

12. L'enumerazione delle pratiche abusive di cui all'art. 86 del trattato non comprende tutti i modi di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietati dal trattato. L'art. 86 non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio, modificando un regime di concorrenza effettiva, quale è quello di cui all'art. 3, lettera f), del trattato. Può quindi costituire un abuso il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante. A prescindere dalla colpa, si può considerare abusiva la posizione dominante che giunga al punto di eludere gli obiettivi del trattato mediante una modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà d'azione del consumatore sul mercato. In questa ipotesi rientra necessariamente la pratica eliminazione di qualsiasi tipo di concorrenza.
13. Il problema del nesso di causalità fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 del trattato, indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine, dal momento ch'esso ha l'effetto di ostacolare in misura rilevante la concorrenza.
14. Ha importanza essenziale la delimitazione del mercato di cui trattasi, poiché le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti. Perché si possa affermare ch'essi costituiscono un mercato distinto, i prodotti in questione devono infatti essere individuati non solo dal semplice fatto di venir impiegati per l'imballaggio di determinate merci, ma anche da particolari caratteristiche produttive che le rendano specificamente atti a tale destinazione.
15. Il fatto di occupare una posizione dominante sul mercato degli imballaggi metallici leggeri destinati alla conservazione di carne e di pesce non è decisivo finché non venga dimostrato che i concorrenti in altri settori del mercato degli imballaggi metallici leggeri non possono, mediante un semplice adattamento della produzione, presentarsi sul mercato di cui trattasi con forza sufficiente per costituire un contrappeso di rilievo.

Nella causa 6-72,

EUROPEMBALLAGE CORPORATION, Bruxelles (Belgio), e CONTINENTAL CAN COMPANY INC., New York (USA), con gli avvocati Alfred Gleiss, Helmuth Lutz, Christian Hootz, Martin Hirsch e soci, del Foro di Stoccarda; e Jean Loyrette, del Foro di Parigi, e con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'avv. Georges Reuter, 7, avenue de l'Arsenal,

ricorrenti,

contro

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, rappresentata dai suoi consiglieri

giuridici, sigg. Bastiaan Van Der Esch e Jochen Thiesing, in qualità di agenti, e con domicilio eletto in Lussemburgo presso il suo consigliere giuridico sig. Emile Reuter, 4, boulevard Royal,

convenuta,

causa avente ad oggetto l'annullamento della decisione della Commissione 9 dicembre 1971, relativa ad un procedimento per l'applicazione dell'art. 86 del trattato CEE (Pratica IV/26811 — Europemballage Corporation; GU 1972, n. L 7),

LA CORTE,

composta dai signori: R. Lecourt, presidente, R. Monaco (relatore) e P. Pescatore, presidenti di Sezione, A. M. Donner e H. Kutscher, giudici;

avvocato generale: K. Roemer,  
cancelliere: A. Van Houtte,

ha pronunciato la seguente

## SENTENZA

### In fatto

#### I — Gli antefatti e il procedimento

Gli antefatti e le varie fasi del procedimento si possono riassumere come segue:

1. Con acquisti successivi effettuati nel corso del 1969, la Continental Can Company Inc. (in appresso denominata: «Continental»), con sede in New York (USA), la quale produce imballaggi metallici, materiali d'imballaggio di carta e di plastica, nonché macchine per fabbricare e impiegare tali imballaggi, portava la propria partecipazione nell'impresa Schmalbach-Lubeca-Werke AG (in prosieguo: SLW), con sede in Braunschweig

(Repubblica federale di Germania), all'85,8 % del capitale sociale.

Nel corso dello stesso anno, la Continental progettava, con la Metal Box Company Ltd (in prosieguo: MB); con sede in Londra, la creazione di una holding europea degli imballaggi, alla quale sarebbero stati invitati a partecipare i licenziatari della Continental nei Paesi Bassi e in Francia — Thomassen & Drijver-Verlifa NV (in prosieguo: TDV), con sede in Deventer e J. J. Carnaud et Forges de Basse-Indre (in prosieguo: Carnaud), con sede in Parigi. Alla fine dell'agosto 1969, la Carnaud faceva tuttavia sapere di non poter partecipare alla holding in progetto.

Il 16 febbraio 1970, veniva firmato, fra la Continental e la TDV un accordo («agreement») in base al quale:

- a) la Continental avrebbe costituito nel Delaware (USA) una società (chiamata in seguito Europemballage Corporation) cui avrebbe trasferito la propria partecipazione alla SLW;
- b) la Continental avrebbe incitato l'Europemballage a offrire agli azionisti della TDV diversi dalla MB e dalla Carnaud una somma in contanti di 140 fiorini per azione TDV di 20 fiorini nominali. Ogni azionista TDV che avesse offerto le proprie azioni, avrebbe ricevuto inoltre un certificato col quale gli sarebbe stato attribuito il diritto di opzione per l'acquisto di azioni ordinarie della Europemballage nel momento in cui esse sarebbero state offerte al pubblico. La Continental avrebbe fornito all'Europemballage i fondi necessari per l'operazione, acquistando azioni supplementari della stessa Europemballage.

In conformità a tale accordo:

- il 20 febbraio 1970 veniva costituita a Wilmington, secondo la legislazione dello Stato del Delaware, una società denominata Europemballage Corporation (in prosieguo: Europemballage), la quale apriva un ufficio a New York e uno a Bruxelles;
- il 16 marzo 1970, la TDV pubblicava l'offerta d'acquisto dell'Europemballage.

Nei mesi di marzo e aprile, la Commissione richiamava l'attenzione delle imprese interessate sull'eventuale incompatibilità dell'operazione progettata con l'art. 86 del trattato, nonché sulle conseguenze giuridiche e finanziarie che avrebbero potuto derivarne per gli interessati. La MB rendeva allora noto ch'essa rimandava la progettata unione con l'Europemballage.

L'8 aprile 1970, l'Europemballage procedeva all'acquisto delle azioni ed obbligazioni della TDV offerte a tale data, portando così al 91,07 % la partecipazione

iniziale della Continental nella stessa TDV.

2. Il 9 aprile 1970, la Commissione decideva di applicare d'ufficio l'art. 3, n. 1, del regolamento 17-62 nei confronti della Continental e della sua affiliata Europemballage, per avere quest'ultima società acquistato la maggioranza delle azioni della TDV. In esito a detto procedimento, la Commissione adottava (a norma dell'art. 86 del trattato) la decisione 9 dicembre 1971, nella quale, dopo aver esposto i motivi del provvedimento ed aver illustrato le caratteristiche delle imprese interessate, i reciproci rapporti d'ordine personale, finanziario, contrattuale e tecnico, nonché — in particolare per quanto riguarda la SLW e la TDV — le caratteristiche della produzione, delle vendite sui rispettivi mercati, delle esportazioni di ciascuna nel paese dell'altra, la posizione sul piano della concorrenza, ecc., essa disponeva quanto segue:

#### «Articolo 1

Si constata che Continental Can Company, Inc., con sede in New York, che detiene, per il tramite della sua affiliata Schmalbach-Lubeca-Werke AG, con sede in Braunschweig, una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune sul mercato degli imballaggi leggeri per conserve di carne, salumi, pesce e crostacei, nonché sul mercato dei coperchi metallici per recipienti di vetro, ha sfruttato abusivamente questa posizione dominante con l'acquisto effettuato nell'aprile del 1970 dalla sua affiliata Europemballage Corporation, dell'80 % circa delle azioni e obbligazioni convertibili dell'impresa olandese Thomassen & Drijver-Verblifa NV, con sede in Deventer. Questo acquisto ha portato a eliminare in pratica la concorrenza per i prodotti d'imballaggio summenzionati in una parte sostanziale del mercato comune.

#### Articolo 2

Continental Can Company, Inc. è obbligata a porre fine all'infrazione all'art. 86 del trattato che istituisce la CEE, constatata all'art. 1. A tal fine, essa dovrà pre-

sentare delle proposte alla Commissione prima del 1° luglio 1972.

### Articolo 3

La presente decisione è destinata alla Continental Can Company, Inc., con sede in New York.»

Questa decisione, pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee n. L 7 dell'8 gennaio 1972 — con la precisazione che «il testo in lingua francese è il solo facente fede» — veniva notificata all'Europemballage il 14 dicembre 1971 e alla Continental Can, per posta, nel corso dello stesso mese. Essa veniva inoltre comunicata ai legali delle ricorrenti, nella versione tedesca, il 20 dicembre 1971.

Contro tale decisione è diretto il presente ricorso, depositato in cancelleria il 9 febbraio 1972.

3. Nell'atto introduttivo, e inoltre con atto successivo depositato in cancelleria il 23 febbraio 1972, le ricorrenti hanno chiesto, in forza dell'art. 185 del trattato CEE, la sospensione dell'esecuzione dell'art. 2 della decisione impugnata. Sentite le parti, il presidente della Corte ha respinto questa domanda con ordinanza 21 marzo 1972.

Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte ha deciso di passare alla fase orale, dopo aver invitato le parti a rispondere entro il 1° settembre 1972 ad un certo numero di quesiti.

Le parti hanno svolto le loro difese orali nell'udienza del 20 settembre 1972.

L'avvocato generale ha presentato le sue conclusioni nell'udienza del 15 novembre 1972.

## II — Conclusioni delle parti

Le *ricorrenti* concludono che la Corte voglia:

- 1) Annullare la decisione 9 dicembre 1971 (IV/26811 — Europemballage) con cui la Commissione
  - a) ha constatato che la Continental Can Company, Inc., con sede in New York — acquistando attra-

verso la sua affiliata Europemballage Corporation l'80 % delle azioni e obbligazioni convertibili della Thomassen & Drijver-Verblifa NV, con sede in Deventer — ha violato l'art. 86 del trattato CEE,

- b) ha obbligato la stessa a porre fine a tale violazione e a sottoporle a tale scopo delle proposte entro il 1° luglio 1972.
- 2) Condannare la Commissione a risarcire alle ricorrenti, a norma dell'art. 73, lettera b), del regolamento di procedura, le spese loro occasionate dal procedimento.

La *convenuta* conclude che la Corte voglia:

Respingere il ricorso e porre le spese a carico delle ricorrenti.

## III — Mezzi e argomenti delle parti

I mezzi e gli argomenti delle parti si possono riassumere come segue:

### A — Osservazioni generali

Le *ricorrenti* sostengono che il procedimento in esito al quale è stata adottata la decisione impugnata presentava talune irregolarità, i cui effetti si sono estesi alla decisione stessa:

— In primo luogo, la motivazione della comunicazione degli addebiti — notificata dalla Commissione agli interessati il 15 marzo 1971 — era inadeguata, in quanto la Commissione si limitava a formulare la propria tesi sul piano giuridico, senza cercare affatto di motivarla.

— Inoltre, la decisione adottata ripete in sostanza gli addebiti formulati nella suddetta comunicazione della Commissione, senza ribattere alla risposta cui detta comunicazione aveva dato luogo il 9 agosto 1971, e senza indicare i motivi sui quali sarebbe basata la tesi giuridica della Commissione.

— Infine, questo modo di procedere non corrisponde alla vera natura dell'audizione orale contemplata

dall'art. 7 del regolamento 99/63: nella fattispecie detta audizione è stata inadeguata, in quanto la Commissione si è limitata a contestare la versione dei fatti data nella risposta 9 agosto 1971, senza che i suoi rappresentanti o quelli delle altre autorità presenti facessero alcuna domanda.

Sottolineando che spetta alla Commissione fornire le prove e indicare i motivi che possono giustificare gli addebiti, le ricorrenti si richiamano al testo della suddetta risposta, precisando che il richiamo è fatto ad abundantiam, per il caso che il contenuto del documento non fosse superato dagli argomenti svolti nel ricorso.

La *convenuta* oppone sostanzialmente che:

- La comunicazione degli addebiti soddisfa le condizioni enunciate dall'art. 4 del regolamento 99/63, dal momento che indica in modo chiaro — seppure conciso — i principali fatti sui quali essa è fondata. La Commissione non si è limitata alla descrizione di tali fatti, ma ha inoltre spiegato come il gruppo Continental occupi una posizione dominante e abbia sfruttato abusivamente tale posizione col procedere all'acquisto della maggior parte delle azioni della TDV.
- In un procedimento amministrativo ai sensi del regolamento 17/62, la Commissione non è tenuta a motivare la reiezione dei mezzi dedotti dagli interessati. Del resto, la decisione si discosta in più punti, a favore delle ricorrenti, dalla comunicazione degli addebiti del 15 marzo 1971.
- Secondo l'art. 7 del regolamento 99/63, l'audizione ha unicamente lo scopo di consentire agli interessati di completare o sviluppare oralmente le osservazioni scritte già presentate in forza dell'art. 5. Poiché le ricorrenti avevano presentato osservazioni scritte molto particolareggiate, i rappresentanti della Commissione e degli Stati membri non avevano avuto bisogno di fare alcuna domanda in occasione dell'audizione del 21 set-

tembre 1971. D'altra parte, la Commissione ha adottato la decisione impugnata solo in seguito ad un esame approfondito degli addebiti, della risposta 9 agosto 1971 e del verbale dell'audizione.

