

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

VERICA TRSTENJAK

presentate il 4 settembre 2008¹

Indice

I	— Introduzione	I - 8643
II	— Contesto normativo	I - 8643
III	— Fatti, procedimento principale e questione pregiudiziale	I - 8645
	A — Fatti	I - 8645
	B — Procedimento dinanzi all'Autorità irlandese per la concorrenza e procedimento giudiziario a quo	I - 8647
	C — Questione pregiudiziale	I - 8647
IV	— Procedimento dinanzi alla Corte	I - 8650
V	— Argomenti delle parti	I - 8650
VI	— Valutazione giuridica	I - 8650
	A — Nozione di restrizione della concorrenza per oggetto	I - 8653
	1. Contenuto, struttura e applicazione dell'art. 81 CE	I - 8653
	a) Struttura dell'art. 81 CE	I - 8653
	b) Applicazione dell'art. 81 CE	I - 8654
	2. Restrizione della concorrenza per oggetto	I - 8655

1 — Lingua originale: il tedesco.

a) I criteri rilevanti	I - 8656
b) Restrizioni manifeste della concorrenza?	I - 8657
c) Elenco esaustivo?	I - 8657
d) Contesto giuridico ed economico	I - 8658
3. Conclusione	I - 8661
 B — Accordi del tipo dei contratti BIDS hanno per oggetto una restrizione della concorrenza?	 I - 8661
1. Limitazione della libertà di determinare autonomamente la propria politica di mercato	I - 8661
2. Alterazione delle condizioni di mercato	I - 8662
a) Riduzione del 25% della capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione	I - 8663
b) Uscita dal mercato di talune imprese	I - 8666
c) Versamento di contributi da parte delle imprese che restano sul mercato	I - 8667
d) Limiti all'utilizzo e alla disponibilità	I - 8668
e) Conclusione	I - 8670
3. Considerazione degli obiettivi perseguiti con i contratti BIDS	I - 8670
4. Conclusione	I - 8671
 C — Valutazione conclusiva degli elementi di un accordo come i contratti BIDS	 I - 8671
 VII — Conclusione	 I - 8673
I - 8642	

I — Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della nozione di restrizione della concorrenza per oggetto contenuta nell'art. 81, n. 1, CE. Il contesto economico è costituito dalla sovraccapacità strutturale constatata dal giudice del rinvio nel settore della trasformazione della carne bovina in Irlanda (in prosieguo: il «settore della trasformazione»). Detto settore prende i bovini dagli allevamenti, li abbatte, li disossa e ne vende poi la carne sul territorio nazionale e all'estero. Le imprese trasformatrici desiderano ridurre le loro sovraccapacità mediante accordi.

2. Il giudice nazionale chiede, in sostanza, alla Corte se la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto contenuta nell'art. 81, n. 1, CE debba essere interpretata nel senso che include gli accordi delle imprese trasformatrici. La questione pregiudiziale è in tal modo limitata sotto un duplice profilo. Da un lato, essa concerne solo gli accordi che hanno per oggetto una restrizione della concorrenza e non quelli che hanno per effetto tale restrizione. Dall'altro, si tratta esclusivamente di accertare se gli accordi controversi rientrano nel divieto fondamentale di accordi restrittivi della concorrenza sancito dall'art. 81, n. 1, CE; non occorre verificare se, alla luce dei loro effetti positivi, essi siano comunque compatibili con il mercato comune in applicazione dell'art. 81, n. 3, CE.

II — Contesto normativo

3. L'art. 81, n. 1, CE stabilisce che sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da deter-

minare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

— a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di

4. Ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE, le disposizioni dell'art. 81, n. 1, CE possono essere dichiarate inapplicabili:

a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;

— a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,

b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

— a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese,

5. L'art. 1, nn. 1 e 2, del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE]², così prevede:

e

2 — GU 2003, L 1, pag. 1.

«1. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, [CE] che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, [CE] sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

2. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, [CE] che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, [CE] non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso».

III — Fatti, procedimento principale e questione pregiudiziale

A — Fatti

6. La sovraccapacità constatata dal giudice del rinvio nel settore della trasformazione in Irlanda è il risultato in particolare di una politica che ha fortemente incentivato, in passato, la costruzione e il potenziamento degli impianti di trasformazione indipendentemente dall'effettiva richiesta di carne bovina. Inoltre, sempre in passato, la quantità di bovini da trasformare variava sensibilmente secondo la stagione, con la conseguenza che nei periodi di punta doveva essere effettuato un lavoro di trasformazione imponente. Adesso, però, l'allevamento di bovini è svincolato dalle stagioni. Anche se si assiste ancora ad oscillazioni stagionali di una certa

ampiezza, la capacità globale degli impianti di trasformazione supera la quantità da trasformare, anche nelle punte stagionali, di circa il 32%.

7. Poiché il settore della carne bovina riveste un ruolo significativo nell'economia irlandese, il governo irlandese e i rappresentanti del settore hanno commissionato uno studio di mercato a una società di consulenza. Obiettivo dello studio era identificare le misure che avrebbero potuto ottimizzare a lungo termine la redditività di tutti gli operatori del settore della carne bovina in Irlanda.

8. Nello studio di mercato, pubblicato nel 1998, veniva constatata l'elevata sovraccapacità nel settore della trasformazione e pronosticato che siffatta sovraccapacità avrebbe portato ad una riduzione della redditività dell'intero settore. Questa previsione si fondava sostanzialmente sulla considerazione che per il guadagno di un'impresa trasformatrice sarebbe decisivo lo scarto fra il prezzo di acquisto del bovino e i costi di trasformazione, da un lato, e il prezzo di vendita della carne

bovina, dall'altro. Il margine di guadagno dell'impresa dipenderebbe in particolare dal livello di utilizzo dell'impianto di trasformazione e da un'eventuale sovraccapacità. Se un utilizzo intenso permette economie di scala, che riducono i costi di trasformazione, la sovraccapacità strutturale aumenta la concorrenza tra le imprese trasformatrici e genera perciò una diminuzione dei prezzi. Lo studio pronosticava inoltre che la ridotta redditività delle imprese trasformatrici avrebbe a lungo termine portato alcune di loro ad uscire dal mercato.

9. Come soluzione lo studio di mercato proponeva di ridurre il numero delle imprese trasformatrici nel settore. L'uscita dal mercato avrebbe dovuto essere incentivata con l'offerta di un indennizzo. Lo studio evidenziava i vantaggi in termini di costi per l'intero settore della trasformazione, quantificandoli in 18 milioni di sterline irlandesi (IEP); misure complementari di razionalizzazione avrebbero potuto permettere di risparmiare altri 14 milioni di IEP.

10. Un gruppo di lavoro sulla carne bovina (Beef Task Force), istituito dal Minister for Agriculture and Food (Ministro irlandese per l'Agricoltura e l'Alimentazione), presentava, nel 1999, una relazione che riconosceva le conclusioni dello studio di mercato e invitava il settore della trasformazione a metterle in pratica.

11. Nel 2002, alcune imprese trasformatrici fondavano la Beef Industry Development Society Ltd (in prosieguo: la «BIDS»). Gli attuali membri della BIDS producono circa il 93% della carne bovina offerta in Irlanda. Scopo sociale della BIDS è l'attuazione dello studio di mercato della società di consulenza e della relazione del gruppo di lavoro sulla carne bovina. A tal fine la BIDS ha elaborato un accordo (in prosieguo: l'«accordo BIDS») volto a ridurre nell'arco di un anno la capacità globale del settore della trasformazione del 25%. Per realizzare siffatto obiettivo, l'accordo BIDS prevede quanto segue.

12. Una parte delle imprese trasformatrici costituite nella BIDS (in prosieguo: le «imprese uscenti» o le «imprese che si ritirano») si impegna a stipulare accordi con quest'ultima per uscire dal settore della trasformazione, chiudere i propri impianti e rispettare un divieto di concorrenza della durata di due anni (in prosieguo: i «contratti di uscita»). I contratti di uscita devono inoltre prevedere che il terreno su cui insistono gli impianti smantellati non venga usato per la trasformazione di carne bovina per un periodo di cinque anni (in prosieguo: i «limiti all'utilizzo») e che l'attrezzatura delle imprese che si ritirano destinata alla trasformazione primaria di capi bovini venga venduta o ad imprese irlandesi che la utilizzino unicamente come attrezzatura di riserva o come pezzi di ricambio, oppure fuori dall'Irlanda (in prosieguo: i «limiti alla dispo-

nibilità»). Non è previsto che le imprese trasformatrici dismettano solo singoli impianti. Con l'impresa trasformatrice Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (in prosieguo: la «Barry Brothers») la BIDS ha già concluso un contratto di uscita.

13. In compenso la BIDS indennizzerà le imprese uscenti. In particolare, gli indennizzi saranno finanziati dai membri della BIDS che continuano ad operare nel settore della trasformazione (in prosieguo: le «imprese che restano»).

