscono i due prodotti faro della televisione a pagamento, l'acquisizione di diritti di diffusione relativi a tali programmi è indispensabile per la costituzione di un'offerta tale da attirare e convincere i futuri abbonati a pagare per ricevere tali servizi televisivi ('considerando' 34 della decisione impugnata).

11 Risulta dalla decisione impugnata che i concorrenti principali di TPS su tale mercato, in particolare nel settore dell'acquisizione di diritti cinematografici americani e francesi e di avvenimenti sportivi, sono Canal+ e le reti tematiche nelle quali Canal+ detiene una partecipazione ('considerando' 58 della decisione impugnata). La Commissione precisa inoltre nella decisione impugnata che «il gruppo Canal+ ha una posizione particolarmente forte su tale mercato» e che la società AB-Sat nonché le reti generali sono anch'esse presenti ('considerando' citato).

3. Mercato dello smercio e della gestione delle reti tematiche

12 Risulta dalla decisione impugnata che le reti tematiche sono indispensabili per la costituzione di offerte di televisione a pagamento attraenti e che in Francia il mercato dello smercio e della gestione delle reti tematiche è in piena espansione, in particolare a seguito dell'introduzione della tecnologia digitale ('considerando' 37-39 e 65-69 della decisione impugnata).

- 13 Per quanto riguarda la struttura del mercato, la decisione impugnata precisa:

«con l'avvento delle piattaforme via satellite, tutti gli operatori della televisione a pagamento hanno acquisito partecipazioni nelle reti tematiche operanti sul mercato. Il numero di partecipazioni detenute dai principali operatori del mercato è relativamente omogeneo. Il gruppo Canal+ tuttavia detiene le partecipazioni nelle reti più antiche, con il maggior tasso di penetrazione nel mercato via cavo ed il maggior numero di abbonati» ('considerando' 67 e 68 della decisione impugnata).

C — *Notifica e accordi notificati*

- 14 Le società avevano inizialmente preso contatto con la convenuta nel corso dell'estate 1996 al fine di notificare l'operazione relativa alla costituzione di TPS a norma del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese [GU 1990, L 257, pag 13, modificato da ultimo dal regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310 (GU L 180, pag. 1)] (primo 'considerando' della decisione impugnata). Tuttavia, avendo la convenuta informato le società partecipanti alla costituzione di TPS che quest'ultima non configurava un'impresa comune soggetta al controllo congiunto delle imprese fondatrici, il 18 ottobre 1996 le società hanno notificato la citata operazione al fine di ottenere un'attestazione negativa o, in subordine, un'esenzione a norma del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato (GU 1962, 13, pag. 204) ('considerando' citato).
- 15 Gli accordi notificati sono quattro. La convenzione dell'11 aprile e 18 aprile 1996 contiene le principali disposizioni inerenti al funzionamento di TPS (in prosieguo: la «Convenzione»), in seguito precisate e strutturate dall'accordo di

associazione, firmato il 19 giugno 1996, nonché dagli statuti delle società TPS e TPS Gestion (TPSG) firmati alla stessa data ('considerando' 70 della decisione impugnata). La durata degli accordi è di dieci anni ('considerando' 71 della decisione impugnata).

- 16 Tre clausole previste da tali accordi hanno, in particolare, attirato l'attenzione della convenuta nella decisione impugnata. Si tratta, in primo luogo, della clausola di non concorrenza, in secondo luogo, della clausola relativa alle reti tematiche e, in terzo luogo, della clausola di esclusiva.

1. *Clausola di non concorrenza*

- 17 Tale clausola viene riportata dall'art. 11 della Convenzione e dall'art. 5.3 dell'accordo di associazione, citato, ed è stata precisata, su richiesta della convenuta, con clausola aggiuntiva del 17 settembre 1998. Essa è redatta nel seguente modo:

«Fatta salva la situazione esistente alla data di conclusione degli accordi, e ad eccezione dei casi di vendita di programmi e servizi nuovi non negoziati con TPS, le parti s'impegnano a non partecipare, direttamente o indirettamente, a qualsiasi titolo, e fintanto che rimangano azioniste di TPS, a società che abbiano per attività o come oggetto sociale la diffusione e lo smercio di un'offerta di programmi e di servizi audiovisivi a pagamento, in modo digitale e via satellite, destinata ai domicili europei francofoni» ('considerando' 77 della decisione impugnata).

2. Clausola relativa alle reti tematiche

- 18 L'art. 6 della Convenzione (con il titolo «Programmi e servizi dell'offerta digitale») e l'art. 5.4 dell'accordo di associazione, citato, stabiliscono che TPS ha un diritto di priorità e un diritto di ultimo rifiuto in merito alla produzione di reti tematiche e di servizi televisivi da parte dei suoi azionisti. Tale clausola è così formulata:

«Per fornire a TPS i programmi necessari allo svolgimento della sua attività, ciascuna delle parti accetta di offrirle prioritariamente i programmi ed i servizi da essa gestiti o sui quali essa detiene effettivamente un potere decisionale in seno alla società produttrice, nonché i programmi ed i servizi da essa eventualmente creati. TPS ha inoltre il diritto di rifiutare in ultima istanza, oppure di accettare, alle migliori condizioni proposte dai concorrenti, qualsiasi programma o servizio che gli azionisti di TPS proponessero a dei terzi. In caso di accettazione a titolo esclusivo o meno, TPS si impegna ad applicare a tali servizi e programmi condizioni finanziarie e contrattuali perlomeno equivalenti a quelle di cui detti servizi e programmi potrebbero beneficiare altrimenti.

In merito all'accettazione di tali reti e servizi, TPS potrà, in funzione della propria libera valutazione, accettare o rifiutare di negoziare l'integrazione di tali programmi e servizi nella propria offerta digitale, a titolo esclusivo o meno, restando valido l'obiettivo delle parti di poter disporre di programmi e servizi in esclusiva nell'offerta digitale di TPS» ('considerando' 78 e 79 della decisione impugnata).

3. Clausola di esclusiva

- 19 Infine, l'art. 6 della Convenzione stabilisce che le reti generali che hanno partecipato alla creazione e al lancio di TPS, vale a dire M6, TF1, France 2 e

France 3, saranno distribuite in esclusiva da quest'ultima ('considerando' 81 della decisione impugnata). TPS ne assumerà i costi tecnici di trasporto e di diffusione, senza tuttavia remunerarle ('considerando' citato).

D — *Decisione impugnata*

- 20 Il 3 marzo 1999 la convenuta ha adottato la decisione impugnata.
- 21 Come risulta dall'art. 1 di tale decisione, la convenuta ha ritenuto, sulla base delle informazioni di cui disponeva, che non avesse motivo di intervenire in forza dell'art. 85, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1, CE) nei confronti della costituzione di TPS.
- 22 Per contro, riguardo alle clausole contrattuali summenzionate ai punti 17-19, la convenuta ha concluso che:
- per quanto riguarda la clausola di non concorrenza, non aveva motivo di intervenire in merito a tale clausola per un periodo di tre anni, ovvero sino al 15 dicembre 1999 (art. 2 della decisione impugnata);

— per quanto riguarda la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche, tali disposizioni potevano beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, per una durata di tre anni, ovvero sino al 15 dicembre 1999 (art. 3 della decisione impugnata).

Procedimento e conclusioni delle parti

23 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 10 maggio 1999 le ricorrenti hanno proposto il presente ricorso.

24 Con atto depositato nella cancelleria il 5 novembre 1999 la società CanalSatellite ha domandato di intervenire nel presente procedimento a sostegno delle conclusioni della Commissione.

25 Con ordinanza 31 gennaio 2000 il presidente della Terza Sezione del Tribunale ha ammesso tale intervento e ha parzialmente accolto la richiesta di trattamento confidenziale, depositata dalle ricorrenti, di taluni elementi che figurano nell'atto introduttivo e negli allegati di quest'ultimo.

26 Il 24 marzo 2000 l'interveniente ha depositato la sua memoria d'intervento. La Commissione, TF1 e M6 hanno depositato le loro osservazioni su tale memoria, rispettivamente il 4, 5 e 8 maggio 2000.

27 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Terza Sezione) ha deciso di passare alla fase orale del procedimento. Nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento ai sensi dell'art. 64 del suo regolamento di procedura, esso ha invitato le parti a rispondere a taluni quesiti e la convenuta a presentare un documento. È stato ottemperato a tale invito nel termine impartito.

28 Le difese orali delle parti e le risposte ai quesiti del Tribunale sono state sentite all'udienza del 18 gennaio 2001.

29 Le ricorrenti concludono che il Tribunale voglia:

— annullare gli artt. 2 e 3 della decisione impugnata;

— condannare in solido la convenuta e l'interveniente alle spese.

30 La convenuta e l'interveniente concludono che il Tribunale voglia:

— respingere il ricorso;

— condannare le ricorrenti alle spese.

In diritto

A — *Sulla ricevibilità del ricorso*

Argomenti delle parti

- 31 La convenuta, sostenuta a questo proposito dall'interveniente, eccepisce l'irricevibilità del ricorso presentato dalle ricorrenti. Infatti, essa rileva che, secondo una giurisprudenza costante, possono essere impugnati solo gli atti che producono effetti giuridici vincolanti tali da pregiudicare gli interessi dei ricorrenti. Essa fa anche osservare che, come risulta dalle sentenze del Tribunale 17 settembre 1992, causa T-138/89, NBV e NVB/Commissione, Racc. pag. II-2181, punto 31, e 22 marzo 2000, cause riunite T-125/97 e T-127/97, Coca-Cola/Commissione, Racc. pag. II-1733, punto 79, solo il dispositivo dell'atto è idoneo a produrre effetti giuridici e, conseguentemente, ad arrecare un pregiudizio. Per contro, la motivazione della decisione di cui trattasi non potrebbe essere sottoposta al sindacato di legittimità del giudice comunitario se non nella misura in cui, in quanto motivazione di un atto che arreca pregiudizio, costituisca il supporto necessario del suo dispositivo.
- 32 Ora, secondo la convenuta, il dispositivo di una decisione che concede un'attestazione negativa e un'esenzione, come quella impugnata nell'ambito del presente ricorso, non arreca pregiudizio al suo destinatario. Di conseguenza, il ricorso di annullamento presentato dalle ricorrenti sarebbe irricevibile.
- 33 La convenuta ritiene che tale conclusione s'imponga a maggior ragione in quanto, dal 15 dicembre 1999, la decisione impugnata ha esaurito tutti gli effetti giuridici che produceva. L'interesse della causa in esame sarebbe, di conseguenza, puramente teorico.