#### B — Critiche relative al procedimento

Le *ricorrenti* denunciano un certo numero d'irregolarità formali commesse dalla Commissione, le quali basterebbero a rendere nulla la decisione impugnata:

- mancanza della «notifica» della decisione impugnata alla Continental, almeno per la via normale, che è quella diplomatica, in quanto la Continental ha ricevuto nel dicembre 1971 soltanto una o due lettere della Commissione inviatele per posta, lettere che per consiglio dei suoi legali essa ha respinto al mittente;
- indicazione inesatta, nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dell'8 gennaio 1972, del procedimento iniziato contro la Continental, in quanto il testo francese della decisione reca la menzione «Europemballage Corporation»;
- infrazione delle norme sul regime linguistico (art. 3 del regolamento del Consiglio n. 1; GU 1958, n. 17), in quanto la Commissione ha indicato la versione francese della decisione come quella facente fede, mentre il legale dell'Europemballage, autorizzato a rispondere alla comunicazione degli addebiti della Commissione, aveva precisato, nella lettera che accompagnava la risposta, che faceva fede la versione tedesca di questo documento;
- violazione del principio del contraddittorio, poiché l'art. 2 della decisione impugnata riguardava la Continental, mentre la comunicazione degli addebiti della Commissione (inviata soltanto all'Europemballage) non è stata notificata alla suddetta impresa, che perciò non è stata in grado di far conoscere il proprio punto di vista ai sensi dell'art. 19, n. 1, del regolamento 17/62;

— eccesso di potere da parte della Commissione, in quanto gli artt. 1-3 della decisione impugnata riguardano la Continental che, non avendo la propria sede e non esercitando alcuna attività nel territorio degli Stati membri, non è soggetta, secondo i principi generali del diritto internazionale, all'autorità della Commissione, né alla giurisdizione della Corte di giustizia.

La *convenuta* oppone quanto segue:

- Il diritto comunitario non richiede che la notifica venga fatta per via diplomatica. D'altra parte, anche qualora la notifica dell'atto impugnato fosse viziata, un vizio del genere non giustificerebbe la domanda d'annullamento formulata dalle ricorrenti.
- La designazione del procedimento nella Gazzetta ufficiale non è decisiva ai fini della validità della decisione impugnata. È incontestabile, d'altra parte, che la Continental va considerata come l'acquirente indiretta e l'Europemballage come l'acquirente diretta della maggioranza delle azioni della TDV.
- Poiché la Continental ha sede in un paese terzo, ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 1, la Commissione poteva scegliere una delle quattro lingue ufficiali della Comunità. Essa ha scelto il francese perché, fra l'altro, l'Europemballage, che aveva acquistato le azioni TDV per conto della Continental, possiede un ufficio a Bruxelles ed ha a sua volta redatto in francese la risposta agli addebiti della Commissione.
- La tesi secondo cui la Continental non è stata posta in grado di far conoscere il suo punto di vista in merito agli addebiti formulati dalla Commissione è smentita da vari fatti caratteristici del procedimento litigioso, e di cui è fatta menzione nel fascicolo, nonché dalle conclusioni che si possono trarre da una dichiarazione fatta dal sig. Charles B. Stauffacher, «Vice-Chairman of the Board of Continental Can Company» e

«Chairman of the Board of Europemballage Corporation», in occasione dell'audizione del 21 settembre 1971.

- Anche attenendosi ad una rigida applicazione del cosiddetto principio della «territorialità», non vi è alcun dubbio che gli Stati (come pure la Comunità) hanno la facoltà di applicare la propria legislazione agli atti compiuti nel territorio in cui essi esercitano la propria sovranità, indipendentemente dalla nazionalità degli autori di tali atti. La Continental ha per l'appunto agito nell'ambito della Comunità tramite un'affiliata che, pur avendo personalità giuridica distinta, era tuttavia priva di qualsiasi autonomia sul piano economico.

Le *ricorrenti* insistono sulla «incompetenza» della Commissione nei confronti della Continental, sostenendo che non si può imputare alla suddetta impresa il comportamento della sua affiliata, senza violare il principio fondamentale dell'autonomia inerente alla personalità giuridica. D'altra parte la persona giuridica che avrebbe commesso l'asserito abuso (Europemballage) non è la stessa che occuperebbe la posizione dominante (SLW).

La *convenuta* obietta che questi argomenti sono basati su una concezione formalistica. Tenuto conto dello scopo per cui la Continental ha creato l'Europemballage e del fatto che questa, pur avendo personalità giuridica, non aveva alcuna indipendenza economica, non si può prendere in considerazione la personalità giuridica dell'Europemballage ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza. Da un telegramma inviato dalla Continental alla Commissione in data 14 aprile 1970 risulta, del resto, che l'Europemballage non era ancora completamente organizzata quando, nel marzo 1970, aveva pubblicato la sua offerta d'acquisto. Essa non aveva quindi, a quell'epoca, alcun rappresentante che, almeno in teoria, avesse potuto rifiutare di seguire le istruzioni impartite dalla società madre. Né d'altra parte si può negare che la SLW, la quale occupa

una posizione dominante sul mercato tedesco, si trova sotto il controllo diretto dell'Europemballage e indiretto della Continental.

Infine, sono inesatti, nella memoria dell'avv. Loyrette, i riferimenti alla situazione giuridica esistente negli Stati membri per quanto riguarda il problema dell'imputabilità del comportamento di un'affiliata alla società madre, se si tiene conto della soluzione che questo problema ha trovato in Germania, nei Paesi Bassi e nel Belgio. Quanto alla legislazione americana antitrust, da essa risulta che le imprese la quali costituiscono un'unità economica vanno considerate come un'unità anche dal punto di vista giuridico, pur se ciascuna di esse ha personalità giuridica distinta.

La convenuta si oppone infine al deposito, da parte delle ricorrenti, di una memoria redatta dal legale della Continental a New York, sig. Helmer Johnson. La memoria non può essere presa in considerazione in quanto, in primo luogo, il suo autore non possiede i requisiti di cui all'art. 17 del protocollo sullo statuto della Corte e, inoltre, perché non sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. 29, § 3, del regolamento di procedura. Ferme restando queste obiezioni, essa osserva che gli argomenti sviluppati dal sig. Johnson sul problema della «competenza» si basano su nozioni proprie del diritto americano, estranee all'applicazione del diritto comunitario, per la quale è sufficiente che il comportamento litigioso abbia prodotto effetti nell'ambito del mercato comune.

### C — Critiche relative al merito

Il dibattito fra le parti per quanto riguarda il merito della controversia verte sui problemi giuridici connessi all'interpretazione dell'art. 86 del trattato ed alla sua applicazione alle concentrazioni d'impresa, nonché sui fatti sui quali è basata la decisione impugnata.

1. L'interpretazione dell'art. 86: «posizione dominante» e «sfruttamento abusivo» di una posizione dominante

Le ricorrenti sostengono che la nozione

di sfruttamento abusivo della posizione dominante accolta dalla Commissione (parte II, lettera C, n. 23) deriva da una concezione giuridica il cui scopo è quello di fare dell'art. 86 del trattato uno strumento di controllo delle concentrazioni, in spregio al contenuto e alla portata degli obiettivi di detta norma.

Questa concezione è incompatibile coi risultati di un'analisi obiettiva dell'art. 86, effettuata in base a vari criteri d'interpretazione:

— Già dal tenore letterale di questo articolo risulta, infatti, ch'esso non riguarda il sorgere o l'affermarsi di posizioni dominanti, né i fatti che possano ostacolarle o eliminarle. Nei lavori preparatori del trattato nulla si trova che possa smentire questa constatazione. Inoltre, il raffronto fra il trattato CECA e il trattato CEE consente di rilevare che, mentre l'art. 85 del trattato CEE corrisponde sostanzialmente all'art. 65 del trattato CECA, l'art. 66 di quest'ultimo non è stato riprodotto dall'art. 86 del trattato di Roma se non per la parte relativa alla «posizione dominante» (n. 7). Qualora il legislatore avesse voluto istituire, anche nell'ambito del trattato CEE, un controllo sulle concentrazioni e il potere di eliminarle, gli sarebbe stato facile includere nel testo del trattato disposizioni analoghe a quelle dei nn. 1 — 6 dell'art. 66 del trattato CECA.

Col cercare di raggiungere un risultato determinato nel campo della politica della concorrenza, la Commissione ha perciò ampiamente superato i limiti di un'interpretazione teleologica o dinamica. Per giustificare lo scopo da essa perseguito, la Commissione non può richiamarsi all'art. 3, lettera f), del trattato CEE, in quanto la norma giuridica enunciata da questo articolo è una norma programmatica, che gli autori del trattato hanno concretato, all'art. 86, vietando unicamente talune forme di sfruttamento abusivo della posizione dominante, senza prendere in considerazione il fenomeno strutturale del sorgere o dell'affermarsi di una posizione del genere.

— Queste conclusioni sono confermate dall'analisi degli elementi costitutivi dell'

art. 86. Definendo, nella decisione, le nozioni di «posizione dominante» e di «sfruttamento abusivo di posizione dominante», la Commissione ha sottoposto il relativo fenomeno a una distinzione che non è contemplata dall'art. 86. Essa sostiene che esistono due fasi di «dominio»: la prima consente «comportamenti indipendenti», la seconda consiste nel rafforzamento della posizione dominante, con eliminazione della concorrenza potenziale o effettiva ancora esistente, e con questa seconda fase essa identifica la nozione di «sfruttamento abusivo».

La prima fase corrisponde semplicemente alla capacità dell'imprenditore di esercitare una sostanziale influenza sull'andamento del mercato, il che costituisce la naturale tendenza di qualsiasi impresa ed è tipico dell'economia di mercato. Essa è perciò ignorata dall'art. 86. È solo la seconda fase che corrisponde all'ipotesi in cui la potenza economica raggiunge il grado necessario sufficiente per realizzare la nozione di «posizione dominante». Identificando arbitrariamente questa fase con l'ipotesi di «sfruttamento abusivo», la Commissione non ha tenuto conto del significato né della struttura dell'art. 86 del trattato.

Essa è quindi giunta ad una concezione errata delle nozioni di posizione dominante e di sfruttamento abusivo di questa, ed altresì alla loro errata applicazione al caso in esame.

#### a) Posizione dominante

La nozione di «posizione dominante», qual è definita dalla decisione litigiosa (parte II, lettera B, n. 3), ha, secondo le ricorrenti, portata puramente teorica. In primo luogo essa è fondata su un criterio non realistico, che difficilmente può essere sottoposto a controllo giurisdizionale. Nella fattispecie, la decisione litigiosa non prova in alcun modo l'esistenza di «comportamenti indipendenti», quali prezzi eccessivi, rarefazione della merce, deterioramento della qualità. D'altra parte, anche supponendo che la tesi della Commissione sia esatta, dovrebbe essere provato che il gruppo Continental sia in grado di aumentare i propri profitti o,

almeno, di mantenerli allo stesso livello senza dover tener conto dei propri concorrenti. Ora, è avvenuto per l'appunto il contrario in quanto, dopo l'acquisto delle azioni TDV, l'utile netto della SLW nel 1971 è diminuito rispetto al 1969.

Inoltre, l'unico elemento concreto dedotto dalla Commissione a sostegno degli addebiti riguarda la partecipazione al mercato di questa società. Tuttavia, anche ammesso che questo fattore sia stato valutato in modo corretto, esso non basta a provare l'esistenza di una posizione dominante, poiché non fornisce alcuna indicazione quanto all'effettiva libertà d'azione di cui dispone l'impresa. L'esistenza o il mantenimento di una posizione dominante non dipendono necessariamente dalla parte di mercato spettante ad una determinata impresa, bensì da vari elementi atti a caratterizzare, in qualsiasi momento, il mercato di cui trattasi. Dato il maggiore dinamismo della tecnica e dei mercati attuali, una posizione dominante può modificarsi, al giorno d'oggi, fino a scomparire ancor più rapidamente dei limiti materiali e geografici del mercato in cui essa sarebbe stata riscontrata.

D'altra parte, per provare l'esistenza di una posizione dominante — il che presuppone la necessità di delimitare il «mercato di cui trattasi» — non dovrebbero essere presi in considerazione prodotti diversi da quelli di cui è causa, ma se ne dovrebbe tener conto nell'ambito della concorrenza dei prodotti di sostituzione.

La *convenuta* oppone che l'applicazione dell'art. 86 al caso in esame è senz'altro basata su dati reali che le ricorrenti non possono contestare. È inesatto che nella fattispecie l'esistenza di una posizione dominante avrebbe dovuto essere provata in base ai «comportamenti» indicati dalle ricorrenti. Pratiche del genere costituiscono infatti ipotesi di «sfruttamento abusivo» della posizione dominante. D'altra parte, l'argomento tratto dall'andamento degli utili della SLW non è atto a mettere in dubbio l'esistenza di una posizione del genere. Se nel 1971 gli utili della SLW fossero veramente diminuiti, non

si vede perché la Continental abbia recentemente offerto ai liberi azionisti della SLW ancora esistenti, che detengono il 14 % circa del capitale in azioni, l'acquisto di tali azioni al 375 %.

Le *ricorrenti* replicano che l'acquisto delle restanti azioni della SLW è stato deciso dalla Continental allo scopo di chiarire i suoi rapporti con gli azionisti di minoranza. In proposito la *convenuta* osserva che non basta produrre delle cifre per provare un «declino dei profitti»; a tal fine è invece necessario tener conto di numerosi fattori relativi a più di un esercizio.

*b) Sfruttamento abusivo di posizione dominante*

Le *ricorrenti* criticano poi la nozione di «sfruttamento abusivo» accolta nella decisione impugnata (parte II, lettera C, nn. 23 e 24), nozione che sarebbe fondata su un'errata interpretazione dell'art. 86.

Quest'articolo elenca, al secondo comma, i vari comportamenti delle imprese che si considerano abusivi. Benché dall'espressione «in particolare» risulti che questo elenco non è tassativo, tuttavia le ipotesi enumerate in una disposizione normativa, anche a titolo di esempio, rivelano l'intenzione del legislatore ed indicano implicitamente il tipo di situazioni alle quali esso intendeva riferirsi.

Nella fattispecie, dall'enumerazione risulta che il *tipo* di pratiche contemplate dall'art. 86 corrisponde ai *comportamenti che hanno effetti diretti sul mercato*.