14. I pagamenti dei contributi sono graduati: EUR 2 per capo macellato se l'impresa che resta non supera la quota abituale di abbattimento e EUR 11 per ogni bovino abbattuto al di sopra di tale quota. La quota abituale di abbattimento è calcolata sulla base della quota di abbattimento media di un'impresa trasformatrice negli ultimi tre anni prima dell'attuazione dell'accordo BIDS.

B — Procedimento dinanzi all'Autorità irlandese per la concorrenza e procedimento giudiziario a quo

15. Durante l'elaborazione di tale programma la BIDS ha cercato di accordarsi con la Competition Authority (Autorità irlandese per la concorrenza; in prosieguo: l'«Autho-

rity»). Il 5 e il 26 giugno 2003 l'Authority ha informato la BIDS di non ritenere compatibili con il diritto irlandese della concorrenza l'accordo BIDS e il contratto di uscita stretto con la Barry Brothers (in prosieguo, l'accordo BIDS e il contratto di uscita con la Barry Brothers saranno indicati insieme come i «contratti BIDS»). Il 30 giugno 2003 l'Authority ha chiesto alla High Court (Corte irlandese d'appello e di primo grado per determinate controversie) di dichiarare che i contratti BIDS violavano l'art. 81 CE.

16. Con sentenza 27 luglio 2006 la High Court ha respinto l'istanza dell'Authority affermando che i contratti BIDS non ricadrebbero nel divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE. Tali contratti non avrebbero per oggetto di restringere la concorrenza, in quanto non fissano prezzi, non ripartiscono clienti (o mercati) e non limitano la produzione nel senso dell'art. 81, n. 1, lett. a)-c), CE. La riduzione della capacità globale non potrebbe essere considerata una limitazione della produzione. I contratti BIDS non avrebbero neppure per effetto la restrizione della concorrenza. Una riduzione della capacità globale del 25% potrebbe restringere la concorrenza solo se comportasse problemi di capacità che facciano lievitare i prezzi. Ebbene, poiché la produzione globale di carne bovina in Irlanda non è destinata ad aumentare, bensì tendenzialmente a diminuire, sarebbe garantita la trasformazione di tutti i bovini anche nel caso di una riduzione della capacità globale del 25%. Prevedibilmente neanche i prezzi aumenterebbero. È vero che il versamento dei contributi fa salire i costi di

trasformazione delle imprese. Un aumento dei prezzi sarebbe tuttavia da escludere per due motivi in particolare: perché la riduzione della capacità globale condurrebbe ad economie di scala per le imprese che restano e perché i clienti delle imprese trasformatrici disporrebbero di un forte potere di negoziazione.

17. Neanche i limiti all'utilizzo e alla disponibilità costituirebbero una restrizione della concorrenza. Benché alla luce dell'attuale situazione di mercato la costruzione di nuovi impianti di trasformazione non sia economicamente sostenibile, eventuali concorrenti potrebbero nondimeno fare il loro ingresso sul mercato acquistando altri impianti di trasformazione (ossia di imprese che restano o di imprese estranee alla BIDS).

18. In definitiva, i contratti BIDS non sarebbero censurabili al punto da essere qualificati una restrizione della concorrenza per oggetto.

19. La High Court ha ritenuto inoltre che non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 81, n. 3, CE, giacché la BIDS non avrebbe dimostrato che una congrua parte dell'utile è riservata agli utilizzatori. Il rilievo sarebbe tuttavia privo di importanza perché i contratti BIDS comunque non rientrerebbero nel divieto dell'art. 81, n. 1, CE.

20. L'Authority ha impugnato la decisione della High Court dinanzi alla Supreme Court (Corte di cassazione irlandese).

C — *Questione pregiudiziale*

21. La Supreme Court ritiene che la controversia sollevi un problema di interpretazione dell'art. 81, n. 1, CE determinante per la decisione del merito della causa. Essa ha pertanto sottoposto, ai sensi dell'art. 234 CE, la seguente questione pregiudiziale alla Corte di giustizia:

«Qualora risulti in giudizio che:

- a) vi è una sovraccapacità nel settore della trasformazione della carne bovina che, nei momenti di punta, ammonta a circa il 32%;

- b) da tale sovraccapacità deriveranno nel medio periodo serie conseguenze per la redditività del settore nel suo insieme;
- c) benché gli effetti delle eccedenze non siano ancora stati percepiti in misura rilevante, consulenti indipendenti hanno espresso il parere che nel breve periodo è improbabile che la sovraccapacità verrà eliminata da normali misure di mercato; anzi, nel tempo tale sovraccapacità comporterà perdite significative e, in ultima analisi, indurrà operatori ed impianti ad abbandonare tale settore;
- d) imprese trasformatrici di carne bovina che rappresentano circa il 93% del mercato del settore si sono accordate per eliminare tale sovraccapacità e sono pronte a versare un contributo per indennizzare le imprese trasformatrici disponibili a cessare la produzione, e dette imprese trasformatrici, in tutto dieci società, costituiscono un ente giuridico (Society)³ al fine di attuare un accordo ai termini del quale:
1. le imprese (...) ⁴, che uccidono e trasformano annualmente 420 000 animali e che rappresentano circa il 25% della capacità attiva, stipuleranno un accordo con le altre imprese (...) ⁵ per uscire dal settore alle condizioni di seguito illustrate;
 2. le imprese uscenti stipuleranno una clausola di non concorrenza di due anni relativamente alla trasformazione di bovini nell'intera isola d'Irlanda;
 3. gli impianti delle imprese uscenti verranno chiusi;
 4. il terreno su cui insistono gli impianti smantellati non verrà usato ai fini di trasformazione di carne bovina per un periodo di cinque anni;

3 — La BIDS.

4 — Le imprese uscenti.

5 — Le imprese che restano.

5. le imprese uscenti riceveranno un indennizzo sotto forma di pagamenti rateali eseguiti dalla Society sulla base di prestiti contratti dalle imprese che restano;

6. la Society riceverà un contributo volontario da tutte le imprese che restano pari a EUR 2 per ogni capo trasformato entro la quota abituale di abbattimento e a EUR 11 per ogni capo abbattuto al di sopra di tale quota;

7. il contributo servirà a rimborsare i prestiti delle imprese che restano e cesserà a rimborso ultimato;

8. l'attrezzatura delle imprese uscenti destinata alla trasformazione primaria dei bovini potrà essere venduta alle imprese che restano solo come attrezzatura di riserva o come pezzi di ricambio, oppure verrà venduta fuori dall'isola d'Irlanda;

9. la libertà delle imprese che restano in materia di produzione, prezzi, condizioni di vendita, importazione ed esportazione, aumento della capacità e quant'altro non sarà intaccata,

e risulti pacifico che un tale accordo può avere un effetto significativo sul commercio tra Stati membri nel senso dell'art. 81, n. 1, CE, se un tale accordo vada considerato come avente per oggetto, distinto dall'effetto, di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune e sia quindi incompatibile con l'art. 81, n. 1, CE».

IV — Procedimento dinanzi alla Corte

22. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta alla cancelleria della Corte il 20 aprile 2007. Nella fase scritta del procedimento hanno presentato osservazioni la BIDS, l'Authority, il governo belga e la Commissione. Nell'udienza del 4 giugno 2008 l'Authority, la BIDS e la Commissione hanno completato la loro relazione.

V — Argomenti delle parti

23. La BIDS, l'Authority, il Regno del Belgio e la Commissione concordano sui seguenti punti: l'art. 81, n. 1, CE distingue fra restrizioni della concorrenza per oggetto e restrizioni della concorrenza per effetto. Nel caso di restrizioni della concorrenza per oggetto non

è necessario dimostrare alcun effetto. Per stabilire se sussiste una restrizione della concorrenza per oggetto si deve tener conto non solo del contenuto dell'accordo, bensì anche del contesto giuridico ed economico.

24. Le parti sono invece discordi su cosa intendere per restrizione della concorrenza per oggetto e se i contratti BIDS rientrano in questa definizione: la BIDS ritiene che i contratti BIDS non costituiscano una restrizione della concorrenza per oggetto, mentre l'Authority, il Regno del Belgio e la Commissione sostengono il contrario.

25. La BIDS equipara le restrizioni della concorrenza per oggetto a restrizioni qualificate e ad accordi che limitano *in quanto tali* la concorrenza. A suo avviso, tale categoria di accordi va interpretata in maniera restrittiva e include solo un numero limitato di gravi restrizioni della concorrenza, quali gli accordi sui prezzi, le limitazioni della produzione e le ripartizioni del mercato o dei clienti. Solo accordi a tal punto manifesti e dannosi realizzerebbero una restrizione della concorrenza per oggetto.