- 34 Le ricorrenti negano che il presente ricorso sia irricevibile. Esse rilevano che la decisione impugnata ha effetti giuridici vincolanti tali da pregiudicare i loro interessi (sentenza della Corte 11 novembre 1981, causa 60/81, IBM/Commissione, Racc. pag. 2639, punto 9) in quanto l'attestazione negativa e l'esenzione sono concesse solo per una durata di tre anni. Inoltre, esse fanno osservare che nella sentenza del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, European Night Services e a./Commissione, Racc. pag. II-3141, la quale verteva anche su ricorsi di annullamento avverso una decisione di esenzione presentata dai beneficiari di tale esenzione, i ricorsi sono stati dichiarati ricevibili.

Giudizio del Tribunale

- 35 Occorre ricordare che, per giurisprudenza consolidata, costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un'azione di annullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230 CE) i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici vincolanti idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questo (sentenze della Corte IBM/Commissione, citata sopra al punto 34, punto 9, e 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a./Commissione, Racc. pag. I-1375, punto 62; sentenze del Tribunale 4 marzo 1999, causa T-87/96, Assicurazioni Generali e Unicredito/Commissione, Racc. pag. II-203, punto 37, e Coca-Cola/Commissione, citata sopra al punto 31, punto 77).
- 36 In tal senso, ogni persona fisica o giuridica ha la facoltà di presentare un ricorso di annullamento contro una decisione di un'istituzione comunitaria, che respinge, totalmente o parzialmente, una domanda chiara e precisa di tale persona e rientrante nell'ambito di competenza di detta istituzione (v., in tal senso, per quanto riguarda una domanda sulla base dell'art. 3, n. 2, lett. b), del regolamento n. 17, sentenza della Corte 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro/Commissione, Racc. pag. 1875, punto 13). Infatti, in una tale situazione, il rigetto parziale o totale della domanda produce effetti giuridici vincolanti idonei ad incidere sugli interessi del richiedente.

37 Occorre verificare, alla luce di tali principi, se il presente ricorso di annullamento sia ricevibile.

38 Nella fattispecie, le ricorrenti hanno notificato alla convenuta gli accordi relativi alla creazione di TPS e le restrizioni che consideravano come accessorie a tale operazione al fine di ottenere, ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 17, un'attestazione negativa per tutta la durata di tali accordi, vale a dire per una durata di dieci anni, o, in caso contrario, al fine di ottenere, ai sensi dell'art. 4, n. 1, dello stesso regolamento, un'esenzione individuale di identica durata.

39 Ora, risulta dal dispositivo della decisione impugnata che tanto l'attestazione negativa relativa alla clausola di non concorrenza (art. 2) quanto l'esenzione individuale relativa alla clausola di esclusiva e alla clausola relativa alle reti tematiche (art. 3), sono concesse solo per una durata di tre anni.

40 Da tale limitazione della durata dell'attestazione negativa e dell'esenzione ai sensi degli artt. 2 e 3 summenzionati risulta che le ricorrenti beneficiano della certezza del diritto che deriva da tali decisioni soltanto per un periodo molto più breve rispetto a quello inizialmente previsto. Inoltre, le ricorrenti hanno affermato, senza essere contraddette a questo proposito dalla convenuta, che tale situazione di fatto ha anche inciso sul calcolo della redditività degli investimenti preso in considerazione per la stipulazione degli accordi notificati.

41 Di conseguenza, tale parte del dispositivo della decisione impugnata produce effetti giuridici vincolanti idonei ad incidere sugli interessi delle ricorrenti.

42 A tal proposito, ha poca importanza che le ricorrenti possano eventualmente, dopo una nuova notifica delle restrizioni controverse, ottenere una nuova

attestazione negativa o un'esenzione di una durata inferiore, pari, o addirittura superiore a quella inizialmente concessa. Infatti, dato che esse non dispongono, sin d'ora, della certezza del diritto di cui avrebbero beneficiato se l'attestazione negativa e l'esenzione previste, rispettivamente, agli artt. 2 e 3 della decisione impugnata, fossero state concesse per una durata di dieci anni, i loro interessi sono pregiudicati in modo certo da tale parte del dispositivo della decisione impugnata.

43 Infine, occorre osservare che, contrariamente alle domande nelle cause che hanno dato luogo alle sentenze NBV e NVB/Commissione e Coca-Cola/Commissione, citate al punto 31, il ricorso di annullamento presentato dalle ricorrenti riguarda il dispositivo e non la motivazione della decisione impugnata. Infatti, nelle loro conclusioni, le ricorrenti chiedono l'annullamento degli artt. 2 e 3 del dispositivo della decisione impugnata. Inoltre, se effettivamente, nella sentenza NBV e NVB/Commissione, citata (punto 32), il Tribunale ha dichiarato che una decisione di attestazione negativa «da[va] soddisfazione al richiedente e, di per sé stessa, non [fosse] idonea né a modificare la sua situazione giuridica né ad arrecargli pregiudizio», occorre osservare che, nella causa che ha dato luogo a detta sentenza, l'attestazione negativa era stata rilasciata per una durata che corrispondeva a quella richiesta dalle parti interessate. Per contro, come è già stato ricordato, nella presente causa, l'attestazione negativa è concessa soltanto per una durata di tre anni, mentre le ricorrenti avevano chiesto che fosse per una durata di dieci anni.

44 Risulta da quanto precede che il presente ricorso è ricevibile.

B — *Nel merito*

45 Il Tribunale decide di esaminare anzitutto i motivi diretti all'annullamento dell'art. 3 della decisione impugnata, vale a dire quelli relativi alla clausola di

esclusiva e alla clausola relativa alle reti tematiche. Successivamente, il Tribunale esaminerà il motivo dedotto in merito all'art. 2 della decisione impugnata, riguardante la clausola di non concorrenza.

1. Sui motivi diretti all'annullamento dell'art. 3 della decisione impugnata

46 Per quanto riguarda l'art. 3 della decisione impugnata, le ricorrenti invocano due motivi, relativi alla violazione delle disposizioni dell'art. 85, nn. 1 e 3, del Trattato. Nell'ambito del primo motivo, esse sostengono che la convenuta ha violato l'art. 85, n. 1, del Trattato, in quanto ritengono, in via principale, che la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche non costituiscano restrizioni della concorrenza ai sensi di tale disposizione e, in subordine, che tali impegni debbano essere qualificati come restrizioni accessorie alla creazione di TPS. Nell'ambito del secondo motivo, le ricorrenti ritengono che la convenuta abbia violato l'art. 85, n. 3, del Trattato, in quanto ha applicato in modo erroneo i criteri di esenzione previsti da tale disposizione e ha commesso un errore di valutazione per quanto riguarda la durata dell'esenzione.

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

i) Sull'argomento, invocato in via principale, relativo al fatto che la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche non costituiscono restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato

47 Le ricorrenti fanno valere che, per constatare nella decisione impugnata che la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche costituiscono

restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, la convenuta si è basata su valutazioni erronee, da un lato, e ha applicato in modo non corretto tale disposizione, dall'altro.

- 48 La convenuta, sostenuta dall'interveniente, nega la fondatezza di queste due censure.

— Sulla censura relativa all'esistenza di valutazioni erronee

Argomenti delle parti

- 49 Le ricorrenti osservano che, per constatare il carattere restrittivo in materia di concorrenza della clausola di esclusiva, la convenuta ha fatto di tutto per provare, 'considerando' 102-107 della decisione impugnata, che le reti generali costituivano programmi attraenti per i telespettatori e che tale clausola aveva l'effetto di privare i concorrenti di TPS dell'accesso a tali programmi. Ora, secondo le ricorrenti, tale constatazione è fondata su valutazioni erronee.

- 50 Infatti, esse sostengono, in primo luogo, che la constatazione secondo cui la forza d'attrazione delle reti generali nell'offerta di TPS si spiega con l'esistenza di zone d'ombra in Francia, vale a dire zone in cui la ricezione hertziana di tali reti è di cattiva qualità o carente, non è esatta. Secondo le ricorrenti, le cifre dello studio effettuato dall'istituto Médiamétrie per il periodo novembre/dicembre 1997, relativo alla relazione bimestrale sull'inizializzazione (in prosieguo: lo «studio Médiamétrie») citate dalla convenuta sono inesatte e non tengono conto del fatto che quasi tutti i francesi captano TF1, France 2 e France 3 in buone condizioni. A sostegno di tale affermazione, le ricorrenti hanno sostenuto, all'udienza, che, da

un lato, lo studio Médiamétrie non precisava in base a quali principi metodologici fosse stato determinato e, dall'altro, che la qualità della trasmissione dei programmi televisivi delle reti francesi era controllata ogni cinque anni dal Conseil Supérieur de l'Audiovisuel nell'ambito del procedimento d'autorizzazione o di proroga d'autorizzazione.

- 51 In secondo luogo, le ricorrenti osservano che, contrariamente a quanto indica la convenuta nella decisione impugnata, risulta dalle ricerche di mercato che i telespettatori optano per TPS più per la varietà dell'offerta che per la ricezione in qualità digitale delle reti generali.
- 52 In terzo luogo, le ricorrenti ritengono che l'affermazione della convenuta, secondo la quale le altre due offerte digitali, vale a dire CanalSatellite e AB-Sat, sono state lanciate con successo senza diffusione in esclusiva delle reti generali, sia priva di pertinenza nella fattispecie. Infatti esse rilevano che, da un lato, CanalSatellite ha beneficiato di numerose esclusive cinematografiche e sportive per il suo lancio e ha sempre l'esclusiva della diffusione della rete Canal+ e che, dall'altro, AB-Sat si è presentata su un segmento di mercato diverso.
- 53 Infine, le ricorrenti riferiscono che, contrariamente a quanto ha constatato la convenuta nella decisione impugnata, il fatto che le quattro reti generali, le quali rappresentano il 90% di tutti i telespettatori e all'incirca il 75% dell'audience via cavo, siano diffuse in esclusiva da TPS non implica necessariamente che l'accesso dei concorrenti ai programmi di tali reti sia limitato. Infatti, esse fanno notare che il mercato della televisione in chiaro e quello della televisione a pagamento sono due mercati distinti, sicché non potrebbe esservi un tale nesso di causalità. Inoltre, secondo le ricorrenti, non è certo che, qualora le quattro reti generali non si fossero impegnate nella creazione della TPS, esse avrebbero accettato di partecipare ad un'altra offerta digitale. Peraltro, esse notano che, come dimostra la situazione negli altri paesi europei, dove un solo operatore ha il monopolio del mercato della televisione a pagamento, una nuova entrata sul mercato della televisione a pagamento in Francia non è più possibile.