Questa conclusione vale anche per il caso di cui alla lettera b) dello stesso comma. L'espresso riferimento agli effetti sfavorevoli che i comportamenti possono avere per i consumatori, dimostra ch'essi non possono essere semplicemente ricondotti a pratiche interne dell'impresa o di carattere strutturale. Non è certo escluso che l'espressione «in particolare» riguardi ipotesi in cui una concentrazione è stata realizzata a causa della pressione esercitata da un'impresa che si serve a tal fine della sua posizione dominante. Qualora tuttavia, come nella fattispecie, la concentrazione sia stata resa possibile,

senza alcuna pressione, dall'offerta fatta agli azionisti di acquistare i loro titoli a prezzi favorevoli, non si può parlare di comportamento abusivo.

D'altra parte, a prescindere da queste considerazioni, l'art. 86 del trattato richiede almeno l'esistenza di un *nesso di causalità* fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo. Stando così le cose, la Continental non potrebbe essere perseguita per violazione dell'art. 86 se non qualora risultasse ch'essa si è servita della pretesa posizione dominante della SLW nella Repubblica federale di Germania allo scopo di acquistare le azioni della TDV nei Paesi Bassi. Una siffatta connessione manca tuttavia nella fattispecie, il che implica che non si è fatto uso di una posizione dominante ai sensi dell'art. 86. La Continental avrebbe potuto acquistare le azioni della TDV sul mercato dei capitali senza avere il controllo della SLW, e anche a prescindere dall'esistenza di questa impresa. Inoltre, non sarebbe stato neppure possibile nella fattispecie servirsi di una tale posizione sul mercato dei prodotti in questione.

Così pure, dalla definizione di posizione dominante data dalla stessa decisione, nonché dal nesso di causalità di cui sopra, risulta che lo sfruttamento abusivo deve esercitarsi sullo *stesso mercato* dominato, o, al massimo, sul mercato dei prodotti analoghi. Neppure questo presupposto ricorreva nella fattispecie.

La Continental, infatti non ha acquistato le azioni della TDV né sul mercato dei prodotti rispetto ai quali vi sarebbe stata, secondo la Commissione, posizione dominante in Germania, né sul mercato tedesco di altri prodotti dell'industria degl'imballaggi. D'altra parte, anche nei Paesi Bassi l'acquisto delle azioni della TDV non riguardava i prodotti, bensì unicamente azioni e obbligazioni. L'acquisto litigioso ha avuto luogo quindi, per quanto riguarda sia l'oggetto sia i limiti geografici, in un mercato diverso da quello che si considera dominato.

La *convenuta* è d'accordo nel ritenere che l'art. 86 del trattato non offra il fondamento necessario per intervenire con efficacia *in anticipo* in un processo di

concentrazione. Tuttavia, la decisione impugnata nulla ha a che vedere col problema del controllo preventivo delle concentrazioni ai sensi dell'art. 66 del trattato CEEA: le osservazioni formulate al riguardo dalle ricorrenti non sono quindi pertinenti.

La convenuta non vede, inoltre, donde le ricorrenti abbiano potuto trarre le loro conclusioni circa le intenzioni del legislatore al momento dell'elaborazione dell'art. 86 del trattato, in quanto i lavori della conferenza intergovernativa che nel 1956/1957 si è occupata della redazione del testo del trattato non sono stati pubblicati. In realtà, il contenuto e i limiti dell'art. 86 possono essere precisati unicamente in base a considerazioni di ordine esegetico e tenuto conto degli obiettivi fondamentali della Comunità. Il metodo d'interpretazione seguito dalla Commissione è conforme alla natura del trattato che, in quanto trattato-quadro, attribuisce alla Commissione il compito di vegliare sulla sua applicazione sotto il controllo giurisdizionale della Corte, allo scopo di garantire il regolare funzionamento e lo sviluppo del mercato comune.

La nozione di sfruttamento abusivo non è definita nell'art. 86. La Commissione ritiene quindi necessario tener conto anzitutto degli obiettivi e delle finalità posti alla Comunità dal trattato, per prendere poi in considerazione gli esempi di comportamento abusivo indicati dallo stesso art. 86.

Risulta dall'art. 2 del trattato che la Comunità ha fra l'altro il compito di promuovere, mediante l'instaurazione del mercato comune, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'intera Comunità e un sempre più rapido miglioramento del tenore di vita negli Stati membri. A tal fine, le parti contraenti hanno ritenuto assolutamente necessario garantire il rispetto di un efficace regime di concorrenza (art. 3, lettera f) del trattato). Nell'ambito di un sistema del genere, la nozione di abuso è legata all'esistenza di un comportamento «obiettivamente» illecito, da parte di un'impresa, rispetto alle finalità del trattato. L'esi-

stenza «obiettiva» di tale comportamento è sufficiente a dar luogo ad un abuso, in contrasto col trattato; la nozione di sfruttamento abusivo di posizione dominante, di cui all'art. 86, non implica quindi contravvenzione alle regole del buon costume o della morale. È irrilevante, ad esempio, il fatto che le ricorrenti abbiano pagato, come esse sostengono, un adeguato prezzo d'acquisto agli azionisti della TDV. Il vero problema consiste nello stabilire se le ricorrenti abbiano praticamente eliminato, con tale acquisto, la concorrenza effettivamente o teoricamente esistente per questi prodotti fra la TDV e la SLW, alla data dell'operazione litigiosa.

Questo comportamento può essere tenuto nei confronti sia di concorrenti (reali o potenziali), sia di fornitori e di consumatori. Come si desume dall'art. 86, lettera b), è infondata la tesi secondo la quale il divieto di cui all'art. 86 riguarda solo determinati comportamenti abusivi sul mercato. Gli esempi di comportamento abusivo indicati dalla suddetta norma non riguardano comportamenti sul mercato, bensì provvedimenti interni di un'impresa. Tuttavia il trattato impone restrizioni alle imprese che occupano una posizione dominante, anche in merito ai provvedimenti interni, al fine di tutelare i consumatori da eventuali danni. È sufficiente in proposito, perché si possa presumere l'abuso, che il comportamento abbia effettivamente prodotto effetti dannosi per i consumatori.

Le ricorrenti si basano del resto su un concetto errato di *nesso di causalità* ai sensi dell'art. 86, in particolare per quanto riguarda l'assunto secondo cui lo sfruttamento abusivo della posizione dominante dovrebbe aver luogo sul mercato stesso in cui l'impresa occupa una tale posizione.

Il fatto dello sfruttamento abusivo della posizione dominante può essere stabilito solo in relazione alla situazione creatasi sul mercato sul quale l'impresa dominante esercita la sua attività.

La convenuta conclude precisando che, poiché il mercato in questione si estende dal Benelux almeno fino al nord e al

centro della Repubblica federale di Germania, lo sfruttamento abusivo della posizione dominante pregiudica il commercio fra Stati membri ai sensi dell'art. 86 del trattato.

Le *ricorrenti* replicano che, in pratica, la situazione dell'impresa interessata è ancor meno favorevole nel caso di un controllo a posteriori che in quello di un controllo preventivo, tanto più che l'art. 86 del trattato CEE, contrariamente all'art. 85, n. 3, dello stesso trattato e all'art. 66 del trattato CECA si limita al puro e semplice divieto di sfruttamento abusivo della posizione dominante, senza contemplare alcuna possibilità di deroga.

Inoltre, nella fattispecie la Commissione deve accertare se vi sia stato un abuso di posizione dominante, cioè un comportamento illecito implicante un danno nei confronti dei fornitori, dei concorrenti o dei clienti. Essa non può «eludere» questa nozione di abuso, richiamandosi unicamente a nozioni tanto vaghe come «gli obiettivi del trattato».

D'altra parte, la stessa convenuta ha ammesso che è indispensabile che il comportamento dell'impresa dominante si traduca in un effettivo danno per i consumatori, il che per l'appunto non si è verificato nella fattispecie. Così pure l'art. 86, lettera b) presuppone l'esistenza «effettiva», non già teorica, di tale danno. La Commissione, qualora intendesse applicare indirettamente questa norma, non potrebbe far valere la tesi secondo cui l'acquisto dei titoli TDV costituisce una «limitazione della produzione, degli sbocchi...», poiché sia la produzione d'imballaggi metallici, sia il suo progresso tecnico a prezzi sempre più favorevoli, si sono sviluppati in Europa, grazie alla Continental, a vantaggio dei consumatori. Qualora invece la Commissione intenda riferirsi all'art. 86, lettera b) a titolo di esempio, essa non può continuare a ravvisare nella situazione ivi prospettata un caso di «provvedimenti interni dell'impresa», in quanto dall'espressione «a danno dei consumatori», inserita in questo articolo, risulta chiaramente che il comportamento qualificato come sfruttamento abusivo della posizione dominan-

te deve realizzarsi sul mercato in cui si trova per l'appunto il consumatore.

Le *ricorrenti* sostengono infine che l'origine della tesi sostenuta dalla Commissione possa trovarsi:

- in un'errata concezione di partenza in materia d'interpretazione, che avrebbe indotto la Commissione ad interpretare le norme litigiose del trattato secondo i principi delle leggi americane anti-trust, che differiscono tuttavia per le fonti, lo spirito e lo sviluppo, dal diritto della concorrenza voluto dai sei Stati membri della Comunità;
- come pure in taluni studi teorici sulla concorrenza, ch'esse esaminano brevemente.

A sostegno delle loro tesi le *ricorrenti* citano una parte della dottrina, e concludono denunciando la manifesta contraddizione fra il divieto posto alla concentrazione di grosse imprese e la politica industriale sostenuta dalla Commissione, dal Parlamento europeo e dal Comitato economico e sociale.

Nella controreplica, la *convenuta* contrasta la tesi delle *ricorrenti* secondo cui la situazione delle imprese sarebbe, in regime di controllo a posteriori, più sfavorevole che non in caso di controllo preventivo delle concentrazioni.

Esse perdono di vista che, secondo l'art. 66 del trattato CECA, qualsiasi concentrazione è soggetta ad una previa autorizzazione, di guisa che la libertà d'azione delle imprese è più limitata sotto questo regime che non qualora le autorità possano intervenire in un secondo momento per esigere a posteriori che la concentrazione venga sciolta. D'altra parte, il diritto comunitario consente alle imprese di conoscere in qual modo la Commissione potrà valutare un determinato comportamento, grazie alla possibilità ch'esso offre loro di chiedere un attestato negativo, ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 17/62.

La convenuta precisa inoltre il suo punto di vista cercando, nel silenzio dei testi, di definire la «portata dell'art. 86, in base agli esempi ivi indicati al n. 2, e in particolare a quello che figura alla lettera b)».

Quest'ultimo esempio mostra, a suo avviso, che anche i provvedimenti cosiddetti «interni», cioè comportamenti che non si esplicano direttamente sul mercato, presentano gli estremi dello sfruttamento abusivo e sono perciò vietati, qualora rechino pregiudizio ai consumatori. Ciò per evidenti motivi: il fatto che una o più imprese occupino una posizione dominante implica una limitazione della concorrenza ed una grave menomazione della libertà dei consumatori in materia d'approvvigionamento. L'art. 86 vieta per l'appunto di abusare della dipendenza in cui i consumatori vengono così a trovarsi rispetto alle suddette imprese. Il danno arrecato ai consumatori diventa ancor più grave quando un'impresa dominante, in seguito alla fusione coi superstiti concorrenti, limita ulteriormente la libertà di scelta dei consumatori. Ciò vale soprattutto nel caso in esame in cui le ricorrenti, effettuando la concentrazione con l'ultimo concorrente di rilievo, avevano praticamente eliminato la concorrenza che ancora poteva sussistere nel mercato in questione.

D'altra parte, in base alla clausola generale dell'art. 86, 1° comma, interpretata alla luce degli esempi enunciati al 2° comma, è legittimo concludere che l'art. 86 vieta alle imprese in posizione dominante dei comportamenti che sono permessi ad un'impresa «normale». Questi comportamenti, anche qualora siano tenuti da un'impresa normale, non sono certo da considerare conformi alle finalità del trattato; essi sono tuttavia meno dannosi per i partners commerciali, per i concorrenti e per i consumatori, in quanto l'impresa in questione, essendo esposta alla pressione della concorrenza, rischia a lungo andare di perdere la sua clientela a vantaggio di altre imprese. Questo rischio, invece, non minaccia l'impresa in posizione dominante. In ragione dell'esistenza di questa, una «limitazione della produzione, degli sbocchi . . .» ha la conseguenza di danneggiare direttamente i consumatori, che non hanno alcuna possibilità, o solo possibilità limitate, di rivolgersi ad altre imprese.

Così pure, la concentrazione di due piccole imprese fino ad un certo momento concorrenti può implicare una rilevante limitazione della concorrenza, ma non porta tuttavia all'eliminazione completa di qualsiasi capacità di concorrenza, in quanto lascia ai partners commerciali e ai consumatori un sufficiente margine di libertà d'azione. Se invece la concentrazione fra un'impresa in posizione dominante e il suo ultimo concorrente di rilievo ha l'effetto di eliminare completamente la concorrenza sul mercato, viene esclusa ogni possibilità di scelta.

In base a queste considerazioni, va respinta altresì la tesi delle ricorrenti secondo cui dovrebbe esistere nella fattispecie un *nesso di causalità* fra la posizione dominante e l'acquisto dei titoli TDV, nel senso che detta posizione deve aver costituito il mezzo usato per realizzare un abuso. Benché un siffatto uso della posizione dominante possa essere implicito nelle ipotesi di cui alle lettere a), c) e d) dell'art. 86, questa tesi è insostenibile nei casi indicati alla lettera b) e in quello in esame.