26. La BIDS è dell'avviso che i contratti BIDS non costituiscano una restrizione della concorrenza per oggetto. Dall'esame del loro contesto giuridico ed economico risulterebbe chiaro che essi non possono essere annoverati fra le restrizioni della concorrenza per oggetto. In proposito la BIDS invoca anzitutto le constatazioni della High Court ai termini

delle quali non si rischierebbe né una limitazione della produzione complessiva né un aumento dei prezzi, poi la sentenza Glaxo-SmithKline Services/Commissione⁶, che imporrebbe di prendere in considerazione tali circostanze. La libertà delle imprese che restano non subirebbe, inoltre, restrizioni quanto alle quote di produzione, alle quote di mercato e ai prezzi. I contratti BIDS perseguirebbero il legittimo scopo di ridurre la sovraccapacità. Il versamento di contributi, il divieto di concorrenza e i limiti all'utilizzo e alla disponibilità costituirebbero misure necessarie allo scopo. Infine, la BIDS non avrebbe agito di nascosto.

27. Alla luce di detti elementi i contratti BIDS non risulterebbero né manifesti né anticoncorrenziali al punto da dover essere annoverati fra le restrizioni della concorrenza per oggetto.

28. Secondo l'Authority, sussiste una restrizione della concorrenza per oggetto nel caso di restrizioni manifeste o di restrizioni qualificate della concorrenza. Di esse non sussisterebbe tuttavia un elenco esaustivo. Un'indagine degli obiettivi perseguiti dalle parti non

6 — Sentenza 27 settembre 2006, causa T-168/01, GlaxoSmithKline Services/Commissione (Racc. pag. II-2969).

sarebbe necessaria. Dalla sentenza *Glaxo-SmithKline Services/Commissione*⁷ non potrebbe essere tratta alcuna conclusione utile per il presente procedimento.

29. Dal contenuto dei contratti BIDS risulterebbe che essi avevano per oggetto una restrizione della concorrenza. L'uscita programmata dal settore della trasformazione di imprese che rappresentano circa il 25% della capacità globale dello stesso costituirebbe una limitazione della produzione o quanto meno una limitazione della capacità, parimenti restrittiva della concorrenza. L'Authority richiama inoltre l'attenzione sull'aumento dei prezzi provocato dal versamento dei contributi, sui limiti all'utilizzo e alla disponibilità a carico delle imprese che si ritirano nonché sulla circostanza che non sono necessariamente le imprese più efficienti a restare sul mercato. Anche questi elementi dei contratti BIDS devono, a suo parere, essere qualificati come restrizioni della concorrenza per oggetto.

30. Sempre secondo l'Authority, gli effetti positivi dei contratti BIDS dovrebbero essere presi in considerazione a titolo dell'art. 81, n. 3, CE.

31. Per interpretare la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto il *Regno del*

Belgio guarda alla struttura dell'art. 81 CE. Alla luce della circostanza che, dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, spetta alle imprese valutare i propri accordi, sarebbe necessario mettere in evidenza la differenza fra l'art. 81, n. 1, CE e l'art. 81, n. 3, CE. L'art. 81, n. 1, CE richiederebbe di verificare solamente se sussiste una restrizione delle concorrenza. Altro, invece, è accertare se un accordo contrario alle disposizioni fondamentali dell'art. 81, n. 1, CE possa essere compatibile con il mercato comune in applicazione dell'art. 81, n. 3, CE.

32. Secondo il Regno del Belgio, un accordo che cerca di razionalizzare il settore della trasformazione e di razionalizzarlo attraverso il ritiro di imprese trasformatrici che rappresentano il 25% della capacità globale dello stesso è un accordo che ha per oggetto una modifica dei rapporti di mercato. I contratti BIDS costituirebbero perciò una restrizione della concorrenza per oggetto.

33. La *Commissione* osserva che, anche se la giurisprudenza comunitaria sulla nozione di restrizione della concorrenza per oggetto ha considerato inizialmente casi aventi ad oggetto restrizioni qualificate, i giudici comunitari hanno finito col ritenere restrizioni della concorrenza per oggetto anche accordi intesi a realizzare scopi legittimi. Il perseguimento di uno scopo legittimo non escluderebbe, dunque, una restrizione della concorrenza per oggetto. Di conseguenza, l'art. 81, n. 1, CE risulterebbe applicabile anche ad accordi

7 — Cit. alla nota 6.

finalizzati al superamento di una crisi. Un'interpretazione diversa non sarebbe compatibile con la struttura dell'art. 81 CE. Infine, non occorrerebbe l'evidenza della restrizione della concorrenza, così come non sarebbe rilevante se i contratti BIDS siano stati negoziati e stipulati di nascosto o pubblicamente.

34. Quanto alla valutazione dei contratti BIDS, la Commissione condivide sostanzialmente l'opinione dell'Authority.

VI — Valutazione giuridica

35. Poiché le parti intendono in maniera diversa la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto, affronterò innanzi tutto tale questione (A) prima di verificare se accordi come i contratti BIDS abbiano per oggetto una restrizione della concorrenza (B). Infine, analizzerò come i singoli elementi di tali accordi debbano essere valutati con riferimento all'art. 81, n. 1, lett. b), CE e alla clausola generale contenuta nell'art. 81, n. 1, CE (C).

A — Nozione di restrizione della concorrenza per oggetto

36. Come si osservava all'inizio delle presenti conclusioni, anche se la questione pregiudiziale è limitata all'interpretazione della nozione di restrizione della concorrenza per oggetto di cui all'art. 81, n. 1, CE, a siffatta interpretazione non si può procedere senza tener conto del contesto giuridico in cui detta nozione si colloca. In prosieguo illustrerò, pertanto, innanzi tutto il contenuto, la struttura e l'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE (1) e poi cosa occorra intendere per «restrizione della concorrenza per oggetto» (2).

1. Contenuto, struttura e applicazione dell'art. 81 CE

a) Struttura dell'art. 81 CE

37. Ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, sono vietati, in linea di principio, tutti gli accordi fra imprese che abbiano per oggetto o per

effetto una restrizione significativa della concorrenza⁸. Avere per oggetto e avere per effetto una restrizione della concorrenza costituiscono due condizioni a carattere alternativo⁹. Laddove sia certo che un accordo ha per oggetto una restrizione della concorrenza, la circostanza che esso abbia anche per effetto una restrizione della concorrenza non rileva¹⁰. Per il divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE è dunque sufficiente che un accordo abbia per oggetto una restrizione della concorrenza.

38. Il divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE può tuttavia essere dichiarato non applicabile ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE. A tal fine è necessario che siano soddisfatti quattro requisiti cumulativi. L'accordo deve, in primo luogo, permettere un utile contribuendo al miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti ovvero alla promozione del progresso tecnico ed economico; in secondo luogo, deve riservare una congrua parte di tale utile ai consumatori; in terzo luogo, non deve imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per conseguire detti obiettivi e, in quarto luogo, non può consentire che tali imprese eliminino la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

39. L'art. 81 CE prevede pertanto una *verifica* articolata *su due livelli*. Infatti, un accordo è

compatibile con il mercato interno se non ricade nel divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE, ma anche se, pur ricadendo in tale divieto, soddisfa nondimeno i requisiti previsti dall'art. 81, n. 3, CE. Una volta accertato che un accordo ha per oggetto una restrizione della concorrenza e ricade quindi nel divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE, non è ancora detta l'ultima parola sulla sua incompatibilità con il mercato comune. È necessario tener conto di tale distinzione fra l'art. 81, n. 1, CE e l'art. 81, n. 3, CE nel verificare se sussiste una restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE.

b) Applicazione dell'art. 81 CE

40. Anteriormente al 1° maggio 2004 la distinzione fra art. 81, n. 1, CE e art. 81, n. 3, CE svolgeva un ruolo importante sotto il profilo processuale. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, sugli artt. 85 e 86 del Trattato (divenuti, rispettivamente, artt. 81 CE e 82 CE)¹¹, vigeva un sistema di divieto suscettibile di deroga. Un accordo che ricadeva nel divieto fondamentale di cui all'art. 81, n. 1, CE e che non era

8 — V. il testo completo dell'art. 81, n. 1, CE al paragrafo 3 di queste conclusioni.

9 — Sentenza 30 giugno 1966, causa 56/65, LTM (Racc. pag. 262, in particolare 283).

10 — Sentenze LTM (cit. alla nota 9, pag. 281) e 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione (Racc. pag. 458, in particolare 520).

11 — GUL 13, pag. 204.

contemplato da un regolamento di esenzione per categoria doveva essere notificato alla Commissione; solo quest'ultima poteva sottrarlo al divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE.

41. Con l'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003¹² a tale sistema è subentrato un sistema di autovalutazione. Gli accordi che ricadono nel divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE, ma che soddisfano le condizioni poste dall'art. 81, n. 3, CE non sono vietati, senza che occorra un previo accertamento al riguardo da parte della Commissione¹³. In linea di principio spetta ormai alle imprese interessate — eventualmente con l'assistenza di un legale — verificare la sussistenza delle condizioni previste all'art. 81, n. 1, CE e all'art. 81, n. 3, CE¹⁴.