54 La convenuta, sostenuta dall'interveniente, nega che la constatazione, nella decisione impugnata, secondo la quale l'esclusiva della diffusione delle quattro reti generali costituisce una restrizione della concorrenza si fonda su valutazioni erranee.

Giudizio del Tribunale

55 Occorre rilevare che gli elementi di fatto invocati dalle ricorrenti per provare che la constatazione, da parte della convenuta, del carattere restrittivo in materia di concorrenza della clausola d'esclusiva si fonda su valutazioni erranee sono o inesatte, o prive di pertinenza.

56 In tal senso, occorre sottolineare, in primo luogo, che, in mancanza di elementi probanti che avvalorino la loro tesi, non si può condividere la posizione delle ricorrenti quando affermano che i dati dello studio Médiamétrie relativi all'esistenza di zone d'ombra in Francia, riportati al 'considerando' 104 della decisione impugnata, non sono esatti e che quasi tutti i telespettatori in Francia captano TF1, France 2 e France 3 in buone condizioni.

57 Infatti, l'interveniente ha precisato all'udienza, senza essere contraddetta dalle ricorrenti, che l'istituto Médiamétrie è l'unico istituto di sondaggio che, in Francia, elabora ricerche d'ascolto, e che tali ricerche costituiscono il punto di riferimento per tutte le reti televisive francesi che le utilizzano, in particolare, per il calcolo delle loro entrate pubblicitarie.

58 Inoltre, contrariamente a quanto fanno valere le ricorrenti, i controlli effettuati ogni cinque anni dal Conseil Supérieur de l'Audiovisuel nell'ambito del procedimento d'autorizzazione o di proroga d'autorizzazione non costituiscono

una prova dell'inesattezza di tali dati. Infatti, come esse hanno riconosciuto all'udienza, il controllo effettuato da questo Conseil verte soltanto sulla qualità della trasmissione delle reti televisive e non sulla qualità della ricezione di tali reti da parte dei telespettatori francesi.

- 59 Occorre anche osservare che l'esistenza di rilevanti zone d'ombra in Francia, messa in evidenza dallo studio Médiamétrie, sembra confermata dalla ricerca di mercato presentata dalle ricorrenti, in quanto emerge da tale ricerca che (...) ¹ le persone intervistate si sono abbonate a TPS «per captare le reti nazionali in modo corretto».
- 60 Inoltre, la convenuta ha chiaramente precisato nella decisione impugnata che le cifre pubblicate nello studio Médiamétrie avevano per essa solo «un valore indicativo poiché oltre alle 4 reti generali diffuse in esclusiva da TPS, tali dati includono anche Arte e la Cinquième, il cui tasso di inizializzazione è di 80,6% di domiciliai circa, nonché Canal+ hertziano, captato in cattive condizioni, da (...) circa di domiciliai» ('considerando' 104 della decisione impugnata).
- 61 In secondo luogo, si deve osservare che il fatto che, secondo le diverse ricerche di mercato ordinate da TPS (in particolare la ricerca BVA), la motivazione delle persone abbonatesi a TPS dipende anzitutto dalla ricchezza della sua offerta e non dalla possibilità di captare anche reti generali, come fanno valere le ricorrenti, non invalida la constatazione fatta dalla convenuta. Infatti, i programmi delle reti generali, consentendo di arricchire l'offerta di TPS, contribuiscono a rendere attraente tale offerta. Inoltre, come è stato constatato al punto 59, risulta dalle stesse ricerche di mercato che una parte rilevante delle persone intervistate ha dichiarato che aveva deciso di abbonarsi a TPS per captare correttamente le reti generali.

1 — Dati confidenziali occultati.

- 62 In terzo luogo, per quanto riguarda l'argomento delle ricorrenti secondo il quale sarebbe privo di pertinenza nella fattispecie il fatto che CanalSatellite e AB-Sat abbiano potuto essere lanciati sul mercato senza diffusione in esclusiva delle reti generali, occorre precisare che tale elemento è stato dedotto dalla convenuta per provare che le reti generali non costituivano «una categoria distinta di programmi né un tipo di contenuto essenziale per la televisione a pagamento» ('considerando' 106 della decisione impugnata). Anche se tale elemento ha un'importanza relativamente secondaria per quanto riguarda la determinazione del carattere restrittivo in materia di concorrenza della clausola di esclusiva, esso consente tuttavia di stabilire che tale clausola non è obiettivamente necessaria alla creazione di TPS, sicché non può essere considerata come una restrizione accessoria (v., in tal senso, i punti 118 e segg. in prosieguo).
- 63 Infine, si devono respingere gli argomenti di fatto dedotti dalle ricorrenti per provare che la clausola di esclusiva non ha l'effetto, contrariamente a quanto la Commissione ha ammesso nella decisione impugnata, di privare «i concorrenti di TPS dell'accesso a programmi attraenti».
- 64 Infatti, è chiaro che, siccome solo TPS è autorizzata a diffondere le reti generali per l'esclusiva di cui beneficia, i concorrenti di TPS sono privati dell'accesso a programmi considerati attraenti da parte di numerosi telespettatori francesi.
- 65 Inoltre, le ricorrenti non hanno fornito elementi a sostegno della loro affermazione secondo cui non sarebbe da escludere che le reti generali rifiutino di essere diffuse da altre offerte digitali.
- 66 Alla luce di quanto precede, le ricorrenti non hanno provato che la convenuta si era basata su valutazioni erranee per constatare che la clausola di esclusiva costituiva una restrizione in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

67 Di conseguenza, tale censura deve essere respinta.

— Sulla censura relativa all'applicazione erronea dell'art. 85, n. 1, del Trattato (non applicazione di una regola della ragionevolezza)

Argomenti delle parti

68 Le ricorrenti affermano che la convenuta avrebbe dovuto applicare l'art. 85, n. 1, del Trattato alla luce di una regola della ragionevolezza piuttosto che farne un'applicazione astratta. Conformemente a tale regola, una prassi anticoncorrenziale sfuggirebbe al divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato, se presenta più effetti positivi che negativi per la concorrenza su un dato mercato. Esse ritengono che l'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza sia già stata confermata dalla Corte (sentenze della Corte 8 giugno 1982, causa 258/78, Nungesser e Eisele/Commissione, Racc. pag. 2015, e 6 ottobre 1982, causa 262/81, Coditel e a., Racc. pag. 3381, punto 20). Esse affermano, peraltro, che, contrariamente a quanto sostiene la convenuta, tali due sentenze sono pertinenti nella fattispecie in quanto anche la creazione di TPS è avvenuta in condizioni e su un mercato del tutto particolari.

69 Le ricorrenti affermano che l'applicazione di una regola della ragionevolezza avrebbe consentito di concludere per l'inapplicabilità dell'art. 85, n. 1, del Trattato alla clausola di esclusiva e alla clausola relativa alle reti tematiche. Infatti, esse osservano che come risulta implicitamente dall'iter logico seguito dalla convenuta per quanto riguarda l'art. 85, n. 3, del Trattato, piuttosto che limitare la concorrenza sul mercato della televisione a pagamento in Francia, tali clausole favoriscono una siffatta concorrenza poiché consentono ad un nuovo operatore di accedere ad un mercato sino ad allora dominato da un solo operatore, vale a dire CanalSatellite e la società madre Canal+, non essendo

l'offerta di AB-Sat realmente concorrenziale, ma piuttosto complementare a quella di Canal+.

- 70 Secondo le ricorrenti, tale ragionamento relativo all'inapplicabilità dell'art. 85, n. 1, del Trattato alla clausola di esclusiva e alla clausola concernente le reti tematiche s'impone a maggior ragione alla luce della giurisprudenza della Corte. Infatti, risulta da tale giurisprudenza che, da un lato, una clausola esclusiva di vendita deve costituire oggetto di una valutazione economica e non rientra necessariamente nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato (sentenza della Corte 30 giugno 1966, causa 56/65, *Société technique minière*, Racc. pag. 262) e che, dall'altro, un diritto esclusivo concesso al fine di penetrare un nuovo mercato non rientra nell'ambito del divieto dettato da tale articolo (sentenze *Nungesser e Eisele/Commissione*, citata al punto 68, e *Société technique minière*, citata; in maniera più generale, sulla portata dell'art. 85, nn. 1 e 3, del Trattato, sentenza della Corte 12 dicembre 1995, causa C-399/93, *Oude Luttikhuis e a.*, Racc. pag. I-4515, punto 10, e sentenze del Tribunale 14 maggio 1997, causa T-77/94, *VGB e a./Commissione*, Racc. pag. II-759, punto 140, e *European Night Services e a./Commissione*, citata sopra al punto 34, punto 136).
- 71 La convenuta nega di aver violato l'art. 85, n. 1, del Trattato, non applicando la regola della ragionevolezza, come suggerita dalle ricorrenti, nell'ambito dell'esame della compatibilità della clausola di esclusiva e della clausola relativa alle reti tematiche con tale disposizione.

Giudizio del Tribunale

- 72 Secondo le ricorrenti, l'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza implica che, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, occorre procedere ad una ponderazione degli effetti pro e anticoncorrenziali di un accordo al fine di determinare se

quest'ultimo rientri nell'ambito del divieto dettato da tale articolo. Ora, occorre rilevare, in primo luogo, che contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, l'esistenza di una tale regola non è stata, in quanto tale, confermata dai giudici comunitari. Anzi, in diverse sentenze la Corte e il Tribunale si sono preoccupati di indicare il carattere dubbio dell'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza [v. sentenze della Corte 8 luglio 1999, causa C-235/92 P, Montecatini/Commissione, Racc. pag. I-4539, punto 133 («anche ammettendo che la “rule of reason” svolga un ruolo nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato»), e del Tribunale 10 marzo 1992, causa T-14/89, Montedipe/Commissione, Racc. pag. II-1155, punto 265, e 6 aprile 1995, causa T-148/89, Tréfilunion/Commissione, Racc. pag. II-1063, punto 109].