2. I fatti cui si riferisce l'atto impugnato

Le *ricorrenti* sostengono che la motivazione della decisione impugnata è inadeguata, lacunosa o errata, per quanto riguarda sia i *fatti*, sia le *conclusioni* che ne trae la Commissione. La descrizione dei fatti contiene fra l'altro un certo numero di «affermazioni di sfondo» che, nell'osservatore superficiale, potrebbero suscitare l'impressione di una vasta congiura contro il regime della concorrenza. Ora, non si può affatto parlare di un progetto della Continental di riunire tutte le sue partecipazioni europee nell'ambito dell'Europemballage. Del resto, ai fini della soluzione della controversia, ciò che importa non è tanto quello che le ditte Continental e Europemballage abbiano potuto progettare, ma ciò ch'esse hanno fatto.

La *convenuta* oppone che, lungi dall'essere errata o inadeguata, la descrizione dei fatti premessa alle sue conclusioni offre un quadro esatto della reale situazione del mercato. L'immagine sarebbe stata completamente falsata qualora la deci-

sione impugnata non avesse tenuto conto della posizione della Continental nell'industria degli imballaggi, e in particolare sul mercato di tutti gli imballaggi metallici leggeri, nonché della sua importanza economica, finanziaria e tecnica.

Essa insiste inoltre sull'esistenza di un piano della Continental mirante, mediante l'assorbimento delle imprese esistenti, a rafforzare la sua posizione dominante in Europa. In proposito, essa rimanda ad un passo (pagg. 7 e 8) dell'allegato I della replica.

Le ricorrenti e la convenuta contrastano poi su vari punti della motivazione, fra l'altro sui seguenti passi:

a) «I fatti» (parte I della motivazione della decisione)

*Caratteristiche della SLW: lettera B, n. 2*

Le ricorrenti precisano che il numero delle persone occupate presso la SLW, il suo utile netto ed i suoi immobilizzi erano, nel 1971, inferiori a quanto è stato indicato dalla Commissione. Inoltre, quattro degli stabilimenti menzionati nella decisione sono stati chiusi a causa della loro scarsa attività.

La convenuta oppone che i dati contenuti nella decisione corrispondono alla situazione in atto all'epoca degli avvenimenti litigiosi. La riduzione del personale nel 1971 è dovuta probabilmente a misure di razionalizzazione dopo la concentrazione con la TDV.

*Libertà di vendita dei licenziatari della Continental: lettera D, n. 1*

Le ricorrenti sostengono che, contrariamente a quanto viene affermato nella decisione, il titolare della licenza Continental era «sempre», e non solo «in linea di massima», libero di vendere i prodotti oggetto della licenza al di fuori della propria zona. Le difficoltà incontrate dai concorrenti per la vendita dei prodotti oggetto di licenza non dipendono dal sistema delle licenze, bensì dalla diversità dei modelli speciali richiesti dai consumatori nei vari paesi.

Alla precisazione della convenuta secondo cui i titolari della licenza avevano de-

ciso di comune accordo restrizioni della concorrenza, nell'ambito del cosiddetto accordo per lo scambio d'informazioni di cui alla lettera D, n. 4, lettera b) della decisione, le ricorrenti replicano che il sistema dello scambio d'informazioni nulla ha a che vedere con la questione litigiosa.

*Vendite complessive della SLW per quanto riguarda le scatole metalliche: lettera E, n. 4*

Le ricorrenti contestano l'esattezza delle cifre indicate nella decisione impugnata, circa la percentuale di scatole per conserve di carne sul totale delle vendite della SLW. Questa percentuale comprende infatti le scatole per *alimenti per animali*, che costituiscono una categoria a sé, del tutto diversa. Inoltre, per avere un'idea complessiva della situazione della SLW, vanno presi in considerazione, oltre agli imballaggi metallici leggeri, gli altri prodotti dell'impresa nel settore del confezionamento (imballaggi di plastica, di cartone, di carta, macchine ed apparecchi, ecc.). La minore incidenza — rispetto alle cifre indicate dalla decisione — sul totale delle vendite della SLW dimostra che i prodotti cui le cifre si riferiscono non hanno l'importanza loro attribuita dalla Commissione (cfr. allegato 8 del ricorso).

La convenuta precisa che la tabella sulle vendite complessive della SLW e della TDV nel 1969 è basata sulle informazioni fornite alla Commissione dalle stesse imprese. La stessa SLW non ha fatto alcuna distinzione fra scatole per conserve di carne e scatole per alimenti per animali. Queste ultime non rappresentano d'altronde, rispetto alle prime, una categoria particolare o molto diversa. La statistica ufficiale tedesca non contiene alcuna categoria particolare descritta come «scatole per alimenti per animali». Poiché d'altra parte la decisione riguarda solo gli imballaggi metallici leggeri, per i quali le ricorrenti occupano una posizione dominante tramite la SLW, non erano necessarie ulteriori indicazioni. Nella decisione non si afferma affatto che la Continental occupi (tramite l'Europem-

ballage o la SLW o la TDV) una posizione dominante per altri tipi d'imballaggio. I dati riportati nell'allegato II del ricorso confermano del resto che la maggior parte del fatturato della SLW riguarda gl'imballaggi metallici.

Le *ricorrenti* replicano che le scatole per alimenti per animali e le scatole per conserve di carne costituiscono due categorie diverse, che si distinguono in particolare per la loro destinazione. La ragione per cui la SLW non comunica separatamente le cifre relative alle scatole per alimenti per animali è che l'ufficio tedesco di statistica non distingue, né potrebbe distinguere, per ragioni di segretezza, fra queste due categorie.

La *convenuta* replica che le scatole per alimenti per animali non presentano alcuna particolare caratteristica; esse si adattano ad essere riempite con altri prodotti, in particolare conserve di carne destinate all'alimentazione umana. Inoltre, le stesse *ricorrenti* ammettono che la SLW è l'unico produttore di questi imballaggi in Germania. Se si accogliesse la loro tesi, cioè che il mercato di questi prodotti costituisce un mercato particolare, si dovrebbe concludere che le *ricorrenti* occupano su tale mercato una posizione di monopolio.

#### *Partecipazione al mercato della TDV: lettera F*

Le *ricorrenti* precisano che la partecipazione della TDV al mercato olandese delle scatole per conserve di prodotti di carne non è quella indicata dalla Commissione, in quanto le importazioni effettuate dalla CEBAL (Francia) rappresentavano solo una piccola parte delle vendite complessive. Così pure, la percentuale indicata per le scatole per la birra non corrisponde più alla realtà, date le importazioni effettuate dalla Kaiser-Aluminium (Germania) la quale è divenuta, dopo la concentrazione, un forte concorrente sul mercato di questo tipo di imballaggi nei Paesi Bassi. D'altra parte, queste scatole non rientrano nel «mercato di cui trattasi» e nulla hanno a che vedere con le scatole per conserve di carne, dal momento che il tipo di macchinari

necessari per la produzione è diverso nei due casi.

Infine, per quanto riguarda le scatole per conserve di pesci e crostacei, la percentuale indicata dalla Commissione fornisce un'immagine inesatta della realtà, poiché il mercato olandese ha importanza molto limitata in questo settore in cui il fatturato della TDV registra nel 1970 una forte tendenza al ribasso.

La *convenuta* oppone che all'epoca della concentrazione litigiosa la TDV era in pratica, nei Paesi Bassi, l'unico fornitore di scatole per conserve di carne e per la birra. Le importazioni dalla CEBAL e dalla Kaiser-Aluminium erano limitate e in sostanza hanno avuto inizio solo dopo la concentrazione. D'altra parte, per quanto riguarda le scatole per conserve di pesci e crostacei, la TDV è ancora attualmente l'unico fabbricante olandese e, anche qualora questo mercato presenti una certa tendenza a restringersi, questa è completamente compensata dal rapido sviluppo delle vendite di scatole per la birra.

#### *Prodotti di sostituzione: lettera H*

Secondo le *ricorrenti*, l'importanza della concorrenza dei prodotti di sostituzione risulterebbe con maggior chiarezza se, al punto 3 di questa lettera, la decisione indicasse che la birra venduta in piccoli imballaggi viene presentata per il 99 % in bottiglie di vetro, e che gl'imballaggi di vetro sono di uso prevalente per le conserve di frutta, le marmellate, il caffè solubile e gli alimenti per neonati.

La *convenuta* oppone che, essendo universalmente noto che esiste la concorrenza di prodotti di sostituzione — imballaggi di vetro — per numerosi tipi di conserve, sarebbe stato inutile farne speciale menzione. La decisione tuttavia fa espressamente cenno a detta circostanza.

#### *Modifica del tipo d'imballaggio: lettera I*

Secondo le *ricorrenti*, la Commissione ha ommesso d'indicare che la scelta dei consumatori, per quanto riguarda il tipo d'imballaggio, non è determinata dai «vari criteri» elencati nella decisione

stessa, in quanto praticamente tutti i grandi consumatori possono cambiare in qualsiasi momento — come infatti avviene — il tipo dell'imballaggio.

All'obiezione della *convenuta* secondo cui il cambiamento del tipo d'imballaggio implica rilevanti investimenti, determina notevoli difficoltà per le piccole e medie imprese e fa sorgere problemi anche per le grandi imprese, le ricorrenti ribattono presentando una stima delle spese necessarie per l'impianto di una catena di riempimento di recipienti di vetro della capacità di circa 150 recipienti al minuto.

La *convenuta* replica che il passaggio da un tipo d'imballaggio all'altro non è soltanto una questione di spese d'investimento. Le possibilità di cambiamento sono limitate anche dalle caratteristiche dei prodotti da imballare e dalle abitudini dei consumatori.

### 3. Valutazione economica dei fatti sui quali si è basata la Commissione

#### a) La «posizione dominante»

— La partecipazione al mercato della SLW

*Il mercato delle scatole per conserve per i prodotti a base di carne e di pesce: Parte II della motivazione, lettera B, n. 5 e n. 6*

Le *ricorrenti* contestano che la SLW controlli in Germania una parte del mercato delle scatole per *conserve di carne* compresa fra il 70 e l'80 %. Avendo la *convenuta* presentato una tabella a sostegno della sua valutazione, esse replicano che la tabella stessa è inesatta, in quanto non vi figurano le cifre relative ai concorrenti diversi dalla Züchner, né quelle relative alle importazioni. A loro volta esse producono un nuovo conteggio, dal quale risulta che la partecipazione della SLW al mercato delle scatole per conserve di carne è del 65 %.

Inoltre, quanto al mercato delle scatole per conserve di *pesce*, la Commissione non ha considerato che, se i boccali di vetro e i recipienti di plastica rappresentano circa il 30 % delle vendite, e questi ultimi sono in leggero aumento, ciò di-

pende dal fatto che esiste una effettiva concorrenza fra questi prodotti e le scatole di metallo.

All'obiezione della *convenuta* secondo cui non esiste concorrenza, sul mercato delle scatole per conserve di pesce, fra i boccali di vetro e i recipienti di materia plastica, da un lato, e le scatole dall'altro, in quanto essi servono quasi esclusivamente per l'imballaggio di prodotti diversi, le *ricorrenti* replicano che il metallo è usato anche per prodotti non sterilizzati, il vetro per le conserve «propriamente dette».

La *convenuta* oppone che, data la debole posizione degli altri produttori e degli importatori, una partecipazione del 65 % al mercato delle scatole per *conserve di carne* è già sufficiente a far presumere una posizione dominante della SLW su detto mercato. Ma, in realtà, la partecipazione della SLW sembra essere molto più rilevante. Le stime delle ricorrenti sono inesatte, in quanto tengono conto delle scatole importate in Germania, ma non di quelle esportate. Si può supporre che il rapporto importazioni-esportazioni per le scatole per conserve di carne e per alimenti per animali sia pressappoco lo stesso di quello (6/5) indicato dalla decisione impugnata (parte I, lettera J, n. 1) per le scatole aperte di ogni genere, nel 1969.

Quanto al mercato delle scatole per conserve di pesce, la *convenuta* rinvia ad un passo della relazione SLM, per il 1969, dalla quale risulta che la stessa società ha registrato su questo prodotto un aumento del fatturato (cfr. controreplica, pag. 16).

#### *Mercato dei coperchi metallici: Parte II, lettera B, n. 7*

Secondo le *ricorrenti*, è inesatto che la SLW controlli il 50-55 % del mercato tedesco dei coperchi metallici. Inoltre, il mercato dei coperchi metallici presenta caratteristiche che escludono, ancor più chiaramente che nel caso del mercato delle scatole per conserve di pesce e di carne, l'esistenza di una posizione dominante.

In primo luogo la questione del trasporto non ha grande importanza per questi prodotti e, inoltre, le «White Caps» sono fabbricate in circa 47 paesi da licenziatari che non sono tenuti a rispettare limiti territoriali per la vendita dei loro prodotti e che, in effetti, hanno un mercato i cui limiti geografici dipendono solo dalla loro capacità di smercio.

A ciò la *convenuta* oppone una tabella in cifre, basata sulle statistiche ufficiali tedesche per il 1969 e sulle informazioni comunicate dall'interessata, dalla quale risulta che la SLW controlla il 52 % del mercato tedesco dei coperchi metallici per recipienti di vetro (del tipo «Twist-off»).

Per quanto riguarda, d'altra parte, le caratteristiche del mercato, se è vero in teoria che senza particolari difficoltà e senza elevate spese di trasporto si potrebbero far venire in Germania altri coperchi metallici, tuttavia i consumatori preferiscono i coperchi del tipo «Twist-off», per i quali la Continental è titolare di un brevetto e che possono essere fabbricati solo dai suoi licenziatari. La SLW è praticamente la sola impresa che offra in Germania i coperchi «Twist-off», nonché i macchinari necessari per il loro uso, mentre i licenziatari con sede in altri paesi esportano solo eccezionalmente questo tipo di coperchi in Germania.