2. Restrizione della concorrenza per oggetto

42. L'obiettivo dell'accordo deve essere una *restrizione della concorrenza*. È, questo, un criterio certamente difficile da definire¹⁵. L'art. 81 CE tutela la concorrenza in partico-

lare per la sua funzione di creare un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno e di permettere un soddisfacimento ottimale dei consumatori¹⁶. Per stabilire se un accordo lede questo interesse giuridicamente protetto, i giudici comunitari verificano se esso limiti la libertà di una o più imprese di determinare autonomamente la propria politica di mercato (esigenza di autonomia) e se siffatta limitazione di libertà conduca ad un'alterazione sostanziale delle condizioni di mercato¹⁷.

43. Per accertare se un accordo ha *per oggetto* una restrizione della concorrenza occorre fare riferimento, secondo la giurisprudenza comunitaria, al suo contenuto, ma anche al contesto giuridico ed economico¹⁸. Nel prosieguo analizzerò innanzi tutto i criteri alla luce dei quali valutare se un accordo abbia per oggetto una restrizione della concorrenza (a). Verificherò poi se questa nozione sia limitata alle restrizioni manifeste della concorrenza (b) e se esista un elenco esaustivo delle restrizioni

12 — Il regolamento n. 1/2003 è entrato in vigore il 1° maggio 2004.

13 — Art. 1, nn. 1 e 2, del regolamento n. 1/2003.

14 — L'articolazione su due livelli della verifica prevista dall'art. 81 CE rileva peraltro per la ripartizione dell'onere della prova. Ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 1/2003 incombe alla parte o all'autorità che invoca il divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni ivi esposte, mentre la parte che fa valere l'inapplicabilità di tale divieto è tenuta a dimostrare l'esistenza delle condizioni previste dall'art. 81, n. 3, CE.

15 — Sulla nozione di restrizione della concorrenza, v. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6° ed. 2008, nn. 2.062-2.120; Wish, R., *Competition Law*, Londra, 5° ed. 2003, pagg. 106-128, e Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, punti 2.56-2.99.

16 — Sentenze 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro SB-Großmärkte/Commissione (Racc. pag. 1875, punto 20); 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Commissione/Anic Partecipazioni (Racc. pag. I-4125, punto 117), nonché 23 novembre 2006, causa C-238/05, Asnef-Equifax e Administración del Estado (Racc. pag. I-11125, punto 52); in particolare, sull'aspetto del benessere dei consumatori, v. Leupold, H., Weidenbach, G., «Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, pagg. 1003 e segg., in particolare 1008, nota 28 e la giurisprudenza ivi citata.

17 — V. sentenze Commissione/Anic Partecipazioni, punto 117, e Asnef-Equifax e Administración del Estado, punto 52 (citare entrambe alla nota 16). Fondamentale sulla questione della significatività degli effetti: sentenza 9 luglio 1969, causa 5/69, Völk/Vervaecke (Racc. pag. 295, punti 5-7).

18 — Sentenze LTM (cit. alla nota 9, pag. 281); 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, CRAM e Rheinzink/Commissione (Racc. pag. 1679, punti 25-28, segnatamente punto 26), e GlaxoSmithKline Services/Commissione (cit. alla nota 6, punto 110).

della concorrenza per oggetto (c). Infine, illustrerò quali aspetti del contesto giuridico ed economico siano rilevanti e quali non lo siano perché sussista una restrizione della concorrenza (d).

a) I criteri rilevanti

44. Come rivela già il nome, la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto pone l'accento sullo scopo dell'accordo. I giudici comunitari hanno ritenuto sussistere un obiettivo o una tendenza restrittivi della concorrenza specialmente nei casi in cui l'accordo aveva avuto come conseguenza necessaria una restrizione della concorrenza¹⁹. In casi del genere le parti non possono, in linea di principio, eccepire di non aver mirato ad una restrizione della concorrenza o di aver perseguito, mediante l'accordo, anche un altro scopo²⁰.

19 — Sentenze 1° febbraio 1978, causa 19/77, Miller International Schallplatten/Commissione (Racc. pag. 131, punto 7), e CRAM e Rheinzink/Commissione (cit. alla nota 18, punti 25-28).

20 — Sentenze 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ International Belgium e a./Commissione (Racc. pag. 3369, punto 24); Miller International Schallplatten/Commissione (cit. alla nota 19, punto 7) e CRAM e Rheinzink/Commissione (cit. alla nota 18, punti 25-28).

45. Ciò non significa, tuttavia, che la volontà delle parti non possa essere presa in considerazione. Detta giurisprudenza esprime solamente l'idea che imprese che operano in modo razionale già sanno quali effetti scaturiranno con ogni probabilità dai loro accordi, tanto da potersi presumere che, almeno in certa misura, tali effetti siano voluti²¹.

46. Piuttosto, dal rapporto di alternanza fra l'oggetto e l'effetto delle restrizioni della concorrenza previsto dall'art. 81, n. 1, CE²², nonché dalla circostanza che l'art. 81, n. 1, CE, nell'alternativa della restrizione della concorrenza per oggetto, è configurato come un reato di pericolo astratto²³, deriva che non si deve fare riferimento solo alle conseguenze che un accordo comporta necessariamente. Anche la volontà delle parti di un accordo può essere presa in considerazione²⁴, volontà che

21 — Come correttamente ha sostenuto l'avvocato generale Tizzano al paragrafo 77 delle conclusioni per la sentenza 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, General Motors/Commissione (Racc. pag. I-3173), le parti non possono neppure invocare la circostanza di non essere state a conoscenza del divieto posto dall'art. 81, n. 1, CE (*ignorantia legis non excusat*). V. anche Emmerich, V., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, vol. 1, Monaco di Baviera, 4^a ed. 2007.

22 — V. paragrafo 37 di queste conclusioni.

23 — V. pag. 945 delle conclusioni del giudice Vesterdorf facente funzioni di avvocato generale per la sentenza 24 ottobre 1991, cause riunite da T-1/89 a T-4/89 e da T-6/89 a T-15/89, Rhône-Poulenc e a./Commissione (Racc. 1990, pag. II-867).

24 — V. paragrafo 78 delle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano per la sentenza General Motors/Commissione (cit. alla nota 21), nonché Odudu, O., «Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention», *European Law Review*, 2001, pagg. 61 e 62.

si può evincere, in particolare, dalla genesi dell'accordo²⁵.

b) Restrizioni manifeste della concorrenza?

47. Da quanto affermato finora risulta che la categoria delle restrizioni della concorrenza per oggetto non può essere ridotta agli accordi che restringono la concorrenza in maniera manifesta. Visto che non solo il contenuto di un accordo, bensì anche il suo contesto giuridico ed economico devono essere presi in considerazione, la qualificazione come restrizione della concorrenza per oggetto non può dipendere dal fatto che tale oggetto risulti già a prima vista o si riveli solo a seguito di una verifica più approfondita delle circostanze e della volontà delle parti²⁶.

25 — Paragrafo 78 delle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano (cit. alla nota 21).

26 — V. punto 24 della sentenza IAZ International Belgium e a./Commissione (cit. alla nota 20), dove la Corte di giustizia ha analizzato il sistema di controllo attraverso marchi di conformità. Anche dai punti 60, 64 e 65 della sentenza General Motors/Commissione (cit. alla nota 21) risulta che la restrizione della concorrenza non deve essere necessariamente evidente. In senso non diverso la sentenza del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e a./Commissione* (Racc. pag. II-3141, punto 136). Il fatto che il Tribunale abbia constatato in quella sentenza che un esame del contesto giuridico ed economico non è necessario in caso di restrizioni manifeste come la fissazione di prezzi, la ripartizione dei mercati o il controllo del volume delle vendite mostra solo che la considerazione di tale contesto può avvenire, in casi palesi, in maniera sommaria; non se ne può concludere che la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto sia limitata a queste fattispecie evidenti.

c) Elenco esaustivo?

48. A mio avviso, la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto non può neanche essere ridotta ad un elenco esaustivo di fattispecie. Già la locuzione «in particolare» contenuta nell'art. 81, n. 1, CE indica con chiarezza che le restrizioni della concorrenza menzionate all'art. 81, n. 1, lett. a)-e), CE non esauriscono le possibili ipotesi di restrizioni ai sensi di tale disposizione. Di conseguenza, la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto non può essere limitata agli esempi contenuti all'art. 81, n. 1, lett. a)-c), CE²⁷.