73 Inoltre, occorre sottolineare che un'interpretazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, come auspicata dalle ricorrenti, risulta difficilmente conciliabile con la struttura normativa di tale disposizione.

74 Infatti, l'art. 85 del Trattato prevede esplicitamente, al n. 3, la possibilità di esonerare accordi restrittivi in materia di concorrenza qualora questi ultimi soddisfino un determinato numero di condizioni, in particolare allorché sono indispensabili alla realizzazione di taluni obiettivi e non danno alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in esame. Solo nel preciso ambito di tale disposizione può intervenire una ponderazione degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di una restrizione (v., in tal senso, sentenze della Corte 28 gennaio 1986, causa 161/84, Pronuptia, Racc. pag. 353, punto 24; del Tribunale 15 luglio 1994, causa T-17/93, Matra Hachette/Commissione, Racc. pag. II-595, punto 48, e European Night Services e a./Commissione, citata sopra al punto 34, punto 136). L'art. 85, n. 3, del Trattato perderebbe gran parte del suo effetto utile se un tale esame dovesse già essere effettuato nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

75 Vero è che, in un determinato numero di sentenze, la Corte e il Tribunale si sono espressi a favore di un'interpretazione meno restrittiva del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato (v., in particolare, sentenze Société technique minière e Oude Luttikhuis e a., citate sopra al punto 70, Nungesser e Eisele/

Commissione e Coditel e a., citate sopra al punto 68, Pronuptia, citata sopra al punto 74, e European Night Services e a./Commissione, citata sopra al punto 34, nonché sentenza della Corte 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG, Racc. pag. I-5641, punti 31-35).

76 Tuttavia, tali sentenze non possono essere interpretate come una legittimazione dell'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza. Esse si inseriscono piuttosto in una corrente giurisprudenziale più ampia secondo la quale non occorre ritenere, in maniera completamente astratta e indistinta, che qualsiasi accordo che restringe la libertà di azione delle parti o di una di esse rientri necessariamente nell'ambito del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato. Infatti, ai fini dell'esame dell'applicabilità di tale disposizione ad un accordo, si deve tener conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei prodotti e/o servizi contemplati dall'accordo nonché delle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato (v., in particolare, sentenze European Night Services e a./Commissione, citata sopra al punto 34, punto 136, Oude Luttikhuis e a., citata sopra al punto 70, punto 10, e VGB e a./Commissione, citata sopra al punto 70, punto 140, nonché sentenza della Corte 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis, Racc. pag. I-935, punto 31).

77 Tale interpretazione consente infatti, pur rispettando la struttura normativa dell'art. 85 del Trattato in particolare l'effetto utile del n. 3, di evitare che il divieto previsto al n. 1 di tale disposizione non si estenda, in maniera completamente astratta e indistinta, a tutti gli accordi che hanno l'effetto di restringere la libertà di azione delle parti o di una di esse. Occorre tuttavia sottolineare che una tale impostazione non implica tuttavia una ponderazione degli effetti pro- e anticoncorrenziali di un accordo ai fini della determinazione dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato.

78 Tenuto conto di quanto precede, si deve ritenere che, contrariamente a quanto fanno valere le ricorrenti, la convenuta ha applicato correttamente, nella decisione impugnata, l'art. 85, n. 1, del Trattato alla clausola di esclusiva e alla

clausola relativa alle reti tematiche in quanto non le incombeva procedere ad una ponderazione degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di tali impegni al di fuori del preciso ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato.

79 Per contro, essa ha, conformemente alla giurisprudenza, valutato il carattere restrittivo della concorrenza di tali clausole nel loro ambito economico e giuridico. In tal senso, ha constatato, giustamente, che le reti generali presentavano programmi attraenti per gli abbonati ad una società di televisione a pagamento e che la clausola di esclusiva aveva l'effetto di privare i concorrenti di TPS dell'accesso a tali programmi ('considerando' 102-107 della decisione impugnata). Riguardo alla clausola relativa alle reti tematiche, la convenuta ha accertato che essa comportava una limitazione dell'offerta di tali reti su tale mercato per un periodo di dieci anni ('considerando' 101 della decisione impugnata).

80 Di conseguenza, tale censura deve essere respinta.

ii) Sull'argomento, dedotto in subordine, relativo al fatto che la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche costituiscono restrizioni accessorie

— Argomenti delle parti

Sulla nozione di restrizione accessoria

81 Per quanto riguarda la nozione di restrizione accessoria, le ricorrenti ritengono che occorra riferirsi alla *XXIV Relazione sulla politica di concorrenza* del 1994

(pag. 120, punto 166) da cui risulta che «le restrizioni di concorrenza relative alle imprese comuni» sono «restrizioni che sono imposte solo alle parti o all'impresa comune (ad esclusione dei terzi) e che sono obiettivamente necessarie al buon funzionamento dell'impresa comune; esse sono pertanto, per loro stessa natura, inerenti all'operazione prevista».

82 Le ricorrenti fanno anche riferimento alla comunicazione della Commissione 16 febbraio 1993 sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (GU 1993, C 43, pag. 2; in prosieguo: la «comunicazione sulle imprese comuni aventi natura di cooperazione») nella quale la convenuta ha precisato che gli accordi «direttamente legati all'IC [Impresa Comune] e necessari alla sua esistenza vanno valutati congiuntamente a quest'ultima. Sotto il profilo del diritto della concorrenza, sono da considerare come restrizioni accessorie in quanto rimangono subordinati rispetto all'obiettivo principale dell'IC» (punto 66).

83 Inoltre, le ricorrenti osservano che risulta dalla comunicazione sulle imprese comuni aventi natura di cooperazione che, da un lato, la concessione all'impresa comune di una licenza esclusiva di sfruttamento senza limiti di durata è stata considerata indispensabile per la creazione e per l'attività di tale impresa e che, dall'altro, la teoria delle restrizioni accessorie sarà, in generale, applicata nell'ipotesi di un'impresa comune che eserciti attività nuove per le quali le imprese fondatrici non sono concorrenti né effettivi né potenziali di detta impresa (punto 76 della comunicazione sulle imprese comuni aventi natura di cooperazione).

84 Secondo le ricorrenti, la prassi decisionale della convenuta attesta un'applicazione fedele di tali principi.

85 Infatti, le ricorrenti osservano che, nella decisione della Commissione 15 dicembre 1994, 94/895/CE, relativa ad un procedimento d'applicazione a norma

dell'art. 85 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) (IV/34.768 — International Private Satellite Partners) (GU L 354, pag. 75, punto 61), si è ritenuto che le clausole restrittive in materia di concorrenza debbano essere considerate accessorie allorché sono necessarie all'impresa comune e non vanno al di là di quanto richiesto per la costituzione e l'esercizio di tale società [v. anche la decisione della Commissione 18 dicembre 1996, 97/39/CE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'accordo SEE (IV/35.518 — Iridium) (GU 1997, L 16, pag. 87, punti 48 e segg.) e la decisione della Commissione 6 aprile 1995, che dichiara la compatibilità con il mercato comune di un'operazione di concentrazione sulla base del regolamento n. 4064/89 (IV/M.564 — Havas Voyages/American Express)(GU C 117, pag. 8)].

- 86 Peraltro, le ricorrenti sostengono che le decisioni e le sentenze citate dalla convenuta sono, in generale, prive di pertinenza ai fini della presente causa.
- 87 Infatti, le ricorrenti fanno presente che la sentenza Pronuptia (citata sopra al punto 74) e la sentenza della Corte 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, riguardano i criteri di applicazione dell'art. 85, nn. 1 e 3, del Trattato, senza che nessun riferimento sia fatto alla problematica delle restrizioni accessorie. Esse fanno notare, poi, che la decisione della Commissione 17 dicembre 1986, 87/100/CEE, relativa ad una procedura ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/31.340 — Mitchell Cotts/Sofiltra) (GU 1987, L 41, pag. 31, punto 23) non fornisce nessun nuovo elemento. Riguardo alla decisione della Commissione 13 luglio 1990, 90/410/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/32.009 — Elopak/Metal Box-Odin) (GU L 209, pag. 15, punto 31), secondo le ricorrenti, essa conferma, piuttosto che invalidare, il principio messo in evidenza nelle decisioni che hanno evocato.
- 88 Infine, le ricorrenti reputano che, contrariamente a quanto suggerito dalla convenuta e dall'interveniente, la qualifica di una clausola come restrizione accessoria non debba corrispondere ad un'analisi astratta di quest'ultima ma richiede un'analisi approfondita del mercato.

89 Le ricorrenti sottolineano peraltro che la convenuta ha effettuato un tale esame nella decisione impugnata. Esse notano anche che l'insieme delle decisioni e sentenze citate dall'interveniente provano che il contesto del mercato è preso in conto nell'ambito della qualifica delle «restrizioni accessorie». Pertanto, nella sentenza Remia e a./Commissione, citata sopra al punto 87, la Corte avrebbe rifiutato, alla luce delle circostanze della fattispecie, di qualificare come restrizione accessoria una clausola di non concorrenza di una durata superiore a quattro anni. Nella decisione della Commissione 12 aprile 1999, 1999/329/CE, relativa ad un procedimento d'applicazione a norma degli artt. 85 e 86 del Trattato CE e degli artt. 53 e 54 dell'accordo SEE (IV/D-1/30.373 — P&I Clubs; Accordo IG e IV/D-1/37.143 — P&I Clubs. Pooling Agreement) (GU L 125, pag. 12) sarebbe stato deciso, dopo un esame dei prezzi e delle condizioni di vendita sul mercato della riassicurazione, che la sottoscrizione congiunta di contratti di riassicurazione era, nella fattispecie, una restrizione accessoria. Nella decisione della Commissione 27 luglio 1999, 1999/574/CE, relativa ad un procedimento d'applicazione a norma dell'art. 81 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'accordo SEE (IV/36.581 — Télécom développement) (GU L 218, pag. 24; in prosieguo: la «decisione Télécom développement»), la convenuta avrebbe effettuato una valutazione economica e concorrenziale della posizione della società Télécom développement sul mercato della telefonia vocale, per concludere che le clausole notificate venivano qualificate come restrizioni accessorie. Infine, nella decisione 97/39, la convenuta avrebbe deciso di qualificare le clausole notificate come restrizioni accessorie anche alla luce delle particolari condizioni della fattispecie.