Le *ricorrenti* replicano che, contrariamente a quanto stimato dalla *convenuta*, la SLW controlla solo il 42 % circa del mercato dei coperchi metallici. La valutazione della Commissione è dovuta ad una lacuna delle statistiche ufficiali tedesche, dipendente da un errore (corretto in seguito) nei dati trasmessi da uno degli stabilimenti SLW.

Esse contestano inoltre il fatto che i licenziatari di altri paesi esportino solo eccezionalmente coperchi del tipo «Twist-off» in Germania. La Metal Box, ad esempio, rifornisce un certo numero di clienti tedeschi, come fa pure «Le Bouchage Mécanique» del gruppo Saint-Gobain. Quanto alla preferenza dei consumatori per i coperchi di questo tipo, essa non può essere posta a carico delle ricorrenti, dal momento che il mercato offre a

sufficienza prodotti di sostituzione per la chiusura dei recipienti di vetro.

La *convenuta* respinge la spiegazione data dalle ricorrenti circa l'inesattezza su questo punto delle statistiche ufficiali e sostiene che, qualora si volesse accettare questa spiegazione, le ricorrenti avrebbero omesso di dichiarare non meno del 46 % della loro produzione di coperchi metallici, il che sembra inverosimile. D'altra parte, le osservazioni delle ricorrenti non si conciliano con la percentuale da esse indicata circa la parte del mercato controllata dalla SLW per i tappi metallici nel loro complesso (cfr. decisione, parte I, lettera F, d). Se la percentuale corrispondente alla produzione di coperchi andasse diminuita secondo le loro spiegazioni, quella relativa alla produzione dei tappi a corona dovrebbe essere aumentata in proporzione, per raggiungere la percentuale complessiva indicata dalla SLW. La percentuale del secondo tipo di prodotti sarebbe quindi notevolmente superiore a quella che, secondo le informazioni raccolte dalla *convenuta*, la SLW ha raggiunto nel 1969.

D'altra parte la decisione impugnata ha già tenuto conto delle importazioni di tappi metallici (compresi i coperchi) in Germania (cfr. parte I, lettere G e J, 1 c). Infine, non viene affatto posta a carico delle ricorrenti la preferenza del mercato per i coperchi del tipo «Twist-off». I recipienti di vetro possono essere chiusi mediante tre tipi diversi di coperchi «Twist-off», «Pano» e «Omnia», ma vengono di volta in volta fabbricati per un determinato tipo di coperchi. La TDV produce i tre tipi suddetti cosicché, tramite questa società, le ricorrenti sono ora in grado di offrire ugualmente i prodotti di sostituzione dei coperchi «Twist-off». All'epoca della concentrazione, la TDV esportava in Germania quantitativi abbastanza rilevanti di coperchi. Nel frattempo, due catene di produzione della TDV per i coperchi «Twist-off» sono state trasferite in questo paese.

*Mercato degli imballaggi metallici per la conservazione di bevande: Parte II, lettera B, n. 8 a) e b)*

Secondo le *ricorrenti* il modo in cui la

Commissione descrive, al punto a), il mercato degl'imballaggi per la conservazione di bevande suscita l'impressione che la posizione della SLW, pur non essendo dominante — nemmeno a parere della Commissione — sul complesso di questo mercato, sia tuttavia molto forte su quello degl'imballaggi metallici. Il fatto di occupare una forte posizione sul mercato delle scatole per la conservazione di birra ed altre bevande non ha però alcun significato, in quanto la birra in piccoli recipienti, ad esempio, è confezionata per il 99 % in bottiglie, come pure, per l'imballaggio del latte fresco, la scatola metallica non trova praticamente impiego (cfr. allegato 9 al ricorso).

Del pari, al punto b), la Commissione cerca manifestamente di far credere che la SLW occupi una forte posizione anche sul mercato degl'imballaggi di plastica per la conservazione del pesce. Essa non tiene conto del fatto che, oltre che in conserva e marinato, questo prodotto viene smerciato soprattutto allo stato fresco, surgelato o affumicato. Inoltre, esso viene spesso presentato in recipienti fabbricati dallo stesso venditore.

La *convenuta* rileva che, secondo la stessa decisione, per la confezione dei prodotti alimentari liquidi vengono usati soprattutto recipienti di vetro. La decisione tuttavia constatata a ragione che, con una percentuale delle vendite come quella indicata, la SLW occupa una forte posizione nel settore degl'imballaggi metallici per le bevande.

La decisione rileva, d'altra parte, al punto b), che la SLW fabbrica anche imballaggi di plastica per vari usi, cosicché essa è in grado di fornire detti imballaggi per le conserve di pesce. Non ha alcun valore l'argomento secondo cui il pesce viene messo in commercio soprattutto allo stato fresco o surgelato; la stessa cosa potrebbe dirsi per la carne, la frutta e i legumi.

Le *ricorrenti* osservano che il problema non consiste nello stabilire se la SLW fosse in grado di fornire anche imballaggi di plastica per conserve di pesce, ma se effettui realmente forniture del genere.

*Offerta dei macchinari e ampiezza del programma di produzione: Parte II lettera B, nn. 9, 10, 11 e 13*

Le *ricorrenti* rilevano che il preteso vantaggio della Continental di fabbricare essa stessa le macchine necessarie alla produzione e all'impiego degl'imballaggi metallici leggeri, non implica che la SLW occupi una posizione dominante sul mercato tedesco. Nessun *cliente* della SLW usa macchine Continental per la fabbricazione di scatole, per la semplice ragione che detti imballaggi sono venduti dalla SLW già pronti per l'uso. I consumatori d'imballaggi che producono essi stessi le confezioni necessarie si servono esclusivamente di macchine fornite da produttori diversi dalla Continental. D'altra parte, presso i clienti della SLW non è in funzione alcuna orlatrice di scatole della Continental.

Quanto poi alla *diversificazione dei prodotti* della SLW, essa risulta in gran parte dalle differenze fra i tipi e le dimensioni dei prodotti fabbricati. Le piccole imprese dispongono, rispetto alla SLW, di una maggiore libertà d'azione, in quanto la loro gamma di produzione è relativamente ampia grazie all'uso di procedimenti semiautomatici, che possono essere facilmente adattati alla fabbricazione di articoli diversi. La SLW è costretta, per non perdere la sua clientela a vantaggio di questi produttori più piccoli, ad offrire prodotti troppo differenziati, senza riguardo al costo di produzione, il che evidentemente non può contribuire a garantirle una posizione di forza sul mercato. Infine, sono infondate in fatto e non provate le conclusioni cui perviene la Commissione ai nn. 10, 13 e 14, riguardo alla posizione occupata dalla Continental sul mercato, fra l'altro in ragione della sua esperienza tecnica e della sua potenza economica e finanziaria.

La *convenuta* oppone che, per l'impresa, il fatto di produrre non solo imballaggi, ma anche le macchine che sono necessarie per la loro fabbricazione e per il loro impiego, contribuisce necessariamente a lungo andare a procurarle un vantaggio tecnologico e, di conseguenza, un vantaggio sui concorrenti che producono so-

lamente imballaggi. Nell'affermare che nessuna orlatrice Continental è in funzione presso i clienti della SLW, le ricorrenti non tengono conto, a quanto pare, del fatto che tanto la SLW quanto la International Machinery Corporation (Belgio) fabbricano dette macchine, su licenza della Continental, per la vendita in Europa. Le ricorrenti non possono del resto negare che i grossi produttori d'imballaggi indicati al punto 10 della motivazione siano licenziatari della Continental e dipendano dal suo «Know-how».

È incontestabile del resto che l'ampiezza del programma di produzione consente alla SLW di offrire ai consumatori quasi tutti i tipi d'imballaggio che si possano desiderare. Essa ha perciò un vantaggio in materia di concorrenza, in quanto, per maggiore comodità, i consumatori preferiscono acquistare presso lo stesso fornitore tutti gli imballaggi di cui hanno bisogno. Infine è incontestabile l'affermazione, contenuta al punto 13, secondo cui la Continental, in ragione delle sue dimensioni, ha più facilmente accesso al mercato internazionale dei capitali che non le imprese più piccole.

Le *ricorrenti* replicano, quanto all'offerta delle macchine, che il numero delle imprese indipendenti produttrici di macchine per imballaggi è abbastanza grande perché si possa escludere che la SLW fruisca a lungo andare di un vantaggio tecnologico e di un vantaggio, nel campo della concorrenza, sulle imprese che producono solamente imballaggi. Quanto alle macchine orlatrici, la SLW non ne produce alcuna su licenza della Continental, mentre vi è un gran numero di concorrenti che offrono queste macchine.

Per quanto riguarda poi il programma di produzione, le ricorrenti osservano che, se può essere vantaggioso per il consumatore rifornirsi presso lo stesso produttore per tutti i tipi d'imballaggio desiderati, importanza decisiva ha tuttavia il fatto ch'essi possano scegliere liberamente il loro fornitore. È esatto che l'Europemballage dispone, grazie alla Continental, di un appoggio finanziario rilevante, ma questa circostanza non la

distingue da altre imprese che svolgono la loro attività sul mercato dell'imballaggio in Europa. L'American Can, la Saint-Gobain e la Metal Box, ad esempio, hanno la stessa possibilità di ricorrere al mercato dei capitali, possibilità che non è quindi una caratteristica particolare del gruppo Continental.

La *convenuta* oppone che non è soltanto vantaggioso, ma anche quasi inevitabile per i consumatori il fatto di rifornirsi presso lo stesso produttore. Per di più, per il riempimento e la chiusura delle scatole, è necessario usare le macchine e gli altri materiali forniti dallo stesso produttore dei recipienti. Molte delle scatole prodotte dal gruppo Continental sono concepite in modo da poter essere riempite e chiuse solo mediante un certo tipo di macchine.

Nel caso in cui questa necessità non derivi da caratteristiche tecniche, le imprese del gruppo Continental la creano artificialmente, fornendo le macchine e gli altri materiali solo in locazione e con la riserva ch'essi vengano usati solo per le scatole di propria produzione. Ciò è quanto risulta, ad esempio, dall'art. 1 b) del contratto-tipo di locazione usato dalla SLW in Germania.

Infine, l'affermazione secondo cui la SLW non fabbrica macchine chiuditrici su licenza Continental è in contrasto con quanto risulta dalla relazione SLW per il 1969 e con quanto accertato nel corso delle indagini, e cioè che su 37 contratti di licenza conclusi con la SLW, 7 riguardavano delle macchine orlatrici «Continental».

*Concorrenza dei prodotti di sostituzione: Parte II, Lettera B, n. 16, a)*

Le *ricorrenti* contestano che non vi sia *intercambiabilità* fra imballaggi metallici leggeri ed altri imballaggi. È inesatto dire che, dopo la chiusura della scatola, il contenuto degli imballaggi metallici può essere sterilizzato o pastorizzato più rapidamente che nel caso dei recipienti di vetro. Nella Repubblica federale di Germania, la frutta è confezionata più spesso in imballaggi di vetro che in irballaggi metallici. Nei Paesi Bassi il latte condensato

non zuccherato si vende praticamente solo in recipienti di vetro. Quando esso è venduto, in Germania, in imballaggi metallici, questi sono generalmente prodotti dallo stesso venditore. Nella Repubblica federale di Germania, inoltre, l'olio e i grassi vegetali sono venduti in imballaggi metallici solo per il 16,9 % mentre i prodotti tecnico-chimici sono messi in vendita principalmente in imballaggi di plastica.

Dopo aver rilevato che le ricorrenti non contestano che le conserve di carne e di pesce siano per lo più confezionate in scatole metalliche, la *convenuta* precisa che la decisione non si riferisce, su questo punto, ad alcun mercato nazionale determinato. Quanto le ricorrenti affermano circa l'imballaggio degli oli e dei grassi da tavola non serve d'altra parte a refutare l'argomento secondo cui l'olio d'oliva è venduto principalmente in imballaggi metallici.

Le *ricorrenti* replicano su quest'ultimo punto che non esiste un mercato particolare dell'olio d'oliva — che rappresenta solo il 5 % delle vendite di oli vegetali — e che anche questo prodotto viene confezionato sia in recipienti di vetro, sia in imballaggi metallici.

#### *Concorrenza dei grossi clienti: Parte II, lettera B, n. 18*

Le *ricorrenti* esprimono innanzitutto il loro stupore per le conclusioni cui perviene la Commissione in questo punto della motivazione. Non si può seriamente sostenere, a loro avviso, che il vantaggio tecnologico e i prezzi favorevoli siano «incompatibili col mercato comune e vietati». Sono questi infatti i motivi per i quali i grossi clienti preferiscono acquistare le scatole dalla SLW e della TDV, mentre grazie alle loro dimensioni potrebbero produrle direttamente.

D'altra parte, come risulta fra l'altro da una relazione della «British Monopolies Commission» del 1970, l'industria delle scatole per conserve, oggi così forte e dinamica in Gran Bretagna, è basata sulla tecnologia importata dagli Stati Uniti. In questo senso, la concessione di licenze è

stata, per i titolari delle stesse, di inestimabile valore.

Le ricorrenti osservano poi che cinque clienti acquistano dalla SLW il 27 % della sua produzione di scatole per conserve di carne, e quattro acquistano presso la stessa società addirittura il 53 % della produzione di scatole per conserve di pesce. Due di questi clienti hanno dimensioni maggiori della SLW e producono direttamente imballaggi destinati ad altri scopi. Vi è quindi una tendenza alla diminuzione del numero dei clienti ed all'aumento della loro percentuale di acquisti presso la SLW, tendenza destinata a manifestarsi finché continuerà ad aumentare l'entità della domanda.