49. La nozione di restrizione della concorrenza per oggetto non può neppure essere ridotta alla fissazione di prezzi, alla ripartizione dei mercati o al controllo del volume delle vendite. La circostanza che i giudici comunitari si siano occupati in molte deci-

27 — In tal senso anche Aicher, J./Schuhmacher, F., in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, vol. 2, Monaco di Baviera, 34° aggiornamento gennaio 2008, art. 81, punto 1, e Bellamy & Child, op. cit. (nota 15), nota 402 sub punto 2.097, che correttamente ricordano come anche altri accordi possano avere per oggetto una restrizione della concorrenza. Anche Wish, R., op. cit. (nota 15), pag. 06, sottolinea che si tratta di un elenco esemplificativo.

sioni di questo tipo di restrizioni della concorrenza non significa che accordi con un altro contenuto non possano avere anch'essi per oggetto una restrizione della concorrenza²⁸.

che possono giocare a favore della compatibilità di un accordo con il mercato comune. Piuttosto, dalla struttura dell'art. 81 CE si ricava che gli elementi del contesto giuridico ed economico rilevanti ai fini dell'art. 81, n. 1, CE sono solo quelli atti a mettere in forse l'esistenza di una restrizione della concorrenza³⁰.

d) Contesto giuridico ed economico

50. Come osservavo poc'anzi, nel verificare se un accordo abbia per oggetto una restrizione della concorrenza è necessario prendere in considerazione non solo il suo contenuto, ma anche il suo contesto giuridico ed economico²⁹. Questo criterio deve essere preso seriamente, ma sarebbe un errore intenderlo come una porta aperta a tutte le circostanze

51. Ritengo opportuno illustrare qui di seguito tre gruppi di casi in cui il contesto di fatto e di diritto di un accordo può condurre a negare o perlomeno a mettere in dubbio una restrizione della concorrenza³¹.

28 — Si v. Wish, R., op. cit. (nota 15), pagg. 12-114. Pur propugnando un'interpretazione molto stretta della nozione di restrizione della concorrenza per oggetto (è dubbio che l'art. 81, n. 1, CE preveda una categoria di restrizioni della concorrenza per natura [ibidem, pagg. 116 e 117]), l'A. afferma espressamente che l'elenco di tali accordi non è esaustivo. Contro una delimitazione della nozione ai suddetti tipi di restrizioni della concorrenza depono anche il rapporto fra l'art. 81, n. 1, CE e l'art. 81, n. 3, CE. Ai fini dell'art. 81, n. 1, CE rileva solo che sussista una restrizione della concorrenza per oggetto o per effetto. Ma anche ove sia certo che un accordo integri una restrizione della concorrenza per oggetto o per effetto, non è ancora detta l'ultima parola sulla sua compatibilità con il mercato comune. Tale accordo può sempre essere compatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE. Vero è che gli accordi che hanno per oggetto la fissazione di prezzi, la ripartizione dei mercati o il controllo del volume delle vendite si distinguono per un carattere particolarmente lesivo, ragion per cui non sono di regola compatibili con il mercato comune. Chi limiti la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto a queste fattispecie particolarmente lesive dimentica, tuttavia, che possono sussistere restrizioni della concorrenza per oggetto compatibili con il mercato comune ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE. Un approccio, questo descritto sopra, a mio avviso inconciliabile con la struttura dell'art. 81 CE. V. al riguardo anche Bellamy & Child, op. cit. (nota 15), nota 291 sub punto 2.069.

29 — V. paragrafo 43 di queste conclusioni.

52. Il *primo gruppo* comprende fattispecie in cui una limitazione della libertà delle imprese di determinare autonomamente la propria politica di mercato non sortisce effetti rilevanti sotto il profilo della concorrenza. Per esempio, casi in cui è incerto se le imprese

30 — V., al riguardo, in particolare, sentenza 8 luglio 1999, causa C-235/92 P, Montecatini/Commissione (Racc. pag. I-4539, punti 114-128).

31 — È vero che questi gruppi non possono essere definiti con precisione tale che ogni singolo caso rientri con certezza solo in uno di essi. Ai fini del presente procedimento è tuttavia sufficiente verificare se un accordo possa essere inquadrato perlomeno in uno di questi tre gruppi.

partecipanti all'accordo si trovino in una situazione di concorrenza³² o è dubbio addirittura se sussista una concorrenza sufficiente che possa subire restrizioni a causa dell'accordo³³.

53. Il *secondo gruppo* consta di fattispecie in cui un accordo è, quanto ai suoi effetti sulla concorrenza, ambivalente. Laddove un accordo cerchi di promuovere la concorrenza, per esempio rafforzando la concorrenza su un mercato o aprendo un mercato o permettendovi l'ingresso di un nuovo concorrente, la limitazione dell'esigenza di autonomia che necessariamente consegue può, in una visione globale, passare in secondo piano rispetto a tale scopo³⁴.

54. Il *terzo gruppo* di casi concerne restrizioni accessorie necessarie per il conseguimento di

uno scopo principale³⁵. Ai fini del presente procedimento pregiudiziale occorre suddividere questo gruppo come segue. Se lo scopo principale perseguito non ricade nel divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE, in quanto neutrale o favorevole alla concorrenza, anche le restrizioni accessorie necessarie al conseguimento di tale scopo non ricadono nel divieto fondamentale previsto dall'art. 81, n. 1, CE³⁶. In questi casi non si può ritenere presente una restrizione della concorrenza. Qualora, invece, lo scopo principale rientri nel divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE, sussiste una restrizione della concorrenza³⁷.

55. Circostanze che non permettono di revocare in dubbio l'ipotesi di una restrizione della concorrenza, come il miglioramento della produzione dei beni attraverso economie di scala, anche qualora debbano infine essere

32 — Sentenza *European Night Services e a./Commissione* (cit. alla nota 26): la potenziale concorrenza non era stata dimostrata.

33 — Sentenza *GlaxoSmithKline Services/Commissione* (cit. alla nota 6, punti 114-147): il dubbio riguardava gli effetti sulla concorrenza dei prezzi, in quanto i prezzi per i consumatori finali erano ampiamente sottratti al gioco della domanda e dell'offerta in forza di disposizioni di legge. Di questa sentenza mi occuperò in dettaglio infra, nei paragrafi 74 e 75.

34 — Sentenze *LTM* (cit. alla nota 9, pagg. 281 e 282): diritto di distribuzione esclusiva per penetrare un mercato; 8 giugno 1982, causa 258/78, *Nungesser e Eisele/Commissione* (Racc. pag. 2015, punti 44-58): concessione di una licenza aperta per la ripartizione di una nuova tecnologia; *Metro SB-Großmärkte/Commissione* (cit. alla nota 16, punti 20-22): canali di distribuzione adeguati a prodotti di elevato valore commerciale e tecnico.

35 — Esempi di restrizioni accessorie sono i divieti di concorrenza senza i quali una cessione di imprese non sarebbe possibile (sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84, *Remia e a./Commissione*, Racc. pag. 2545, punti 19 e 20); i divieti di partecipazione o le restrizioni dell'attività, laddove siano necessari per il funzionamento di una società che persegue uno scopo certamente compatibile con il diritto comunitario della concorrenza (sentenza 15 dicembre 1994, causa C-250/92, *DLG*, Racc. pag. I-5641, punti 30-45); le restrizioni di attività necessarie per la determinazione della deontologia delle libere professioni (sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.*, Racc. pag. I-1577, punto 97) e le normative antidoping (sentenza 18 luglio 2006, causa C-519/04, *Meca-Medina e Majcen/Commissione*, Racc. pag. I-6991, punti 42-44).

36 — Come correttamente sostengono anche *Bellamy & Child*, op. cit. (nota 15), punto 2.112.

37 — Ai fini del presente procedimento non occorre stabilire se in questi casi trovi applicazione anche la nozione di restrizioni accessorie (in tal senso *Bellamy & Child*, op. loc. cit.) o solo l'art. 81, n. 3, CE.

considerate deporre per la compatibilità di un accordo con l'art. 81 CE, possono essere prese in considerazione esclusivamente nell'ambito dell'art. 81, n. 3, CE e non a titolo dell'art. 81, n. 1, CE³⁸.

56. Questa distinzione risulta già dal testo dell'art. 81, n. 3, CE, il quale chiarisce che di questo tipo di effetti si deve tener conto per l'appunto nel suo ambito. La distinzione si fonda sull'idea che l'art. 81 CE sia inteso nel suo insieme al soddisfacimento ottimale dei consumatori³⁹, ma che i suoi nn. 1 e 3 prendano in considerazione *aspetti diversi* di questo benessere. Ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, gli accordi restrittivi della concorrenza fra gli operatori del mercato, in particolare gli accordi restrittivi della funzione di soddisfare al meglio i consumatori offrendo loro un prodotto al prezzo più basso possibile⁴⁰ ovvero prodotti innovativi⁴¹, sono in linea di principio vietati⁴². Essi pregiudicano in modo diretto il benessere dei consumatori e sono — lo ripeto — in linea di principio vietati.

38 — Sentenze del Tribunale 10 marzo 1992, causa T-14/89, Montedipe/Commissione (Racc. pag. II-1155, punto 265); 6 aprile 1995, causa T-148/89, Tréfilunion/Commissione (Racc. pag. II-1063, punto 109), e 18 settembre 2001, causa T-112/99, M6 e a./Commissione (Racc. pag. II-2459, punti 72-74).

39 — Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (nota 16), pag. 1008, nota 28 e la giurisprudenza ivi citata.