0 La convenuta, con il sostegno dell'interveniente, contesta l'interpretazione della nozione di restrizione accessoria sostenuta dalle ricorrenti.

Sulle conseguenze della qualifica come restrizione accessoria

1 Le ricorrenti sottolineano che risulta tanto dalle pubblicazioni divulgate dalla convenuta quanto dalla sua prassi decisionale che gli impegni che sono qualificati come restrizioni accessorie devono costituire oggetto di una valutazione identica a quella dell'operazione principale.

- 92 Infatti, le ricorrenti osservano che, nella sua *XXIV Relazione sulla politica di concorrenza*, la convenuta ha sottolineato che le restrizioni accessorie non costituiscono «oggetto di un esame ai sensi dell'art. 85, n. 1, se la stessa impresa comune non viola questo stesso articolo o se beneficia di un'esenzione in forza dell'art. 85, n. 3. Se tali restrizioni sono normalmente accettate solo per una durata limitata, quando si tratta di imprese comuni, esse sono, in generale, autorizzate per tutta la durata dell'impresa comune». Analogamente, esse fanno osservare che, nella comunicazione sulle imprese comuni aventi natura di cooperazione, la convenuta ha precisato che, «se l'IC in quanto tale non rientra nell'ambito d'applicazione dell'art. 85, paragrafo 1, non vi rientrano nemmeno gli accordi addizionali, che, di per sé, configurano restrizioni di concorrenza ma sono da considerare come accessori all'IC nel significato sopra definito» (punto 67) e che «vanno valutati congiuntamente a quest'ultima [la società comune]» (punto 66).
- 93 Le ricorrenti fanno notare, peraltro, che la convenuta ha applicato tali principi nella sua prassi decisionale. Così, al 'considerando' 62 della decisione 94/895, la convenuta avrebbe considerato che, poiché l'impresa comune non rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, anche le clausole controverse ne venivano escluse (v. anche la decisione 97/39, 'considerando' 48).
- 94 La convenuta sottolinea che, anche se la conseguenza giuridica dell'applicazione della nozione di restrizione accessoria è di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 85 del Trattato clausole contrattuali a priori restrittive della concorrenza e in grado di pregiudicare in maniera sensibile il commercio fra Stati membri, ciò non significa tuttavia che tali clausole beneficino necessariamente di un'attestazione negativa per una durata identica a quella dell'operazione principale. Infatti, secondo la Commissione, come risulta dalla sentenza *Remia e a./Commissione*, citata al punto 87, e dalla decisione impugnata, la durata di una restrizione può essere un parametro essenziale per determinare se essa sia o no accessoria.

Sulla qualifica della clausola di esclusiva come restrizione accessoria

95 Le ricorrenti ritengono che non vi sia dubbio sul fatto che la convenuta avrebbe dovuto qualificare la clausola di esclusiva come restrizione accessoria.

96 Infatti, esse fanno presente che, in considerazione della posizione dominante di Canal+, in particolare sul mercato dei diritti di diffusione del cinema francese e americano, tale esclusiva costituiva il solo mezzo per entrare sul mercato della televisione a pagamento in Francia e di restarvi conservando un'offerta attraente. Il carattere del tutto particolare di tale vantaggio risulterebbe anche dal fatto che esso sarebbe stato concesso a TPS dai suoi azionisti, senza pagamento da ambo le parti, al fine di garantire il suo successo su tale mercato.

97 Secondo le ricorrenti, l'argomento principale dedotto dalla convenuta per contestare il carattere accessorio della clausola di esclusiva, vale a dire la creazione di un'impresa attiva nel settore della televisione digitale via satellite sarebbe concepibile senza la diffusione a titolo esclusivo delle quattro reti generali, non è esatto. Infatti, esse rilevano che non disponevano — e dispongono sempre solo in misura limitata — di esclusive cinematografiche e sportive quando hanno deciso di creare TPS, sicché la loro sola arma concorrenziale era (ed è ancora) la diffusione in esclusiva delle reti generali. Di conseguenza, tale clausola sarebbe direttamente legata alla creazione di TPS e necessaria al suo buon funzionamento.

98 La convenuta nega di aver commesso un errore di valutazione non qualificando la clausola di esclusiva come restrizione accessoria.

Sulla qualifica della clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria

- 99 Le ricorrenti considerano che la convenuta abbia commesso un errore di valutazione non qualificando la clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria.
- 100 Infatti, secondo le ricorrenti, la convenuta non ha tenuto conto del fatto che tale clausola era necessaria alla creazione e allo sfruttamento di TPS in quanto tale accesso prioritario alle reti e ai programmi dei suoi azionisti nonché il diritto di ultimo rifiuto in ultima istanza costituivano il solo mezzo per TPS di assicurare il suo rifornimento di reti tematiche, segnatamente in considerazione della posizione particolarmente forte del gruppo Canal+ sul mercato di tali reti.
- 101 A tal proposito, le ricorrenti ritengono che sia utile riferirsi alla decisione della Commissione 20 maggio 1999, 1999/573/CE, relativa ad una procedura di applicazione dell'art. 81 del Trattato CE (IV/36.592 — Cégétel+4). (GU L 218, pag. 14; in prosieguo: la «decisione Cégétel»), e alla decisione Télécom développement. Infatti, da un lato, tali decisioni farebbero riferimento a situazioni concorrenziali molto simili al caso di specie, vale a dire a mercati dominati da un operatore storico, e, dall'altro, in tali decisioni, l'analisi della convenuta verterebbe su clausole che possono essere raffrontate con la clausola relativa alle reti tematiche, poiché si tratta, nella decisione Télécom Développement, di una clausola che prevede un accesso preferenziale ad un'infrastruttura e, nella decisione Cégétel, di una clausola che prevede un acquisto preferenziale dell'impresa comune presso i suoi azionisti. Le ricorrenti fanno notare che, contrariamente a quanto essa ha deciso nella causa in esame, la convenuta non ha esitato a qualificare tali clausole come restrizioni accessorie e a riservare loro una valutazione rigorosamente identica a quella dell'impresa comune (v. anche la decisione 1999/329).

102 La convenuta nega di aver commesso un errore di valutazione non qualificando la clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria.

— Giudizio del Tribunale

103 Anzitutto, occorre precisare la portata della nozione di restrizione accessoria in diritto comunitario della concorrenza nonché le conseguenze derivanti da una tale qualifica. Successivamente, occorrerà applicare i principi così stabiliti alla clausola di esclusiva e alla clausola relativa alle reti tematiche al fine di determinare se, come fanno valere le ricorrenti, la convenuta abbia commesso un errore di valutazione non qualificando tali impegni come restrizioni accessorie.

Sulla nozione di restrizione accessoria

104 Nel diritto comunitario della concorrenza, la nozione di restrizione accessoria riguarda qualsiasi restrizione che è direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale [v., in tale senso, la comunicazione della Commissione 14 agosto 1990 relativa alle restrizioni accessorie alle operazioni di concentrazione (GU 1990, C 203, pag. 5; in prosieguo: la «comunicazione sulle restrizioni accessorie», punto I), la comunicazione sulle imprese comuni aventi natura di cooperazione (punto 65), nonché gli artt. 6, n. 1, lett b), e 8, n. 2, secondo comma, del regolamento n. 4064/89].

105 Nella sua comunicazione sulle restrizioni accessorie, la Commissione ha sottolineato giustamente che, per restrizione direttamente legata alla realizzazione di un'operazione principale, occorre intendere qualsiasi restrizione che è

d'importanza subordinata rispetto alla realizzazione di tale operazione e che comporta un legame evidente con quest'ultima (punto II.4).

106 Riguardo alla condizione relativa al carattere necessario di una restrizione, quest'ultima implica un duplice esame. Infatti, occorre accertare, da un lato, se la restrizione sia obiettivamente necessaria alla realizzazione dell'operazione principale e, dall'altro, se sia proporzionata rispetto a quest'ultima (v., in tal senso, sentenza Remia e a./Commissione, citata sopra al punto 87, punto 20; v. anche punti II.5 e II.6 della comunicazione sulle restrizioni accessorie).

107 Per quanto riguarda il carattere obiettivamente necessario di una restrizione, occorre sottolineare che, in quanto, come è stato dimostrato ai punti 72 e segg., l'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario della concorrenza non può essere ammessa, sarebbe errato interpretare, nell'ambito della qualifica delle restrizioni accessorie, la condizione della necessità obiettiva nel senso che comporta una ponderazione degli effetti pro- e anticoncorrenziali di un accordo. Infatti, è soltanto nell'ambito specifico dell'art. 85, n. 3, del Trattato che si può svolgere una tale analisi.

108 Tale posizione è giustificata non solo per rispettare l'effetto utile dell'art. 85, n. 3, del Trattato, ma anche per motivi di coerenza. Infatti, dato che l'art. 85, n. 1, del Trattato non implica un'analisi degli effetti positivi e negativi per la concorrenza di una restrizione principale, una stessa constatazione s'impone per quanto riguarda l'analisi delle restrizioni che l'accompagnano.

109 Di conseguenza, come fa valere giustamente la convenuta, l'esame del carattere obiettivamente necessario di una restrizione rispetto all'operazione principale può essere solo relativamente astratto. Non si tratta di analizzare se, in considerazione della situazione concorrenziale sul mercato in esame, la restri-

zione sia necessaria per il successo commerciale dell'operazione principale, ma proprio di determinare se, nell'ambito particolare dell'operazione principale, la restrizione sia necessaria alla realizzazione di tale operazione. Se, in mancanza della restrizione, l'operazione principale risulta difficilmente realizzabile o addirittura irrealizzabile, la restrizione può essere considerata obiettivamente necessaria alla sua realizzazione.