La *convenuta* oppone, per quanto riguarda il primo punto, che questo passo della decisione, lungi dal volere vietare come incompatibili col mercato comune il progresso tecnologico e i prezzi favorevoli, si limita a rilevare obiettivamente gli elementi da cui risulta la posizione dominante sul mercato.

Del resto, non si può sottovalutare l'importanza dei rapporti fra la Continental e i suoi licenziatari europei. Essa viene illustrata in una nota redatta dal sig. P.C. Hietrink riguardo alla riunione del consiglio d'amministrazione della TDV, tenutasi il 15 ottobre 1969.

Quanto al secondo punto, la *convenuta* osserva che, benché il 27 % della produzione di scatole per conserve di carne della SLW sia assorbito da cinque clienti, il restante 73 % viene tuttavia venduto a un gran numero di clienti, cosicché non si può parlare di una posizione di forza dei consumatori in questo campo. Parimenti, per quanto riguarda le scatole per conserve di pesce, settore nel quale la situazione è meno favorevole, non si può dire che il consumatore occupi una posizione particolarmente forte, tanto più che il 47 % della produzione viene venduta ad un gran numero di piccoli acquirenti. Inoltre, le stesse ricorrenti insistono sull'argomento secondo cui il mercato delle scatole per conserve di pesce si restringe ed è praticamente privo d'importanza.

Quanto alla posizione di forza dei clienti della SLW, le *ricorrenti* replicano che la Unilever, per esempio, che è il cliente più importante per la scatole di conserve di carne e di pesce, sarebbe in qualsiasi momento in grado di produrre direttamente gli imballaggi, il che essa fa del resto in altri settori. Perciò, sia la SLW che la TDV possono vendere i loro prodotti alla Unilever solo in quanto soddisfino le esigenze di quest'impresa e non le diano motivo di ripiegare sull'autoproduzione. Le stesse considerazioni valgono nei confronti di altri clienti. Qualora la SLW venisse abbandonata da uno qualsiasi dei suoi cinque grossi acquirenti di scatole per conserve di carne, la produzione dell'impresa sarebbe compromessa, con danno degli altri clienti, o comunque, diverrebbe più cara. A sostegno della loro tesi, la *ricorrenti* indicano le percentuali delle vendite di scatole per conserve di carne effettuate nel 1969 dalla SLW. Quanto alle scatole per conserve di pesce, il fatto che il mercato di questi prodotti si restringe rafforza necessariamente la posizione della clientela.

La *convenuta* replica che in realtà il vantaggio tecnologico della Continental le garantisce una posizione dominante nei confronti dei consumatori, che si espongono a notevoli difficoltà quando tentano di produrre direttamente i propri imballaggi.

Le difficoltà che incontra, secondo le *ricorrenti*, un produttore di scatole che desidera di cambiare il proprio fornitore di banda stagnata (vedi sotto, a proposito del punto C della motivazione) sono ancor più gravi per un consumatore che decida di ripiegare sull'autoapprovvigionamento, in quanto egli è per di più sprovvisto dell'esperienza e delle cognizioni di cui dispone il gruppo Continental per la produzione di scatole tecnicamente impeccabili. Anche un'impresa avente la potenza finanziaria dell'Unilever si trova disarmata di fronte a queste difficoltà. Detta impresa non è, del resto, un consumatore particolarmente importante d'imballaggi metallici, in quanto si serve, per la maggior parte dei suoi prodotti, di altri tipi di confezionamento.

b) *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante*

*Potenziale concorrenza fra la SLW e la TDV: Parte II, lettera C, n. 25*

Le *ricorrenti* sostengono che, se la Commissione annovera il mercato delle scatole per conserve di pesce fra i tre mercati sui quali la SLW avrebbe una posizione dominante, la suddetta categoria di prodotti non può costituire un valido criterio di valutazione nel caso della TDV, in quanto questo tipo di scatole non ha praticamente smercio nei Paesi Bassi.

Inoltre, le affermazioni secondo cui la SLW avrebbe potuto entrare in concorrenza con la TDV nei paesi del Benelux — tramite la Schuybroek (Anversa) — e la TDV con la SLW in Germania — tramite la Tedeco (Amburgo) — sono teoriche e infondate. Anzitutto, la partecipazione della SLW nella Schuybroek è appena del 45 % e quella della TDV nella Tedeco del 50 %. Partecipazioni di questa entità non sono sufficienti per indurre la società parzialmente controllata a vendere prodotti di una società concorrente.

Né si deve dimenticare che la ditta Tedeco, che opera del resto su un mercato diverso (quello dei recipienti di plastica), partecipa anche per il 50 % ad un'impresa americana titolare di un autonomo potere di decisione («Illinois Tool Works»).

In secondo luogo, la concorrenza fra la TDV e la SLW sul mercato tedesco non potrebbe esistere anche in ragione della mancanza di standardizzazione delle dimensioni e dei tipi. Nel settore delle scatole per conserve di carne, la produzione tedesca è quasi interamente destinata al consumo locale, mentre le scatole prodotte dalla TDV rispondono per oltre il 75 % alle esigenze dell'esportazione. Quanto alle scatole per conserve di pesce, i consumatori tedeschi sono stati e sono tuttora contrari alle dimensioni ed ai modelli delle scatole TDV. D'altra parte, la concorrenza fra le imprese in questione sul mercato del Benelux sarebbe ostacolata dal fatto che, a prescindere da altre circostanze, la banda stagnata è

da tempo più cara nella Repubblica federale che nel suddetto mercato. All'obiezione della *convenuta* in merito a quest'ultimo punto, nel senso che un forte consumatore come la SLW potrebbe anche rifornirsi di banda stagnata a prezzi vantaggiosi presso altri produttori della Comunità, fra l'altro dei paesi del Benelux, o addirittura dei paesi terzi (ad esempio il Giappone), le *ricorrenti* oppongono che questa osservazione non è realistica. La moderna tecnologia della fabbricazione di recipienti di latta presuppone infatti rapporti molto stretti fra il fornitore della materia prima e i consumatori. Un cambiamento di fornitore implica costi molto elevati per i produttori d'imballaggi e rende indispensabile un lungo periodo di adattamento. A prescindere da altri fattori, la necessità di questi rapporti fra fornitore e consumatore rende evidente la precarietà dell'offerta da parte di altri paesi, come il Giappone, indipendentemente dalle spese di trasporto.

Del resto, non è solo fra la TDV e la SLW che la concorrenza era praticamente inesistente, oltre le frontiere, prima della loro associazione (né può sorgere attualmente, per ragioni estranee all'associazione stessa), ma non si sono avute né si hanno ordinazioni neppure da altri paesi la cui situazione sarebbe ancora favorevole dal punto di vista dei noli, al meno per una parte dei prodotti di cui trattasi (ad esempio Francia, Danimarca e Gran Bretagna).

D'altra parte la Commissione, se attribuisce tanta importanza alla concorrenza potenziale, avrebbe dovuto tenerne conto anche nella prospettiva dell'allargamento della Comunità, prendendo in considerazione, ad esempio, la Metal Box per i tappi metallici del tipo «White Caps», per i quali la distanza è insignificante, e la Hastrup (Danimarca), per le scatole per conserve di carne, data la vicinanza della Danimarca al mercato in questione. La Commissione si contraddice quando afferma, da un lato, ch'essa non prevede per il futuro una concorrenza effettiva da parte di produttori estranei al gruppo Continental e, dall'altro,

che può sorgere una potenziale concorrenza dallo scioglimento della concentrazione SLW-TDV. Anche la società francese Ferembal, la quale non partecipa agli accordi che secondo la Commissione limitano la concorrenza, esporta pochissimo in Belgio e in Germania, mentre la sua situazione geografica le permetterebbe senz'altro di farlo.

All'obiezione della *convenuta* secondo cui la Ferembal, legata del resto alla Garnaud, pur sforzandosi di penetrare sul mercato tedesco, non riesce ad affermarsi che in alcune regioni della Germania meridionale, le *ricorrenti* replicano ch'esse non vedono perché la Ferembal non potrebbe penetrare ulteriormente su questo mercato poiché, a detta della stessa Commissione, distanze fino a 1 000 km non costituiscono un ostacolo economico per il trasporto d'imballaggi.

La *convenuta* rileva inoltre che, in base al fatturato della TDV per le scatole per conserve di pesce, dal 1967 al 1970, non si può affermare che non esistesse in pratica alcuno smercio di dette scatole nei Paesi Bassi. Essenziale è il fatto che la TDV fabbrica scatole per la conservazione del pesce e che, per detto prodotto, essa avrebbe potuto entrare in concorrenza con la SLW in Germania, tanto più che, nel caso dei piccoli imballaggi, i trasporti sono economicamente vantaggiosi su distanze fino a 1 000 km.

La *convenuta* insiste inoltre sul suo punto di vista quanto all'eventuale concorrenza che avrebbe potuto nascere fra la SLW e la TDV. Essa sostiene che, grazie alla partecipazione della SLW alla ditta Schuybroek e della TDV alla Tedeco, era particolarmente facile a ciascuna delle due imprese di svolgere attività nella «zona» dell'altra. Ciò sembra evidente soprattutto nel caso della Tedeco che, operando per l'appunto su un mercato del tutto diverso da quello della TDV, non era in concorrenza con quest'ultima. D'altra parte, se è vero che la partecipazione della TDV alla Tedeco era solo del 50 %, non men vero è che il restante 50 % corrispondeva ad una partecipazione finanziaria che non esercitava alcuna influenza sulla gestione. Quanto alla

ditta Schuybroek, essa produce solo tappi a corona e scatole «general line», cosicchè solo il 44 % della produzione della SLW corrispondeva a quello della Schuybroek. È quindi concepibile che quest'impresa possa agire sul mercato dei paesi del Benelux almeno per il restante 56 % della produzione della SLW. D'altra parte, la scarsità della concorrenza nell'industria degli imballaggi è dovuta al fatto che le grandi imprese sono tutte titolari di licenze della Continental, e legate fra loro da molteplici rapporti e accordi. Data la superiorità delle grandi imprese, le piccole possono in pratica operare solo sui mercati e per i prodotti per i quali ciò è loro consentito dalle prime. Quanto ad una eventuale concorrenza da parte del gruppo PLM Hastrup, questa impresa (licenziataria della Continental per la Scandinavia) si è astenuta fino a questo momento — probabilmente per le ragioni sopra indicate — dal fare concorrenza alla SLW e alla TDV sul mercato degli imballaggi metallici.

Le *ricorrenti* si oppongono alle considerazioni svolte dalla convenuta riguardo alle conseguenze che il criticato sistema delle licenze avrebbe sul regime della concorrenza nell'industria degli imballaggi. I titolari di licenze della Continental avevano ben altre ragioni per concentrarsi in primo luogo sui rispettivi mercati nazionali e non sono mai state influenzate al riguardo dalla Continental, neppure tramite le licenze. I motivi consistono principalmente nelle caratteristiche tecniche dei prodotti e degli imballaggi, nonché nelle preferenze dei consumatori. Le piccole imprese non svolgono la loro attività solo sul mercato che viene loro «lasciato» dalle ricorrenti, ma sottopongono invece queste ad una pressione concorrenziale, concedendo sconti.

La *convenuta* insiste sul proprio punto di vista e conclude, quanto alla potenziale concorrenza fra la SLW e la TDV, che l'argomento basato sul prezzo della banda stagnata in Germania è un'arma a doppio taglio, in quanto, se la SLW dovesse realmente pagare per la banda stagnata un prezzo più elevato che la TDV,

per quest'ultima sarebbe tanto più facile entrare in concorrenza con la SLW sul mercato tedesco. Essa rileva inoltre che, dalle cifre relative alle importazioni e alle esportazioni tedesche di scatole per conserve (decisione impugnata, parte I, lettera J, 1 c), si desume che sono molto esagerate le affermazioni delle ricorrenti, secondo cui la diversità delle caratteristiche e le preferenze dei consumatori renderebbero praticamente impossibile gli scambi fra paesi diversi, in particolare fra i paesi del Benelux e la Germania. Se le suddette affermazioni fossero esatte, la Continental non avrebbe avuto bisogno dell'accordo per lo scambio d'informazioni né della «commissione commerciale» del 1968 (decisione impugnata, parte I, lettera D, 4 b) e c). Lo scopo di queste iniziative era quello di restringere e di controllare la concorrenza internazionale, sia fra i partecipanti, sia nei confronti dei terzi.

*Produzione propria dei grossi clienti:  
Parte II, lettera C, n. 30, e)*

Secondo le *ricorrenti*, è inesatto che solo i grossi clienti, com'è detto in questo punto della motivazione, avrebbero la possibilità, nei confronti del gruppo SLW-TDV, di produrre essi stessi gli imballaggi loro occorrenti. La ditta belga Talpe — un'impresa di medie dimensioni, produttrice di conserve di verdura — ha cominciato nel 1971 a produrre in proprio tutti i suoi imballaggi.

Poiché la *convenuta* eccepisce che il suo assunto non è indebolito dalla circostanza che una sola impresa di media importanza nell'industria delle conserve abbia preso l'iniziativa di produrre essa stessa scatole per la verdura (senza contare che le scatole per la conservazione della verdura sono, dal punto di vista tecnico, quelle di più facile fabbricazione), le *ricorrenti* oppongono che, per annullare la redditività degli impianti della SLW, è sufficiente che alcuni dei maggiori clienti passino alla produzione propria (per più ampie considerazioni, si veda sopra, a proposito della parte II, lettera B, 18).