40 — Questa funzione della concorrenza può essere pregiudicata in particolare da accordi vertenti sui prezzi [art. 81, n. 1, lett. a), CE], su limitazioni della produzione [art. 81, n. 1, lett. b), CE] o su una ripartizione dei mercati [art. 81, n. 1, lett. c), CE].

41 — Questa funzione della concorrenza può essere pregiudicata in particolare da accordi con cui vengono limitati gli investimenti [art. 81, n. 1, lett. b), CE].

42 — Ciò che Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (nota 16), pagg. 1008 e 1009, definiscono «efficienze allocative e dinamiche»; Odudu, O., «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect», *European Competition Law Review* 2002, pag. 20.

57. L'art. 81, n. 3, CE, invece, riconosce che gli accordi che restringono il gioco della concorrenza fra gli operatori del mercato portano tra l'altro ad una riduzione dei costi di produzione e che la riduzione dei costi di produzione può contribuire in via indiretta al benessere dei consumatori⁴³. Poiché, tuttavia, della riduzione dei costi di produzione beneficiano innanzitutto e direttamente i produttori⁴⁴, la compatibilità di un siffatto accordo con il mercato comune ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE dipende in particolare dalla partecipazione dei consumatori alle economie realizzate. Di ciò ha tenuto conto il legislatore comunitario sotto il profilo probatorio, imponendo alle parti di un accordo restrittivo della concorrenza di dimostrare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 81, n. 3, CE, in particolare la partecipazione agli utili da parte dei consumatori⁴⁵.

58. Per questi motivi, circostanze che non permettono di revocare in dubbio l'ipotesi di una restrizione della concorrenza, come il miglioramento della produzione dei beni attraverso economie di scala, anche qualora debbano infine essere considerate deporre per la compatibilità di un accordo con l'art. 81 CE, possono essere prese in considerazione esclusivamente nell'ambito dell'art. 81, n. 3, CE e non a titolo dell'art. 81, n. 1, CE⁴⁶.

43 — Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (nota 16), pagg. 1008 e 1009, chiamano questa funzione «efficienza produttiva»; v. anche Odudu, O., «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect» (cit. alla nota 42), pag. 20.

44 — Odudu, O., «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect» (cit. alla nota 42), pag. 20.

45 — V. art. 2, seconda frase, del regolamento n. 1/2003.

46 — Sentenze (citate alla nota 38) Montedipe/Commissione (punto 265), Tréfilunion/Commissione (punto 109) e M6 e a./Commissione (punti 72-74).

3. Conclusione

59. In conclusione, non si può condividere l'interpretazione restrittiva offerta dalla BIDS. La nozione di restrizione della concorrenza per oggetto non presuppone una restrizione manifesta della concorrenza. Non esiste inoltre alcun elenco esaustivo delle restrizioni della concorrenza per oggetto. Il contesto giuridico ed economico deve essere preso in considerazione solo nella misura in cui possa mettere in forse la presenza di una restrizione della concorrenza. Altri elementi possono essere tenuti in conto, addirittura anche qualora debbano essere valutati positivamente riguardo al mercato comune, solo nell'ambito dell'art. 81, n. 3, CE.

B — Accordi del tipo dei contratti BIDS hanno per oggetto una restrizione della concorrenza?

60. Per prima cosa si deve constatare che l'art. 81, n. 1, CE è applicabile all'attività e ai prodotti del settore della trasformazione⁴⁷.

47 — È vero che la questione pregiudiziale è intesa all'interpretazione della nozione di restrizione della concorrenza per oggetto contenuta nell'art. 81, n. 1, CE. Accordi quali i contratti BIDS possono tuttavia costituire una restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE solo laddove l'art. 81 CE sia loro applicabile. L'applicabilità dell'art. 81 CE risulta, nel caso presente, dagli artt. 1 e 2 del regolamento (CEE) del Consiglio 4 aprile 1962, n. 26, relativo all'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli (GU n. 30, pag. 993), nella versione del regolamento (CEE) del Consiglio 29 giugno 1962, n. 49, che modifica la data di applicazione di taluni atti relativi alla politica agricola comune (GU n. 53, pag. 1571). Da questo punto di vista la situazione giuridica non è mutata a seguito dell'entrata in vigore del regolamento (CE) del Consiglio 24 luglio 2006, n. 1184.

Come ho illustrato sopra⁴⁸, per stabilire se accordi come i contratti BIDS abbiano per oggetto una restrizione della concorrenza, occorre procedere nel modo seguente: innanzi tutto è necessario verificare se siffatti accordi finiscano necessariamente col comportare restrizioni della concorrenza o se siano specificamente intesi a limitare la libertà delle parti di determinare da sole la propria politica sul mercato (1) e quindi ad alterare le condizioni di mercato (2). Subito dopo occorrerà verificare nell'ambito di una valutazione complessiva se gli elementi restrittivi siano necessari per il conseguimento di uno scopo favorevole alla concorrenza o comunque di uno scopo principale non compreso nel divieto fondamentale sancito dall'art. 81, n. 1, CE (3).

1. Limitazione della libertà di determinare autonomamente la propria politica di mercato

61. Accordi del tipo dei contratti BIDS implicano una limitazione della libertà delle imprese che si ritirano e di quelle che restano di determinare autonomamente la propria politica di mercato. In particolare, le imprese che si ritirano devono impegnarsi con contratti di uscita a lasciare il mercato, ad osservare un divieto di concorrenza e a

48 — V. paragrafi 42 e 59 di queste conclusioni.

rispettare i limiti all'utilizzo e alla disponibilità degli impianti smantellati⁴⁹, mentre le imprese che restano devono impegnarsi ai sensi dell'accordo BIDS al versamento di contributi.

2. Alterazione delle condizioni di mercato

62. Queste restrizioni della libertà di auto-determinazione devono condurre ad un'alterazione delle condizioni di mercato. In tale contesto occorre ricordare che, in linea di principio, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale non spetta alla Corte di giustizia verificare gli accertamenti di fatto dei giudici nazionali. Non spetta alla Corte di giustizia neppure verificare se la Supreme Court sia vincolata agli accertamenti della High Court. Per contro, alla Corte di giustizia spetta interpretare il diritto comunitario in maniera tale da mettere il giudice nazionale nella condizione di applicarlo correttamente. In tale compito rientra anche stabilire quali circostanze siano rilevanti per l'applicazione del diritto comunitario e quali non lo siano.

63. Per stabilire se un accordo alteri le condizioni di mercato è opportuno procedere ad un paragone fra due possibili situazioni⁵⁰.

64. La *prima situazione possibile* è la situazione configurabile in assenza dei contratti BIDS. È quella che emerge in particolare dalle lett. a)-d) della questione pregiudiziale. Dalla lett. c) della questione pregiudiziale e dagli atti del procedimento deduco che, nel settore della trasformazione, non sono finora avvenute uscite dal mercato di notevole portata e che, senza l'accordo BIDS, tali uscite non potrebbero raggiungere, quanto meno a breve termine, il 25% della capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione.

65. La *seconda situazione possibile* è quella configurabile dando applicazione ai contratti BIDS. In tale situazione occorre verificare se i contratti BIDS abbiano per oggetto una

49 — È questo che distingue i contratti BIDS dalla decisione unilaterale di un'impresa di ritirarsi dal mercato.

50 — Sentenza LTM (cit. alla nota 9, pag. 283).

restrizione della concorrenza. All'uopo si deve tenere conto — come osservavo sopra⁵¹ —, in questa seconda situazione ipotetica, degli effetti che scaturiscono necessariamente dalle disposizioni descritte ai punti 1-9 della questione pregiudiziale nonché degli effetti che le parti intendono raggiungere con tali disposizioni.

66. In limine occorre constatare che l'accordo BIDS costituisce un accordo orizzontale, ossia un accordo fra concorrenti che si trovano sul medesimo livello di mercato. Anche il contratto di uscita costituisce un accordo orizzontale fra un'impresa trasformatrice ed un'associazione di imprese trasformatrici, la BIDS.

a) Riduzione del 25% della capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione

67. L'obiettivo dei contratti BIDS è ridurre del 25% la capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione mediante l'uscita dal mercato di alcune imprese trasformatrici. L'uscita dal mercato delle imprese trasformatrici e il divieto di utilizzare i loro impianti di trasformazione mi sembrano misure in linea di massima adatte a restringere il gioco della

concorrenza fra le imprese che restano sul mercato⁵².

68. C'è concorrenza non solo quando i produttori possono sfruttare appieno la propria capacità, bensì anche dove essi abbiano sovraccapacità. Su un produttore gravano costi fissi per la messa in funzione e il mantenimento degli impianti di produzione. Nel caso di un basso livello di utilizzazione di tali impianti, questi costi fissi incidono più pesantemente sui costi di produzione per unità che nel caso di un livello di utilizzazione più elevato, in quanto in quest'ultima ipotesi la componente fissa dei costi di produzione per unità diminuisce in percentuale (cosiddetto «effetto scala»). Un produttore è pertanto stimolato, in linea di principio, a realizzare economie di scala attraverso l'utilizzazione ottimale dei propri impianti di produzione⁵³.