110 Pertanto, nella sentenza Remia e a./Commissione, citata sopra al punto 87 (punto 19), la Corte ha dichiarato che una clausola di non concorrenza era obiettivamente necessaria alla realizzazione di una cessione di imprese, in quanto, in mancanza di una simile clausola, «e se il venditore e l'acquirente riman[gono] in concorrenza dopo la cessione, è evidente che l'accordo di cessione d'impresa non potrebbe essere realizzato. Infatti, il venditore, che conosce particolarmente bene in tutti i suoi dettagli l'impresa ceduta, conserverebbe la possibilità di attirare di nuovo a sé la sua vecchia clientela immediatamente dopo la cessione, e di impedire in tal modo la sopravvivenza dell'impresa ceduta».

111 Analogamente, la convenuta ha potuto constatare, nell'ambito della sua prassi decisionale, che un determinato numero di restrizioni erano obiettivamente necessarie alla realizzazione di talune operazioni. Infatti, in mancanza di tali restrizioni, l'operazione di cui è causa «non potrebbe essere realizzata o lo sarebbe soltanto in condizioni più aleatorie, a costi sostanzialmente più elevati, in tempi nettamente più lunghi o con minori possibilità di successo» (punto II.5 della comunicazione sulle restrizioni accessorie; v. anche, a titolo di esempio, la decisione 90/410, punti 22 e segg.).

112 Contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, nessuna delle diverse decisioni alle quali esse si riferiscono attesta il fatto che la convenuta avrebbe effettuato un'analisi concorrenziale al fine di qualificare le clausole interessate come

restrizioni accessorie. Anzi, tali decisioni attestano il carattere relativamente astratto dell'analisi della convenuta. In tal senso, il punto 77 della decisione 1999/329 è così redatto:

«In realtà, un accordo di ripartizione dei sinistri non può funzionare correttamente senza che tutti i suoi membri abbiano concordato su almeno un livello di copertura da offrire, in ragione del fatto che nessun membro sarebbe disposto ad accettare una ripartizione delle richieste d'indennizzo, presentate al pool da altri club, per un importo superiore a quelle che tale membro può presentare al pool».

- 113 Dato che una restrizione è obiettivamente necessaria alla realizzazione di un'operazione principale, occorre ancora verificare se la sua durata e il suo ambito di applicazione *ratione materiae* e geografico non eccedano quanto necessario alla realizzazione di detta operazione. Se la durata o l'ambito di applicazione della restrizione eccedono quanto necessario alla realizzazione dell'operazione, essa deve costituire oggetto di un'analisi distinta nell'ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione, Racc. pag. II-1931, punto 78).
- 114 Infine, occorre rilevare che, poiché la valutazione del carattere accessorio di un impegno particolare rispetto ad un'operazione principale implica valutazioni economiche complesse da parte della convenuta, il controllo giurisdizionale di tale valutazione si limita alla verifica del rispetto delle norme procedurali, del carattere sufficiente della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere (v., in tal senso, per quanto riguarda la valutazione della durata ammissibile di una clausola di non concorrenza, sentenza Remia e a./Commissione, citata sopra al punto 87, punto 34).

Sulle conseguenze della qualifica come restrizione accessoria

- 115 Se è accertato che una restrizione è direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale, la compatibilità di tale restrizione con le regole di concorrenza deve essere esaminata con quella dell'operazione principale.
- 116 Pertanto, se l'operazione principale non rientra nell'ambito del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato, questo vale anche per le restrizioni direttamente collegate e necessarie a tale operazione (v., in tal senso, sentenza Remia e a./ Commissione, citata sopra al punto 87, punto 20). Se, invece, l'operazione principale costituisce una restrizione ai sensi di tale disposizione ma beneficia di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato, tale esenzione comprende anche dette restrizioni accessorie.
- 117 Inoltre, allorché le restrizioni sono direttamente collegate e necessarie ad un'operazione di concentrazione ai sensi del regolamento n. 4064/89, risulta tanto dall'art. 6, n. 1, lett. b), quanto dall'art. 8, n. 2, secondo comma, di tale regolamento che queste restrizioni sono disciplinate dalla decisione della Commissione che dichiara l'operazione compatibile con il mercato comune.

Sulla qualifica della clausola di esclusiva come restrizione accessoria

- 118 Occorre esaminare, alla luce dei principi summenzionati ai punti 103-114, se, nel caso di specie, la convenuta abbia commesso un errore manifesto di valutazione non qualificando la clausola di esclusiva come restrizione accessoria alla creazione di TPS.

- 119 Le ricorrenti ritengono che la clausola di esclusiva sia accessoria alla creazione di TPS in quanto, in assenza di esclusive cinematografiche e sportive di primo piano, tale clausola è indispensabile per consentire a TPS di penetrare il mercato della televisione a pagamento in Francia.
- 120 Tuttavia, occorre rilevare, in primo luogo, che il fatto che la clausola di esclusiva sarebbe necessaria per consentire a TPS di installarsi durevolmente su tale mercato è irrilevante ai fini della qualifica di detta clausola come restrizione accessoria.
- 121 Infatti, come è stato sottolineato al punto 106, considerazioni di tal genere, che si riferiscono al carattere necessario della restrizione tenuto conto della situazione concorrenziale sul mercato in esame, non rientrano nell'ambito dell'analisi del carattere accessorio della restrizione. Esse possono essere prese in conto solo nell'ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato (v., a tal proposito, le sentenze Pronuptia, citata sopra al punto 74, punto 24, e Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione, citata sopra al punto 113, punto 78).
- 122 In secondo luogo, occorre rilevare che se, nella fattispecie, le ricorrenti hanno potuto sufficientemente dimostrare in diritto che la clausola di esclusiva era direttamente collegata alla costituzione di TPS, per contro, esse non hanno provato che la diffusione in esclusiva delle reti generali era obiettivamente necessaria per tale operazione. A questo proposito, occorre rilevare, come sottolinea giustamente la convenuta, che una società attiva nel settore della televisione a pagamento può essere lanciata in Francia senza disporre della diffusione in esclusiva delle reti generali. Tale è la situazione per CanalSatellite e AB-Sat, gli altri due operatori su questo mercato.

- 123 Pur nell'ipotesi che la clausola di esclusiva sia stata obiettivamente necessaria alla creazione di TPS, la convenuta non ha commesso errore manifesto di valutazione ritenendo che tale restrizione non fosse proporzionata rispetto a questo obiettivo.
- 124 Infatti, la clausola di esclusiva ha una durata iniziale di dieci anni. Orbene, come constata la convenuta al 'considerando' 134 della decisione impugnata, una tale durata risulta eccessiva in quanto «l'insediamento di TPS deve realizzarsi prima della fine di tale periodo». Infatti, è molto probabile che lo svantaggio concorrenziale di TPS, principalmente per quanto riguarda l'accesso alle esclusive sportive e cinematografiche, diminuirà nel corso del tempo (v., in tal senso, 'considerando' 133 della decisione impugnata). Di conseguenza, non è da escludere che la diffusione in esclusiva delle reti generali, sebbene destinata inizialmente a rafforzare la posizione concorrenziale di TPS sul mercato della televisione a pagamento, le consenta eventualmente, dopo alcuni anni, di eliminare la concorrenza su tale mercato.
- 125 Inoltre, la clausola di esclusiva è anche sproporzionata in quanto ha l'effetto di privare i concorrenti di TPS, tanto effettivi che potenziali, di ogni accesso a programmi considerati attraenti da un gran numero di telespettatori francesi (v., in tal senso, sentenza Oude Luttikhuis e a., citata sopra al punto 70, punto 16). Inoltre, tale carattere eccessivo dell'impegno è rafforzato dall'esistenza di zone d'ombra. Infatti, i telespettatori che risiedono in tali zone e che vogliono abbonarsi ad una società di televisione a pagamento che diffonde anche le reti generali possono rivolgersi solo a TPS.
- 126 Pertanto si deve ritenere che la convenuta non ha commesso errore manifesto di valutazione non qualificando la clausola di esclusiva come restrizione accessoria alla creazione di TPS.

127 Pertanto, tale parte dell'argomento delle ricorrenti deve essere respinta.

Sulla qualifica della clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria

128 Occorre anche esaminare, in considerazione dei principi summenzionati ai punti 103-114, se, nel caso di specie, la convenuta abbia commesso errore manifesto di valutazione non qualificando la clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria.

129 A tal proposito, occorre ricordare che, nella decisione impugnata ('considerando' 101), la convenuta ha constatato:

«L'obbligo dei soci di proporre prioritariamente le loro reti tematiche a TPS potrebbe essere considerato una clausola accessoria al lancio della piattaforma: tuttavia, tale obbligo, imposto per una durata di dieci anni, limita l'offerta di reti tematiche e di servizi televisivi. Di conseguenza, tale norma rientra nel campo di applicazione dell'art. 85, paragrafo 1».

130 Risulta da tale 'considerando' che principalmente a causa dell'impatto negativo di tale clausola sulla situazione dei terzi per una durata molto lunga la convenuta ha rifiutato di qualificarla come restrizione accessoria.

131 Ora, le ricorrenti, sebbene a tal riguardo incomba ad esse l'onere della prova, non forniscono nessun elemento che consenta di invalidare tale valutazione.

132 Infatti, esse si limitano ad affermare che, a causa della politica di esclusiva praticata da CanalSatellite, le reti tematiche gestite o create da loro sono le sole alle quali TPS ha accesso, sicché la clausola controversa è necessaria alla sopravvivenza di quest'ultima. Pur ammettendo che una tale affermazione sia esatta, una tale considerazione relativa alla situazione concorrenziale di TPS non può essere presa in conto ai fini della qualifica di tale clausola come restrizione accessoria. Infatti, come è stato precisato ai punti 107-112, il carattere obiettivamente necessario della clausola si verifica senza tener conto della situazione concorrenziale.

133 Inoltre, dato che il mercato dello smercio delle reti tematiche è caratterizzato da una rapida espansione ('considerando' 65 della decisione impugnata), la convenuta non ha commesso errore manifesto di valutazione considerando che l'obbligo per gli azionisti di TPS di proporre proprie reti tematiche in via prioritaria a TPS per una durata di dieci anni eccedeva quanto necessario alla creazione di quest'ultima.