## In diritto

- 1 Con ricorso proposto il 9 febbraio 1972, le ricorrenti hanno chiesto l'annullamento della decisione della Commissione 9 dicembre 1971, la quale fa carico alla Continental Can Company Inc. (in prosieguo denominata « Continental » di aver violato l'art. 86 del trattato CEE, in particolare per aver acquistato, tramite la Europemballage Corporation (in prosieguo denominata « Europemballage »), l'80 % circa delle azioni e obbligazioni convertibili dell'impresa Thomassen & Drijfer Verblifa NV (in prosieguo denominata « TDV »).

### A — Sull'irregolarità del procedimento amministrativo

- 2 a) Le ricorrenti sostengono che la decisione impugnata è viziata, in quanto la Continental non ha avuto modo di far conoscere il proprio punto di vista nel corso del procedimento amministrativo, come sarebbe prescritto dagli artt. 19 del regolamento del Consiglio n. 17/62 e 7 del regolamento della Commissione n. 99/63.

La decisione viola quindi i diritti della difesa.

- 3 È assodato che, con lettera 14 maggio 1970 le ricorrenti, tramite il loro legale, hanno chiesto alla Commissione — la quale aveva sino allora inviato alla Continental le sue richieste d'informazioni relative all'acquisto delle azioni e delle obbligazioni TDV — di farle pervenire per il futuro alla Europemballage. Risulta inoltre, dal verbale dell'audizione delle interessate in data 21 settembre 1971, verbale approvato dalle ricorrenti, che all'audizione stessa aveva partecipato il sig. Charles B. Stauffacher, in qualità di membro del consiglio d'amministrazione dell'una e dell'altra ricorrente.

Stando così le cose, si deve ritenere che la Continental aveva avuto modo di esporre il proprio punto di vista nel corso del procedimento amministrativo.

- 4 b) Le ricorrenti sostengono che la comunicazione degli addebiti 15 marzo 1971 è inadeguatamente motivata, poiché la Commissione si sarebbe limitata a formulare gli addebiti, senza indicare le ragioni sulle quali essi erano fondati. La motivazione della decisione sarebbe inadeguata pure perché si limiterebbe a riprodurre la comunicazione degli addebiti 15 marzo 1971, senza tener conto della risposta degli interessati in data 9 agosto 1971, e senza indicare i motivi addebiti.

- 5 Quanto alla prima censura, l'art. 4. del regolamento n. 99/63 stabilisce che nelle sue decisioni, la Commissione può prendere in considerazione solo gli addebiti sui quali il destinatario dell'atto ha avuto modo di manifestare il proprio punto di vista. La comunicazione degli addebiti soddisfa questa condizione quando espone chiaramente, seppure in modo sommario, i fatti essenziali sui quali la Commissione si è basata. Nella comunicazione 15 marzo 1971, la Commissione ha esposto chiaramente i fatti essenziali sui quali essa basava gli addebiti formulati ed ha indicato perché la Continental occuperebbe una posizione dominante e l'avrebbe sfruttata abusivamente. Le critiche mosse alla comunicazione degli addebiti sono quindi infondate.
- 6 Quanto alla seconda censura, la Commissione è tenuta a motivare la propria decisione, senza essere tuttavia obbligata a prendere posizione su tutto quanto è stato dedotto nel corso del procedimento amministrativo.
- 7 c) Le ricorrenti ravvisano un vizio di forma della decisione impugnata nel fatto che il procedimento litigioso è contrassegnato, nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dell'8 gennaio 1972, dal nome «Continental Can Company», mentre il testo francese della decisione, unico facente fede, è intitolato «Europemballage Corporation».
- 8 Questa circostanza, in ragione dei rapporti economici e giuridici esistenti fra la Continental e l'Europemballage, non è atta ad inficiare la validità del provvedimento impugnato.
- 9 d) Le ricorrenti sostengono poi che la decisione litigiosa è viziata in quanto non è stata regolarmente notificata alla Continental. Durante il mese di dicembre 1971, questa avrebbe ricevuto una o due lettere della Commissione inviate per posta, mentre la decisione litigiosa avrebbe dovuto esserle notificata per via diplomatica.
- 10 Ai sensi del trattato, una decisione è debitamente notificata qualora sia stata comunicata al destinatario e questi sia stato in grado di prenderne conoscenza. Ciò è quanto si è verificato nella fattispecie, poiché la Continental ha effettivamente ricevuto comunicazione della decisione litigiosa e non può per rendere inefficace la comunicazione stessa, far valere il proprio rifiuto di prenderne conoscenza.

- 11 e) Le ricorrenti sostengono infine che la Commissione ha violato l'art. 3 del regolamento del Consiglio n. 1/58, relativo al regime linguistico della Comunità economica europea, per aver designato come facente fede la versione francese, anziché quella tedesca, della decisione impugnata.
- 12 A norma dell'art. 3 del suddetto regolamento, gli atti diretti dalle istituzioni della Comunità ad una persona soggetta all'autorità di uno Stato membro sono redatti nella lingua di tale Stato. Poiché le ricorrenti hanno sede in un paese terzo, la scelta della lingua ufficiale per la decisione doveva esser fatta tenendo conto dei rapporti stabiliti da ciascuna ricorrente, nell'ambito del mercato comune, con uno Stato membro della Comunità. L'Europemballage aveva aperto un ufficio a Bruxelles ed aveva redatto in francese le osservazioni scritte nel corso del procedimento amministrativo. In relazione a ciò, la scelta del francese come lingua ufficiale per la decisione non appare in contrasto con l'art. 3 del regolamento del Consiglio n. 1/58.
- 13 I mezzi relativi all'irregolarità del procedimento amministrativo vanno quindi disattesi.

## B — Sulla competenza della Commissione

- 14 Le ricorrenti sostengono che, secondo i principi generali del diritto internazionale, la Continental, che ha sede fuori della Comunità, non è soggetta all'autorità amministrativa della Commissione, né alla giurisdizione della Corte di giustizia. La Commissione era quindi incompetente ad adottare nei confronti della Continental la decisione litigiosa e a rivolgerle l'ingiunzione di cui all'art. 2 della decisione stessa. Inoltre, illecito che la Commissione intende reprimere non si può attribuire alla Continental, bensì all'Europemballage.
- 15 Le ricorrenti non possono contestare che l'Europemballage, creata il 20 febbraio 1970 dalla Continental, sia un'affiliata di questa. La circostanza che l'affiliata abbia personalità giuridica distinta non basta ad escludere la possibilità che del suo comportamento venga fatto carico alla società madre. Ciò è possibile in particolare qualora l'affiliata non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma applichi sostanzialmente le istruzioni impartitele dalla società madre.

- 16 È pacifico che la Continental ha indotto l'Europemballage a fare nei Paesi Bassi un'offerta d'acquisto agli azionisti della TDV, procurandole i fondi necessari a tale scopo. L'8 aprile 1970, l'Europemballage effettuava l'acquisto delle azioni ed obbligazioni TDV offerte a tale data. Pertanto di questa operazione, in vista della quale la Commissione ha adottato la decisione litigiosa, va fatto carico non solo all'Europemballage, ma anche in primo luogo alla Continental. Ad un acquisto del genere, che influisce sulle condizioni del mercato nell'ambito della Comunità, si applica il diritto comunitario. Il fatto che la Continental non abbia sede nel territorio di uno degli Stati membri della Comunità non basta a sottrarla all'applicazione di tale diritto.
- 17 Il mezzo d'incompetenza va quindi disatteso.

C — Sull'art. 86 del trattato e sullo sfruttamento abusivo di posizione dominante

- 18 Negli artt. 1 e 2 della decisione della Commissione 9 dicembre 1971 viene fatto carico alla Continental di una violazione dell'art. 86 del trattato CEE, per aver sfruttato in modo abusivo la posizione dominante ch'essa avrebbe occupato in una parte sostanziale del mercato comune — tramite la Schmalbach-Lubeca-Werke AG (in prosieguo denominata «SLW») — sul mercato degli imballaggi leggeri per conserve di carne, di salumi, di pesce e di crostacei, nonché su quello dei coperchi metallici per recipienti di vetro.

Secondo l'art. 1, lo sfruttamento abusivo consisterebbe nel fatto che, nell'aprile 1970 la Continental ha acquistato, tramite la propria affiliata Europemballage, l'80 % circa delle azioni e obbligazioni convertibili della TDV. L'acquisto si sarebbe risolto in pratica nell'eliminazione della concorrenza per i prodotti summenzionati, in una parte sostanziale del mercato comune.

- 19 Le ricorrenti sostengono che la Commissione cerca in tal modo, attraverso un'errata interpretazione dell'art. 86 del trattato e superando i limiti delle proprie attribuzioni, di istituire, in base a questa norma, un controllo sulle concentrazioni d'impresе. Un tentativo del genere sarebbe in contrasto con la volontà degli autori del trattato, quale risulta non solo dall'interpretazione letterale dell'art. 86, ma anche dal raffronto del trattato CEE col trattato CECA e col diritto nazionale degli Stati membri. Questa conclusione troverebbe conferma negli esempi di sfruttamento abusivo di posizione dominante

indicati dall'art. 86, dai quali risulterebbe che il trattato ha preso in considerazione solo pratiche che hanno effetti sul mercato e implicano un danno per i consumatori o per i partners commerciali.

Dall'art. 86 risulterebbe, d'altra parte, che l'uso della potenza economica conferita da una posizione dominante si traduce in uno sfruttamento abusivo di questa posizione solo qualora costituisca il mezzo mediante il quale l'abuso si concreta. I provvedimenti strutturali delle imprese, quali il rafforzamento di una posizione dominante mediante una concentrazione, non rientrerebbero invece nello sfruttamento abusivo di detta posizione, ai sensi dell'art. 86 del trattato. La decisione impugnata sarebbe quindi nulla in quanto priva di giuridico fondamento.

20/21

L'art. 86, n. 1, del trattato dichiara «incompatibile col mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo». Si tratta di stabilire se con l'espressione «sfruttamento abusivo», l'art. 86 intenda riferirsi solo ai comportamenti dell'impresa atti a influire direttamente sul mercato, che rechino danno alla produzione e alla distribuzione, agli utilizzatori o ai consumatori, ovvero anche alle modifiche strutturali dell'impresa che si risolvano in una grave alterazione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato comune. La distinzione fra provvedimenti che influiscono sulla struttura dell'impresa e pratiche che hanno un'incidenza sul mercato non è decisiva, poiché qualsiasi provvedimento strutturale può, dal momento che esso accresce le dimensioni e la potenza economica dell'impresa, avere incidenza sulla situazione del mercato.

22 Per risolvere il problema, si deve aver riguardo allo spirito, e al tempo stesso alla struttura e alla lettera dell'art. 86, tenuto conto del sistema del trattato e delle sue finalità. Il raffronto fra questo articolo e talune disposizioni del trattato CECA non è quindi pertinente in relazione ai problemi di cui trattasi.

23 L'art. 86 è compreso nel capitolo dedicato alle norme generali che definiscono la politica della Comunità nel campo della concorrenza.

Detta politica è basata sull'art. 3, lettera f), del trattato, il quale stabilisce che l'azione della Comunità implica la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata nel mercato comune.

La tesi delle ricorrenti secondo cui questa norma sarebbe solo programmatica, cioè priva di per sé di effetti giuridici, non tiene conto del fatto che l'art. 3 considera il perseguimento degli scopi da esso enunciati come indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità. Per quanto riguarda più precisamente la lettera f), si tratta di un obiettivo che trova attuazione in varie disposizioni del trattato, le quali vanno interpretate in funzione dell'obiettivo stesso.

- 24 Poiché contempla la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata nel mercato comune, l'art. 3, lettera f) impone, a maggior ragione, che la concorrenza non venga eliminata. Questa esigenza è così essenziale che, senza di essa, numerose disposizioni del trattato diverrebbero prive di oggetto. Essa risponde inoltre agli imperativi dell'art. 2 del trattato, il quale affida alla comunità il compito di « promuovere lo sviluppo armonioso dell'attività economica » nell'intero mercato comune.

Le restrizioni della concorrenza, che il trattato ammette in certi casi, per ragioni inerenti alla necessità di conciliare i vari obiettivi da raggiungere, trovano perciò nelle disposizioni degli artt. 2 e 3 un limite oltre il quale l'affievolirsi della concorrenza potrebbe mettere in pericolo il raggiungimento delle finalità del mercato comune.

- 25 In vista dell'osservanza dei principi e del raggiungimento degli obiettivi enunciati dagli artt. 2 e 3 del trattato, gli artt. 85-90 hanno stabilito norme generali da applicare alle imprese. L'art. 85 riguarda gli accordi fra imprese, le decisioni di associazioni d'imprese e le pratiche concordate, mentre l'art. 86 riguarda l'azione unilaterale di una o più imprese. Su piani diversi, gli artt. 85 e 86 mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'effettiva concorrenza nel mercato comune.

L'alterazione della concorrenza, vietata quando deriva dai comportamenti contemplati dall'art. 85, non può divenire lecita qualora detti comportamenti riescano, grazie all'azione di un'impresa dominante, a concretarsi in una compenetrazione fra le imprese. In mancanza di espresse disposizioni, non si può ritenere che il trattato, il quale vieta all'art. 85 talune decisioni di semplici associazioni d'imprese che alterino la concorrenza senza eliminarla, ammetta tuttavia all'art. 86 come lecito il fatto che determinate imprese, collegandosi in un'unità organica, possano raggiungere una posizione dominante tale da escludere in pratica qualsiasi seria possibilità di concorrenza.

Una tale diversità di trattamento giuridico aprirebbe nel complesso delle norme sulla concorrenza una breccia atta a compromettere il corretto funzionamento del mercato comune.