69. La BIDS mette in discussione quanto sopra esposto. Al riguardo adduce che la riduzione della capacità globale non condurrebbe ad una diminuzione della produzione globale e che il prezzo dei prodotti delle imprese trasformatrici non aumenterebbe. Si tratterebbe di una riduzione una tantum della

52 — V. sentenza del Tribunale 28 febbraio 2002, causa T-395/94, Atlantic Container Line AB e a./Commissione (Racc. pag. II-875, punto 56); in tal senso anche Jürgens, R., *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Peter Lang, Francoforte sul Meno, 2007, pag. 95.

53 — Sul rapporto fra sovraccapacità, economie di scala e aumento della concorrenza, v. Schulz, N., *Wettbewerbspolitik*, Tubinga, 2003, pagg. 84-86.

51 — V. paragrafi 42-59 di queste conclusioni.

capacità produttiva dell'intero mercato. Prima di analizzare tale posizione vorrei ricordare che in questa sede possono essere prese in considerazione solo circostanze atte a far dubitare che sussista una restrizione della concorrenza⁵⁴.

70. *In primo luogo*, se la produzione globale resta inalterata⁵⁵, mi sembra logico che in un mercato caratterizzato da una sovraccapacità elevata domini, in linea di principio, una concorrenza più forte fra gli operatori rispetto ad un mercato caratterizzato da una sovraccapacità più bassa (o nulla). In un mercato con una sovraccapacità elevata risulta più difficile, per il produttore medio, ottenere il medesimo livello di utilizzazione del proprio impianto di produzione che in un mercato con una sovraccapacità bassa. Poiché con un livello di utilizzazione basso le economie di scala diminuiscono, un produttore medio è soggetto, in un mercato caratterizzato da una sovraccapacità elevata, ad una pressione concorrenziale più forte che in un mercato caratterizzato da una sovraccapacità solo bassa. In economia è riconosciuta l'interdipendenza fra sovraccapacità, economie di scala e pressione concorrenziale⁵⁶.

71. Non vedo alcuna ragione per cui questa interdipendenza non dovrebbe sussistere nel caso di specie. In particolare, non mi sembra rilevante per la sussistenza di tale nesso se la sovraccapacità sia il risultato di una diminu-

zione della domanda oppure di una politica di incentivazione alla costruzione e all'ampliamento di impianti di trasformazione e di ripartizione omogenea della materia prima da trasformare. Anche il fatto che siffatta interdipendenza sia stata accertata dallo studio di mercato depone in tal senso. La circostanza che la produzione complessiva non diminuisce non permette dunque di per sé di escludere la sussistenza di una restrizione della concorrenza⁵⁷.

72. *In secondo luogo*, neanche la circostanza che i prezzi non aumenteranno è adatta, a mio avviso, ad escludere una restrizione della concorrenza. Nel caso di specie la questione rilevante è solo se accordi come i contratti BIDS abbiano per oggetto una restrizione della concorrenza. L'esistenza di una tale restrizione, da un lato, e i possibili effetti sui prezzi di una restrizione della concorrenza, dall'altro, sono due cose distinte e separate, se non altro perché i prezzi possono essere influenzati da una molteplicità di fattori, non tutti i quali idonei ad escludere una restrizione della concorrenza.

54 — V. paragrafi 50-58 di queste conclusioni.

55 — La High Court è partita dal presupposto che la produzione complessiva non muterebbe in modo sostanziale.

56 — Sul rapporto fra sovraccapacità, economie di scala e aumento della concorrenza, v. Schulz, N., op. cit. (nota 53), pagg. 84-86.

57 — L'esempio seguente mostra le assurdità cui potrebbe condurre, spinto all'estremo, il ragionamento della BIDS: in una situazione di duopolio sul lato dell'offerta e di sovraccapacità elevata, qualora uno dei due offerenti, d'accordo con l'altro, interrompesse la propria produzione, senza tuttavia che la produzione complessiva diminuisca, l'accordo non avrebbe per oggetto, secondo la BIDS, una restrizione della concorrenza. Eppure, un tale mutamento della struttura del mercato comporterebbe un'ampia esclusione della concorrenza, in quanto l'offerente che resta, operando in un regime di monopolio, sarebbe esposto ad una concorrenza solo potenziale.

73. Nel caso presente un aumento dei prezzi sarebbe evitato grazie alle economie di scala realizzate per merito di un'utilizzazione intensa e al potere negoziale della controparte di mercato. Le economie di scala possono effettivamente dipendere da una riduzione della capacità produttiva dell'intero settore di trasformazione, ma non possono escludere di per sé che sussista una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE. Piuttosto, in quanto avvantaggiano innanzi tutto e direttamente le imprese trasformatrici, esse devono essere prese in considerazione nell'ambito dell'art. 81, n. 3, CE⁵⁸. Lo stesso potere negoziale della controparte di mercato, finanche quando dovesse scongiurare un aumento dei prezzi, non può, in linea di principio, escludere una restrizione della concorrenza e deve essere pertanto preso in considerazione anch'esso nell'ambito dell'art. 81, n. 3, CE⁵⁹.

74. Il caso di specie non è neppure paragonabile a quello oggetto della sentenza Glaxo-SmithKline Services/Commissione⁶⁰. In quel caso — concernente del resto una disciplina verticale dei prezzi — i prezzi praticati ai consumatori finali erano determinati da previsioni legislative e sottratti pertanto, in

gran parte, agli effetti della domanda e dell'offerta⁶¹. In un caso siffatto si può dubitare che una disciplina verticale dei prezzi sia adatta a restringere il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE⁶². Il caso presente è tuttavia diverso già per il fatto che mancano disposizioni legislative che impediscano di ammettere gli utilizzatori ai benefici risultanti dal gioco della concorrenza fra le imprese trasformatrici restanti.

75. D'altro lato, il fatto che i prezzi non aumenteranno non esclude qualsiasi possibilità di una concorrenza effettiva. Al contrario, su un mercato caratterizzato da una sovracapacità elevata e da una produzione complessiva inalterata, la *diminuzione dei prezzi* costituisce una misura concorrenziale tipica. Essa permette a un produttore di attrarre una parte considerevole della domanda e, così facendo, di aumentare il proprio livello di utilizzazione e di realizzare economie di scala⁶³. La circostanza che i prezzi non aumenteranno non è dunque adatta di per sé ad escludere una restrizione della concorrenza.

58 — V. paragrafi 55-58 di queste conclusioni; Bellamy & Child, op. cit. (nota 15), punto 3.029; Odudu, O., «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect» (cit. alla nota 42), pag. 19, e Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (nota 16), pagg. 1008 e 1009.

59 — Sul potere negoziale della controparte di mercato, v. punti 114-128 della sentenza Montecatini/Commissione (cit. alla nota 30). La ricorrente lamentava in particolare che il Tribunale non avesse tenuto conto della maggiore forza contrattuale dei consumatori (punto 116). Al punto 127 la Corte ha constatato che siffatte circostanze possono giocare un ruolo solo se il contesto economico esclude ogni possibilità di concorrenza effettiva.

60 — Cit. alla nota 6.

61 — Ibidem, punti 114-134.

62 — In un caso del genere è necessario verificare esattamente se venga pregiudicata la funzione della concorrenza di soddisfare al meglio i consumatori offrendo loro un prodotto al prezzo più basso possibile (v. al riguardo paragrafo 52 di queste conclusioni).

63 — Schulz, N., op. cit. (nota 53), pagg. 84-86.

76. *In terzo luogo*, non si comprende in che modo la circostanza che la capacità globale sia ridotta «una tantum» possa escludere una restrizione della concorrenza. Si ricordi, tra l'altro, che gli effetti dei contratti di uscita e dell'accordo BIDS non sono affatto puntuali: il divieto di concorrenza per le imprese che si ritirano ha una durata di due anni e i limiti all'utilizzo e alla disponibilità una di cinque.

77. *In conclusione*, non posso rinvenire né nelle circostanze allegate dalla BIDS né in altre circostanze del procedimento a quo una ragione per mettere in dubbio il nesso fra la riduzione del 25% della capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione a seguito dell'uscita dal mercato di singole imprese trasformatrici, da un lato, e una restrizione della concorrenza, dall'altro. Piuttosto, l'accordo costituisce una compravendita di concorrenza. Nel caso di una riduzione del 25% della capacità globale non ho alcun serio dubbio che tale misura incida sulla concorrenza. Fatta salva la valutazione complessiva cui procederò al punto 3, la limitazione del 25% della capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione mi sembra essere intesa ad una restrizione significativa della concorrenza⁶⁴.

b) Uscita dal mercato di talune imprese

78. Come osservavo sopra⁶⁵, dalla lett. c) della questione pregiudiziale e dagli atti processuali deduco che finora non sono avvenute, nel settore della trasformazione, uscite dal mercato di portata degna di nota e che, senza l'accordo BIDS, le uscite dal mercato non potrebbero raggiungere, quanto meno a breve termine, il 25% della capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione.