134 Infine, come sottolinea a ragione la convenuta, le ricorrenti si riferiscono a torto alle decisioni Cégétel e Télécom développement in quanto queste ultime riguardano situazioni di fatto diverse. In tal senso, la situazione di TPS non può essere paragonata a quella di un nuovo concorrente su un mercato dominato da una società in situazione di monopolio storico e che richiede un accesso a un'infrastruttura essenziale. Infatti, Canal+ non ha un monopolio storico sul mercato dello smercio delle reti tematiche e l'entrata su tale mercato non richiede l'accesso ad un'infrastruttura essenziale. Inoltre, nelle decisioni Cégétel e Télécom développement, le clausole analizzate non avevano l'effetto di privare i terzi di qualsiasi possibilità di accesso ai servizi degli azionisti. Si trattava solamente di una preferenza.

135 Di conseguenza, occorre considerare che la convenuta non ha commesso errore manifesto di valutazione non qualificando la clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria alla creazione di TPS.

136 Pertanto, tale parte dell'argomento in subordine delle ricorrenti deve essere respinta.

iii) Conclusione

137 In considerazione di quanto precede, il presente motivo dev'essere respinto in quanto non fondato.

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

i) Sull'argomento relativo all'applicazione erronea dei criteri di esenzione previsti all'art. 85, n. 3, del Trattato

Argomenti delle parti

138 In primo luogo, le ricorrenti fanno valere che la convenuta ha violato l'art. 85, n. 3, del Trattato tenendo conto, a livello dell'applicazione di tale disposizione, di

valutazioni relative alla concorrenza sul mercato della televisione a pagamento, che, secondo loro, rientrano nell'ambito del paragrafo 1 di tale disposizione.

139 Le ricorrenti rilevano poi che, conformemente alla giurisprudenza (sentenza del Tribunale 11 luglio 1996, cause riunite T-528/93, T-542/93, T-543/93 e T-546/93, Métropole télévision e a./Commissione, Racc. pag. II-649, punto 114) gli elementi di cui tiene conto la convenuta per applicare l'art. 85, n. 3, del Trattato devono essere pertinenti e rifarsi a tale articolo. Ora, secondo le ricorrenti, la convenuta, invece di esaminare se la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche, che aveva giudicato incompatibili con l'art. 85, n. 1, del Trattato, soddisfacessero le condizioni di esenzione previste al paragrafo 3 di tale articolo, ha, in realtà, analizzato se la creazione di TPS sul mercato soddisfacesse tali condizioni.

140 La convenuta nega che essa abbia applicato in modo erroneo i criteri di esenzione previsti all'art. 85, n. 3, del Trattato.

Giudizio del Tribunale

141 Per quanto riguarda l'argomento delle ricorrenti circa l'obbligo per la convenuta di effettuare, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato piuttosto che dell'art. 85, n. 3, del Trattato, una ponderazione degli effetti pro e anticoncorrenziali di una restrizione, occorre riferirsi alle osservazioni presentate ai punti 72 e segg.

- 142 Riguardo alla questione se la convenuta abbia correttamente verificato se le condizioni di esenzione fossero soddisfatte per quanto concerne la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche, occorre osservare, in primo luogo, che, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, la convenuta ha esaminato se queste condizioni fossero soddisfatte per ognuna di tali clausole.
- 143 Pertanto, per quanto riguarda la condizione relativa al contributo a migliorare la produzione o la distribuzione o a promuovere il progresso tecnico ed economico, la convenuta ha constatato che tale condizione era soddisfatta in quanto «nel favorire il successo del lancio di una nuova piattaforma digitale sul mercato della televisione a pagamento [la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche] consentono l'entrata di un nuovo operatore sul mercato ed ampliano l'offerta di servizi di televisione a pagamento a favore dei telespettatori francesi» ('considerando' 114 della decisione impugnata).
- 144 Tali clausole hanno anche un effetto benefico per i consumatori in quanto hanno contribuito ad «aumentare l'offerta e a sviluppare nuovi servizi basati sull'uso di una nuova tecnologia» ('considerando' 118 della decisione impugnata) e ad una «concorrenza estremamente vivace, causata dalla costituzione di TPS, tra tale operatore e CanalSatellite/Canal+» ('considerando' 119 della decisione impugnata).
- 145 Riguardo al carattere indispensabile delle clausole controverse, la convenuta ha constatato, in particolare, che, «in assenza di un accesso preferenziale a tali reti [tematiche], TPS avrebbe dovuto autoprodurre un numero elevato di reti, con un aumento eccessivo dei costi — già molto ingenti — necessari al lancio della piattaforma» ('considerando' 122 della decisione impugnata) e che «la distribu-

zione esclusiva di reti generali, in quanto prodotto di richiamo e fattore distintivo dell'offerta di TPS, è indispensabile all'entrata di tale operatore nel mercato francese della televisione a pagamento» ('considerando' 132 della decisione impugnata).

146 Vero è che, per quanto riguarda la quarta condizione prevista dall'art. 85, n. 3, del Trattato, secondo cui va evitata l'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi, la convenuta non ha esplicitamente fatto riferimento alla clausola di esclusiva e alla clausola relativa alle reti tematiche. Essa si è limitata a constatare che «la costituzione di TPS, lungi dall'eliminare la concorrenza, la favorisce» ('considerando' 135 della decisione impugnata). Tuttavia, risulta implicitamente dall'analisi della convenuta che, ai fini di tale conclusione, essa ha tenuto conto di tali clausole ritenendo che queste ultime fossero indispensabili al successo di TPS.

147 In secondo luogo, è opportuno rilevare che, anche se la convenuta ha giustamente ritenuto che la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche non potessero essere considerate restrizioni accessorie alla creazione di TPS per i motivi indicati ai punti 118-137, tali restrizioni sono tuttavia direttamente collegate a tale operazione. Di conseguenza, l'analisi dell'adempimento delle diverse condizioni previste dall'art. 85, n. 3, del Trattato doveva essere effettuata tenuto conto dell'operazione principale alla quale si ricollegano tali clausole.

148 D'altro canto, occorre osservare che l'argomento delle ricorrenti, a tal riguardo, è contraddittorio. Infatti, esse affermano che, da un lato, la convenuta avrebbe dovuto considerare tali clausole come restrizioni accessorie alla creazione di TPS e, dall'altro, che la convenuta avrebbe dovuto verificare, senza tener conto dell'operazione principale, se le condizioni previste all'art. 85, n. 3, del Trattato fossero soddisfatte per quanto le riguarda.

149 Tale contraddizione si fonda su un'interpretazione errata della nozione di restrizione accessoria. Infatti, secondo le ricorrenti, dato che una restrizione non può essere qualificata come restrizione accessoria, essa deve necessariamente essere analizzata separatamente. Ora, come è stato ricordato al punto 147, una tale concezione non tiene tuttavia conto del fatto che, se determinate restrizioni che sono direttamente collegate ad un'operazione non possono essere qualificate come restrizioni accessorie in quanto non sono obiettivamente necessarie o non sono proporzionate rispetto alla realizzazione dell'operazione principale, esse restano tuttavia indissociabilmente legate a quest'ultima. Di conseguenza, è normale che esse siano analizzate tenendo conto del contesto economico e giuridico di quest'ultima.

150 Pertanto, tale parte dell'argomento delle ricorrenti deve essere respinta.

ii) Sull'argomento relativo all'errore di valutazione per quanto riguarda la durata dell'esenzione individuale

Argomenti delle parti

151 Le ricorrenti ritengono che la convenuta abbia commesso un errore di valutazione considerando nella decisione impugnata che la durata dell'esenzione per la clausola di esclusiva doveva essere fissata per un periodo di tre anni. Così, i motivi dedotti dalla convenuta, secondo i quali, da un lato, tale restrizione è necessaria a TPS solo durante il periodo di lancio e, dall'altro, tale carattere necessario diminuirà nel corso del tempo quando TPS sarà riuscita ad acquisire abbonati, acquistare esperienza nel settore della televisione a pagamento in modo da migliorare la sua offerta, sarebbero erronei.

- 152 Secondo le ricorrenti, il carattere necessario dell'esclusiva non diminuirà, ma, anzi, aumenterà, tenuto conto della posizione predominante che il gruppo Canal+ occupa sul mercato. Esse osservano che, senza l'esclusiva di diffusione delle reti generali, la validità economica di TPS è in pericolo.
- 153 A tal proposito, le ricorrenti ritengono che occorra riferirsi alla decisione Cégétel nella quale una clausola di distribuzione in esclusiva di determinati servizi telefonici è stata esentata per un periodo di dieci anni, in particolare, in quanto la società Cégétel potrà garantire la redditività degli investimenti autorizzati nei servizi di telecomunicazione solo alla fine di un periodo molto lungo.
- 154 Le ricorrenti considerano anche che la convenuta abbia commesso un errore di valutazione limitando a tre anni, vale a dire al periodo di lancio, la durata dell'esenzione per la clausola relativa alle reti tematiche. Infatti, esse ritengono che il carattere necessario di tale clausola non si limiti al periodo di lancio, come afferma la convenuta, ma si applichi a qualsiasi periodo della gestione di TPS in quanto, per quest'ultima, tale clausola è il solo mezzo per assicurare il suo rifornimento di reti tematiche.
- 155 La convenuta nega di aver commesso un errore di valutazione fissando la durata dell'esenzione a tre anni.

Giudizio del Tribunale

- 156 In primo luogo, occorre rilevare che, per giurisprudenza consolidata, l'esercizio dei poteri da parte della convenuta nell'ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato si fonda necessariamente su valutazioni complesse in materia economica, il che

implica che il sindacato giurisdizionale di tali valutazioni deve limitarsi, in particolare, all'esame dell'aspetto sostanziale dei fatti e delle qualificazioni giuridiche che la convenuta ne ha dedotto (v., in particolare, sentenza della Corte 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 429, in particolare pag. 501, e sentenza Matra Hachette/Commissione, citata sopra al punto 74, punto 104).

157 Tale principio vale, in particolare, per quanto riguarda la determinazione da parte della convenuta del periodo durante il quale una restrizione è giudicata indispensabile (sentenza Remia e a./Commissione, citata sopra al punto 87, punto 34).