Qualora infatti fosse sufficiente, per eludere i divieti di cui all'art. 85, che nell'ambito delle intese i rapporti fra imprese siano così stretti da sottrarre all'applicazione del suddetto articolo senza ch'esse ricadano sotto l'art. 86, diverrebbe lecito, in contrasto coi principi fondamentali del mercato comune, l'isolamento di una parte sostanziale di questo mercato. L'intento degli autori del trattato che sia sempre possibile sul mercato, anche nei casi in cui sono ammesse restrizioni della concorrenza, una concorrenza effettiva o potenziale è chiaramente espresso dall'art. 85, n. 3, lettera b), del trattato.

La mancanza di un'analoga precisazione espressa nell'art. 86 è dovuta al fatto che il regime da esso istituito per le posizioni dominanti non ammette — a differenza dell'art. 85, n. 3 — eccezioni al divieto. Nell'ambito di un siffatto regime, il vincolo imposto dagli obiettivi fondamentali del trattato, in particolare da quello di cui all'art. 3, lettera f), deriva dalla forza imperativa inerente a questi obiettivi. In ogni caso, gli artt. 85 e 86 non possono essere interpretati in modo contraddittorio, dal momento che servono all'attuazione dello stesso obiettivo.

26 È alla luce delle suddette considerazioni che va interpretata la condizione posta dall'art. 86, secondo cui, per essere vietato, lo sfruttamento di posizione dominante dev'essere stato attuato in modo abusivo. Questo articolo elenca un certo numero di pratiche abusive ch'esso vieta. Si tratta di una enumerazione esemplificativa, nella quale non sono compresi tutti i modi di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietati dal trattato.

D'altra parte, come risulta dalle lettere c) e d) del 2° comma, questo articolo non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio, modificando un regime di concorrenza effettiva, quale è quello di cui all'art. 3, lettera f), del trattato. Può quindi costituire un abuso il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante.

27 Tali essendo il significato e la portata dell'art. 86 del trattato, il problema, sollevato dalle ricorrenti, del nesso di causalità che dovrebbe esistere a loro avviso fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo è irrilevante:

il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 del trattato, indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine, dal momento ch'esso produce gli effetti sopra descritti.

D — Sugli elementi di fatto cui si riferisce la motivazione della decisione

28 La Commissione ha motivato la propria decisione fra l'altro nel senso che l'acquisto di una partecipazione maggioritaria in un'impresa concorrente, da parte di un'impresa o gruppo d'impresе che occupa già una posizione dominante, può in determinate circostanze costituire sfruttamento abusivo della suddetta posizione. Ciò si verifica qualora una impresa in posizione dominante riesca a rafforzare tale posizione mediante una concentrazione, in modo che la concorrenza effettiva o potenziale sia praticamente eliminata, per i prodotti di cui trattasi, in una parte sostanziale del mercato comune.

29 A prescindere dalla colpa, si può infatti considerare abusiva la posizione dominante che giunga al punto di eludere gli obiettivi del trattato mediante una modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà d'azione del consumatore sul mercato. In questa ipotesi rientra necessariamente la pratica eliminazione di qualsiasi tipo di concorrenza.

Benché non sempre sia posta una condizione così rigida come quella della completa eliminazione della concorrenza, dal momento che su questo presupposto la Commissione ha basato la decisione, essa doveva motivarlo in modo adeguato o quanto meno provare che la concorrenza era alterata così profondamente che i competitori residui non potevano più costituire un sufficiente contrappeso.

30 A sostegno della propria tesi, la Commissione ha esaminato gli effetti della concentrazione litigiosa sotto vari aspetti. In proposito si devono distinguere nella motivazione della decisione quattro aspetti essenziali, cioè: a) la parte di mercato dei prodotti in questione attualmente controllata dalle imprese collegate; b) le dimensioni del nuovo gruppo sorto dalla concentrazione, rispetto a quelle degli eventuali competitori su detto mercato; c) la potenza economica dei consumatori rispetto al nuovo gruppo e d) la concorrenza potenziale

da parte, sia di imprese di altri paesi produttrici delle stesse merci, sia di imprese del mercato comune produttrici di altre merci.

Nell'esame di questi vari aspetti, la decisione si è basata di volta in volta sulla parte rilevantissima del mercato delle scatole metalliche già controllata dalla SLW, sulla scarsa competitività dei concorrenti ancora esistenti sul mercato, sulle piccole dimensioni della maggior parte dei consumatori rispetto a quelle del nuovo gruppo, sui molteplici vincoli di diritto e di fatto esistenti fra la Continental e gli eventuali concorrenti, come pure sulle difficoltà finanziarie e tecniche inerenti all'accesso ad un mercato caratterizzato da una forte concentrazione.

- 31 Le ricorrenti contestano l'esattezza dei dati sui quali la Commissione ha basato la propria decisione.

Dalla circostanza che la parte del mercato controllata dalla SLW fosse già pari al 70-80 % per gli imballaggi destinati alle conserve di carne, dell'80-90 % per gli imballaggi destinati ai prodotti della pesca e del 50-55 % per i coperchi metallici diversi dai tappi a corona (percentuali che sarebbero del resto troppo elevate e che la convenuta non ha provato) non si potrebbe desumere che l'impresa interessata domini sul mercato degli imballaggi metallici leggeri. La decisione avrebbe inoltre escluso la possibilità di concorrenza da parte di prodotti di sostituzione (imballaggi di vetro e di plastica) basandosi su considerazioni che non resisterebbero alla critica. Di conseguenza, sarebbero non pertinenti gli argomenti relativi alle possibilità di concorrenza effettiva o potenziale e alla pretesa debolezza della posizione degli utilizzatori.

- 32 Ai fini della valutazione sia della posizione dominante della SLW, sia delle conseguenze della concentrazione litigiosa, ha importanza essenziale la delimitazione del mercato di cui trattasi, poiché le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti.

- 33 In proposito la decisione impugnata prende in considerazione, l'uno dopo l'altro, nei punti 5-7 della seconda parte, «il settore degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di carne», il «settore degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di pesce» e il «mercato dei tappi e coperchi metallici, diversi dai tappi a corona, destinati all'industria delle conserve». In tutti e tre i

settori la SLW avrebbe una posizione dominante e la concentrazione litigiosa tenderebbe ad eliminare la concorrenza.

La decisione omette tuttavia di precisare quali siano le caratteristiche che distinguono l'uno dall'altro questi tre mercati, in modo da rendere necessario il considerarli separatamente. Neppure viene indicato quali caratteristiche distinguano questi tre mercati dal mercato generale degli imballaggi metallici leggeri, in particolare per quanto riguarda gli imballaggi metallici per conserve di frutta e verdura, per il latte condensato, l'olio d'oliva, i succhi di frutta e i prodotti tecnico-chimici.

Perché si possa affermare ch'essi costituiscono un mercato distinto, i prodotti in questione devono infatti essere individuati non solo dal semplice fatto di venir impiegati per l'imballaggio di determinati prodotti, ma anche da particolari caratteristiche produttive che li rendano specificamente atti a tale destinazione.

Il fatto di occupare una posizione dominante sul mercato degli imballaggi metallici leggeri destinati alla conservazione di carne e di pesce non è quindi decisivo finché non venga dimostrato che i concorrenti in altri settori del mercato degli imballaggi metallici leggeri non possono, mediante un semplice adattamento della produzione, presentarsi sul mercato di cui trattasi con forza sufficiente per costituire un contrappeso di rilievo.

- <sup>34</sup> La decisione stessa contiene d'altra parte elementi che fanno dubitare che i tre mercati suddetti siano distinti dagli altri mercati degli imballaggi metallici leggeri, e inducano invece a ritenere ch'essi non siano altro che settori di un mercato più ampio.

Nella prima parte della motivazione, nel prendere in considerazione — alla lettera J — i principali concorrenti della SLW in Germania e della TDV nel Benelux, la decisione menziona un'impresa tedesca che, per la produzione d'imballaggi metallici leggeri destinati alla conservazione della frutta e della verdura, occupa una posizione più forte di quella della SLW, come pure un'altra impresa che sopperirebbe al 38-40 % della domanda tedesca di tappi a corona, il che sembra confermare che la produzione di scatole metalliche per conserve di carne e di pesce non può essere presa in considerazione isolatamente, rispetto alla produzione di scatole metalliche per altri usi, e che la produzione di coperchi metallici non si può valutare senza tener conto di quella dei tappi a corona.

Inoltre, nel prendere in considerazione, nella seconda parte, al n. 16, le possibilità di concorrenza di sostituzione, la decisione non si limita ai soli «tre mercati», ma menziona anche il mercato degli imballaggi metallici leggeri destinati ad altri usi, per sostenere che questi sono solo limitatamente intercambiabili con imballaggi non metallici. Il fatto che in corso di causa la Commissione non sia riuscita a difendere questo assunto di fronte ai fatti addotti dalle ricorrenti dimostra di per sé quanto sia necessario delimitare in modo sufficientemente preciso il mercato da prendere in considerazione, se si vuol essere in grado di valutare la rispettiva forza delle imprese su detto mercato.

35 Non avendo precisato le caratteristiche degli imballaggi metallici destinati alle conserve di carne e di pesce, né quelle dei coperchi metallici (diversi dai tappi a corona) destinati all'industria delle conserve — caratteristiche per cui detti prodotti costituirebbero altrettanti mercati separati, che potrebbero essere dominati dal produttore che ne controlla la maggior parte — la decisione è inficiata da un'incertezza fondamentale che si riflette sugli altri elementi in base ai quali vi si conclude che non esiste concorrenza, effettiva o potenziale, nel mercato di cui trattasi.

Per quanto riguarda in particolare la concorrenza da parte di altri produttori d'imballaggi metallici, la Commissione ha sostenuto, in corso di causa, che i licenziatari della Continental «si erano accordati per restringere fra loro la concorrenza nell'ambito del cosiddetto accordo di scambio di informazioni» di cui alla lettera D, n. 4, b) della motivazione, ma ha sostenuto pure che la TDV e la SLW avrebbero avuto «la possibilità di entrare in concorrenza fra di loro».

L'argomento di cui al n. 19 della II parte della motivazione, secondo cui gli stabilimenti di taluni produttori situati nei paesi limitrofi alla Germania sarebbero troppo discosti dalla maggior parte dei consumatori tedeschi perché questi decidano di rifornirsi in modo stabile presso di essi, è infondato e inoltre è difficilmente conciliabile con l'affermazione contenuta nel n. 25, lettera a) della motivazione, secondo cui i limiti di redditività economica, per il trasporto degli imballaggi vuoti, vanno da 150 a 300 km, per gli imballaggi relativamente voluminosi, e da 500 a 1000 km per gli imballaggi più piccoli. Nel caso dei coperchi metallici, è per di più incontestato che le spese di trasporto non hanno grande importanza.

36 Quanto alla concorrenza potenziale dei grossi clienti, che potrebbero diventare produttori in proprio, la decisione impugnata dichiara poi — al n. 18

della II parte della motivazione — che questo tipo di concorrenza va esclusa dati l'entità degli investimenti necessari per una produzione integrata e il vantaggio tecnologico del gruppo Continental in questo settore. Per contro, alla lettera J, n. 3, ultimo comma della I parte della motivazione, viene indicato che, sul mercato belga, il conservificio Marie-Thumas fabbrica, tramite la propria affiliata Eurocan, imballaggi metallici per proprio uso e per la vendita ad altri utilizzatori. Questa contraddizione conferma l'incertezza della Commissione circa i limiti del o dei mercati di cui trattasi.

La decisione dichiara inoltre — al n. 30, lettera e) della II parte della motivazione — che, «ad eccezione di Marie-Thumas/Eurocan, i produttori in proprio non fabbricano più di quanto consumino e non offrono imballaggi metallici vuoti sul mercato», mentre — alla lettera K, n. 2, secondo comma, della I parte — è detto che alcuni produttori in proprio tedeschi hanno cominciato a porre in commercio le eccedenze d'imballaggi metallici da essi prodotti.

Da tutto questo emerge che talune imprese, che sono già passate alla produzione in proprio degli imballaggi, hanno potuto superare le difficoltà di carattere tecnologico, mentre non è possibile trarre dalla decisione elementi per valutare la capacità concorrenziale delle stesse imprese.

Questi punti della motivazione contengono quindi nuove contraddizioni che inficiano del pari la validità della decisione impugnata.

- 37 Da tutto quanto precede si desume che la decisione è basata su fatti e valutazioni che non sono stati adeguatamente provati. Essa va quindi annullata.

#### Sulle spese

- 38 A norma dell'art. 69, § 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese. La convenuta è rimasta soccombente.

Per questi motivi,

letti gli atti di causa,  
sentita la relazione del giudice relatore,  
sentite le difese orali delle parti,  
sentite le conclusioni dell'avvocato generale,

visto il trattato istitutivo della Comunità economica europea, in ispecie gli artt. 2, 3, 85 e 86,  
 visto il protocollo sullo statuto della Corte di giustizia della Comunità economica europea,  
 visto il regolamento di procedura della Corte di giustizia delle Comunità europee,

LA CORTE,

respinta ogni altra conclusione più ampia o contraria, dichiara e statuisce:

1° È annullata la decisione della Commissione 9 dicembre 1971, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 86 del trattato CEE (IV/26811 Europemballage Corporation).

2° La convenuta è condannata alle spese del giudizio.

Lecourt

Monaco

Pescatore

Donner

Kutscher

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo, il 21 febbraio 1973.

Il cancelliere

Il presidente

A. Van Houtte

R. Lecourt

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE KARL ROEMER  
 DEL 21 NOVEMBRE 1972 <sup>1</sup>

*Signor Presidente,  
 Signori Giudici,*

Nella causa odierna la Corte deve occuparsi per la prima volta di una controversia vertente sull'art. 86 del trattato CEE che recita: «È incompatibile con il

mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo».

1 — Traduzione dal tedesco.