158 In secondo luogo, occorre ricordare che, nella sentenza Matra Hachette/Commissione, citata sopra al punto 74 (punto 104), il Tribunale ha dichiarato che «tocca alle imprese che notificano l'accordo fornire alla Commissione gli elementi che provino che sono soddisfatte le condizioni contemplate dall'art. 85, n. 3 (sentenza della Corte 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBBB/Commissione, Racc. pag. 19), e tale obbligo deve essere valutato nell'ambito del procedimento contenzioso tenuto conto dell'onere che grava sulla ricorrente di produrre elementi tali da contestare la valutazione della Commissione».

159 Orbene, si deve constatare che le ricorrenti si limitano ad affermare che la convenuta ha commesso un errore di valutazione in quanto, piuttosto che diminuire (come la convenuta ha constatato al 'considerando' 133 della decisione impugnata), il carattere necessario dell'esclusiva, a loro parere, aumenterà, tenuto conto della posizione predominante che il gruppo Canal+ occupa sul mercato. Riguardo alla clausola relativa alle reti tematiche, esse fanno valere che quest'ultima sarebbe necessaria per assicurare il rifornimento di TPS di reti di

questo tipo. Tuttavia, esse non forniscono nessun elemento probante per provare l'esattezza di tale affermazione che, inoltre, non tiene conto dell'evoluzione del mercato. Infine, le ricorrenti non contestano nessuno degli elementi di fatto sulla base dei quali la convenuta, da un lato, ha ritenuto che il carattere indispensabile di tali clausole sarebbe necessariamente diminuito nel corso del tempo e, dall'altro, ha concluso che la durata minima, durante la quale tali clausole erano necessarie a TPS, era di tre anni ('considerando' 134 della decisione impugnata).

160 In terzo luogo, occorre osservare che le ricorrenti si riferiscono ingiustamente alla decisione Cégétel. Infatti, come sottolinea a ragione la convenuta, in tale decisione, solo l'esclusiva di distribuzione di determinati prodotti costituiva oggetto di un'esenzione, e la distribuzione di tali prodotti costituiva solo una parte minima delle attività della società Cégétel, mentre l'esclusiva della diffusione delle reti generali costituisce un elemento essenziale dell'offerta di TPS.

161 Di conseguenza, occorre considerare che la convenuta non ha commesso errore manifesto di valutazione limitando la durata dell'esenzione a tre anni.

162 Pertanto, tale parte dell'argomento delle ricorrenti deve essere respinta.

iii) Conclusione

163 In considerazione di quanto precede, occorre respingere il presente motivo in quanto infondato.

2. *Sul motivo relativo all'art. 2 della decisione impugnata, che si riferisce alla violazione del principio della certezza del diritto*

Argomenti delle parti

164 Le ricorrenti ritengono che, rilasciando un'attestazione negativa di durata temporanea di tre anni in quanto la clausola di non concorrenza poteva essere qualificata come restrizione accessoria alla creazione di TPS solo durante il periodo di lancio, la convenuta non si sia conformata alle regole che essa stessa aveva formulato nella *XXIV Relazione sulla politica di concorrenza*. Infatti, esse osservano che la convenuta ha precisato in tale documento, da cui è vincolata, che, «quando si tratta di imprese comuni [le restrizioni accessorie] sono, in generale, autorizzate per tutta la durata dell'impresa comune» (pag. 120, punto 166).

165 Secondo le ricorrenti, risulta dalla giurisprudenza (sentenze del Tribunale 17 dicembre 1991, causa T-7/89 Hercules Chemicals/Commissione, Racc. pag. II-1711, e 10 marzo 1992, causa T-9/89, Huls/Commissione, Racc. pag. II-499) che non rispettando tale regola nel caso di specie la convenuta ha violato il principio della certezza del diritto.

166 Le ricorrenti rilevano che la posizione della convenuta nella presente causa è a maggior ragione censurabile in quanto detta regola è sempre valida, come risulta dalle decisioni Cégétel e Télécom développement. Infatti, in tali decisioni, due

clausole di non concorrenza sarebbero state qualificate come restrizioni accessorie e avrebbero ricevuto lo stesso trattamento dell'impresa comune.

- 167 La convenuta nega di aver violato il principio della certezza del diritto o di aver commesso un errore di valutazione nel ritenere che la clausola di non concorrenza costituisca una restrizione accessoria solamente durante il periodo di lancio, vale a dire durante i primi tre anni.

Giudizio del Tribunale

- 168 In primo luogo, occorre osservare che risulta dal brano della *XXIV Relazione sulla politica di concorrenza* citato dalle ricorrenti, secondo il quale le restrizioni accessorie «sono, in generale, autorizzate per tutta la durata dell'impresa comune», nonché dal contesto materiale nel quale esso si inserisce, l'analisi di cinque costituzioni di imprese comuni nel settore della ricerca e dello sviluppo, che la parte del rapporto nel quale si colloca tale brano non contiene regole rigorose che la convenuta si sarebbe imposta circa la qualifica di un impegno come restrizione accessoria. Si tratta piuttosto della semplice descrizione di un determinato numero di principi che la convenuta segue normalmente nell'ambito della sua analisi di talune clausole che ritiene come accessorie ad un'operazione principale.

- 169 Contrariamente a quanto fanno valere le ricorrenti, il caso di specie non può, di conseguenza, essere ricollegato alla causa che ha dato luogo alla sentenza *Hercules Chemicals/Commissione*, citata sopra al punto 165. In tale causa, la convenuta aveva infatti comunicato, mediante il suo rapporto annuale sulla politica della concorrenza, un determinato numero di regole relative all'accesso al fascicolo in materia di concorrenza, che essa si era imposta.

- 170 Come risulta peraltro dal brano della *XXIV Relazione sulla politica di concorrenza*, citato dalle ricorrenti, quest'ultimo non fa che riportare, in maniera quasi letterale, i principi esposti dalla convenuta al punto 67 della comunicazione sulle imprese comuni aventi natura di cooperazione. Ora, come risulta chiaramente da tale comunicazione, quest'ultima ha solo un valore indicativo per quanto riguarda la maniera in cui la convenuta applica nella pratica la teoria delle restrizioni accessorie.
- 171 Ne consegue che le ricorrenti non possono fondarsi sul brano summenzionato per provare che la convenuta ha violato il principio della certezza del diritto nei loro confronti.
- 172 In considerazione di quanto precede, il motivo in esame deve essere respinto in quanto infondato.
- 173 Poiché l'insieme dei motivi fatti valere dalle ricorrenti non sono fondati, il ricorso deve essere respinto.

Sulle spese

- 174 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, primo comma, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda. Poiché le ricorrenti sono rimaste soccombenti, queste vanno condannate a sopportare, oltre le proprie spese, quelle sostenute dalla convenuta e dall'interveniente, conformemente alle conclusioni di queste ultime.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.

- 2) Le ricorrenti sopporteranno le proprie spese nonché quelle sostenute dalla convenuta e dalla parte interveniente.

Azizi

Lenaerts

Jaeger

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 18 settembre 2001.

Il cancelliere

Il presidente

H. Jung

J. Azizi

II - 2517

Table des matières

Ambito generale della causa	II-2466
A — Descrizione dell'operazione	II-2466
B — Mercati interessati e struttura di tali mercati	II-2467
1. Mercato della televisione a pagamento in Francia	II-2467
2. Mercato dell'acquisizione di diritti di diffusione, in particolare cinematografici e sportivi	II-2469
3. Mercato dello smercio e della gestione delle reti tematiche	II-2469
C — Notifica e accordi notificati	II-2470
1. Clausola di non concorrenza	II-2471
2. Clausola relativa alle reti tematiche	II-2472
3. Clausola di esclusiva	II-2472
D — Decisione impugnata	II-2473
Procedimento e conclusioni delle parti	II-2474
In diritto	II-2476
A — Sulla ricevibilità del ricorso	II-2476
Argomenti delle parti	II-2476
Giudizio del Tribunale	II-2477
B — Nel merito	II-2479
1. Sui motivi diretti all'annullamento dell'art. 3 della decisione impugnata	II-2480
a) Sul primo motivo, relativo alla violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato .	II-2480
i) Sull'argomento, invocato in via principale, relativo al fatto che la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche non costituiscono restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato	II-2480
— Sulla censura relativa all'esistenza di valutazioni erranee	II-2481
Argomenti delle parti	II-2481
Giudizio del Tribunale	II-2483
— Sulla censura relativa all'applicazione erronea dell'art. 85, n. 1, del Trattato (non applicazione di una regola della ragionevolezza)	II-2486
Argomenti delle parti	II-2486
Giudizio del Tribunale	II-2487

ii) Sull'argomento, dedotto in subordine, relativo al fatto che la clausola di esclusiva e la clausola relativa alle reti tematiche costituiscono restrizioni accessorie	II-2490
— Argomenti delle parti	II-2490
Sulla nozione di restrizione accessoria	II-2490
Sulle conseguenze della qualifica come restrizione accessoria	II-2493
Sulla qualifica della clausola di esclusiva come restrizione accessoria	II-2495
Sulla qualifica della clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria	II-2496
— Giudizio del Tribunale	II-2497
Sulla nozione di restrizione accessoria	II-2497
Sulle conseguenze della qualifica come restrizione accessoria	II-2501
Sulla qualifica della clausola di esclusiva come restrizione accessoria	II-2501
Sulla qualifica della clausola relativa alle reti tematiche come restrizione accessoria	II-2504
iii) Conclusione	II-2506
b) Sul secondo motivo, relativo alla violazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato	II-2506
i) Sull'argomento relativo all'applicazione erronea dei criteri di esenzione previsti all'art. 85, n. 3, del Trattato	II-2506
Argomenti delle parti	II-2506
Giudizio del Tribunale	II-2507
ii) Sull'argomento relativo all'errore di valutazione per quanto riguarda la durata dell'esenzione individuale	II-2510
Argomenti delle parti	II-2510
Giudizio del Tribunale	II-2511
iii) Conclusione	II-2513
2. Sul motivo relativo all'art. 2 della decisione impugnata, che si riferisce alla violazione del principio della certezza del diritto	II-2514
Argomenti delle parti	II-2514
Giudizio del Tribunale	II-2515
Sulle spese	II-2516