79. Per ragioni di completezza verificherò adesso se si debba parlare di una restrizione della concorrenza anche laddove, nella prima situazione ipotetica (assenza di accordi del tipo dei contratti BIDS), si dovesse pervenire ad un'analoga uscita dal mercato a causa dei meccanismi stessi del mercato.

80. Ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, è vietata ogni restrizione dell'esigenza di autonomia qualora essa conduca a condizioni di concorrenza non

64 — In tal senso anche Jürgens, R., op. cit. (nota 52), pag. 95.

65 — V. paragrafo 64 di queste conclusioni.

corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura della merce e delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato⁶⁶.

c) Versamento di contributi da parte delle imprese che restano sul mercato

81. Nella prima situazione ipotetica (assenza dei contratti BIDS) la funzione selettiva della concorrenza farebbe sì, in linea di principio, che restino sul mercato le imprese trasformatrici più efficienti ovvero quelle che soddisfano meglio le richieste dei propri clienti e, in definitiva, dei consumatori finali. Se, invece, la selezione delle imprese che restano avviene, nella seconda situazione ipotetica (presenza dei contratti BIDS), non attraverso i meccanismi del mercato, bensì in forza di un accordo fra le imprese trasformatrici, la funzione selettiva della concorrenza è alterata. Prova ne è, in particolare, che l'accordo BIDS non prevede la possibilità di smantellare singoli impianti di trasformazione. Un'impresa trasformatrice non può dunque, ai sensi dell'accordo BIDS, chiudere i propri impianti di trasformazione inefficienti e restare sul mercato con quelli efficienti.

82. Fatta salva la valutazione complessiva che mi accingo ad effettuare al punto 3, questo impatto sulla funzione selettiva della concorrenza mi sembra inteso ad una restrizione della concorrenza stessa⁶⁷.

83. Occorre innanzi tutto constatare che il versamento di contributi impedisce alle imprese che restano di disporre liberamente delle somme corrispondenti ed aumenta i loro costi di trasformazione. A causa dell'aumento dei costi di trasformazione le imprese che restano incorrono prima in perdite. Ne può derivare una restrizione della concorrenza qualora il versamento dei contributi dovesse ripercuotersi significativamente sul comportamento di mercato delle imprese che restano⁶⁸. Il giudice nazionale deve pertanto verificare se, indipendentemente dal loro ammontare, i contributi siano in grado di incidere significativamente sul comportamento delle imprese che restano.

84. Anche la progressione dei contributi secondo la quota abituale di abbattimento è adatta a determinare una restrizione della concorrenza fra le dette imprese. Certo, la BIDS ha presentato il versamento dei contributi come un semplice «prezzo» da pagare per rilevare le quote di mercato delle imprese che si ritirano. Le imprese che restano dovrebbero lottare per la conquista di tali quote e sopportare costi pari a EUR 11 per capo abbattuto, ragion per cui la concorrenza fra le imprese che restano non sarebbe ristretta.

66 — V. sentenza Commissione/Anic Partecipazioni (cit. alla nota 16, punti 116 e 117).

67 — In tal senso anche Jürgens, R., op. cit. (nota 52), pag. 95.

68 — Sentenza 12 settembre 2000, causa C-180/98, Pavlov e a. (Racc. pag. I-6451, punti 90-97).

85. Al riguardo è sufficiente osservare che un assetto del genere comporta necessariamente che la quota di mercato abituale delle imprese che restano venga tutelata. Un'impresa che resta che abbia già raggiunto la propria quota abituale di abbattimento (Out-Performer) e si trovi in concorrenza con un'impresa che resta che non abbia ancora raggiunto la sua propria quota (Low-Performer) sopporta uno svantaggio in termini di costi pari a EUR 9 fintantoché il Low-Performer non raggiunge la propria quota abituale di abbattimento. La graduazione dei contributi tende quindi a tutelare la quota abituale di abbattimento di ogni impresa che resta. Tuttavia, le imprese che restano sono in concorrenza non solo per assicurarsi la quota di abbattimento — divenuta libera — delle imprese che si ritirano, bensì anche per difendere la loro quota di abbattimento abituale. La graduazione dei contributi restringe dunque ulteriormente il gioco della concorrenza con riferimento alla quota abituale di abbattimento. Un'impresa trasformatrice che, sulla base delle condizioni di mercato, può ipotizzare che la produzione complessiva in futuro stagnerà o precipiterà⁶⁹, può anche prevedere esattamente il momento a partire dal quale supererà la sua quota abituale di abbattimento.

86. Alla luce dei motivi summenzionati⁷⁰ è irrilevante che, nonostante il versamento dei contributi, la produzione complessiva non diminuisca e i prezzi non aumentino. Neanche la circostanza che il pagamento dei contributi sia tendenzialmente limitato ad un anno è atta ad escludere in via generale una restrizione della concorrenza. Siffatte circostanze possono eventualmente essere prese in

considerazione nell'ambito dell'art. 81, n. 3, CE.

d) Limiti all'utilizzo e alla disponibilità

87. Nella misura in cui intendono impedire il rientro sul mercato delle imprese che si ritirano, i limiti all'utilizzo e alla disponibilità costituiscono una misura che garantisce e, per questa stessa via, rafforza gli effetti dell'uscita dal mercato delle imprese che si ritirano. Rimando sul punto alle mie precedenti osservazioni⁷¹.

88. I limiti all'utilizzo e alla disponibilità possono inoltre dissuadere potenziali concorrenti non membri della BIDS. Se davvero la

69 — Constatazione della High Court.

70 — V. paragrafi 70-75 di queste conclusioni.

71 — V. paragrafi 67-77 di queste conclusioni.

costruzione di nuovi impianti di trasformazione non è più sostenibile alle attuali condizioni di mercato⁷², limiti all'utilizzo e alla disponibilità quali quelli previsti nell'accordo BIDS mi sembrano in linea di principio adatti a limitare l'eventuale concorrenza di terzi.

89. L'art. 81, n. 1, CE tutela anche la concorrenza potenziale⁷³. Se in passato nuovi concorrenti hanno fatto con successo il loro ingresso sul mercato⁷⁴, non mi sembra puramente teorico che altrettanto avvenga anche in futuro. Sussistono dunque buone ragioni per ritenere che i limiti all'utilizzo e alla disponibilità intendono ostacolare l'ingresso sul mercato di potenziali concorrenti.

90. Se potenziali terzi concorrenti abbiano o meno altre possibilità di ingresso sul mercato rileva, a mio avviso, solo per valutare l'entità della restrizione della concorrenza. Poiché circa il 25% della capacità produttiva complessiva soggiacerà a limiti di utilizzo e di disponibilità, sembra decisamente verosimile che la restrizione della concorrenza sia significativa.

72 — Constatazione della High Court.

73 — Sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis* (Racc. pag. I-935, punto 21).

74 — La High Court faceva riferimento all'ingresso sul mercato della *Exel Meats Limited*.

91. Il giudice nazionale deve pertanto verificare se esistano potenziali concorrenti per un accesso al mercato e se gli stessi possano essere interessati a ricorrere a tal fine agli impianti di trasformazione delle imprese che si ritirano.

92. Non solo: le imprese che restano non possono servirsi degli impianti smantellati per ampliare le proprie capacità. Anche questo divieto costituisce una restrizione della concorrenza, in particolare laddove la costruzione di nuovi impianti di trasformazione non sia economicamente sostenibile nelle attuali condizioni del mercato⁷⁵.

93. Per le ragioni sopraesposte⁷⁶ è irrilevante che i limiti all'utilizzo e alla disponibilità non comportino una riduzione della produzione complessiva o un aumento dei prezzi.

75 — Constatazione della High Court.

76 — V. paragrafi 70-75 di queste conclusioni.

e) Conclusione

94. Fatto salvo uno scopo dei contratti BIDS favorevole alla concorrenza, o uno scopo principale neutrale per la stessa, pervengo dunque alla seguente conclusione parziale: perlomeno i tre elementi della programmata riduzione del 25% della capacità produttiva dell'intero settore della trasformazione a seguito dell'uscita dal mercato di alcune imprese trasformatrici, della graduazione dei contributi e dei limiti all'utilizzo e alla disponibilità depongono necessariamente per una restrizione della concorrenza.

95. In tale contesto desidero sottolineare, a puro titolo di completezza, che la BIDS non ha agito per obbligo dello Stato⁷⁷. La circostanza che lo studio di mercato sia stato finanziato dal governo irlandese e che il gruppo di lavoro sulla carne bovina abbia invitato il settore della trasformazione a mettere in pratica tale studio non costituisce una costrizione da parte dello Stato.

77 — In linea di principio un tale obbligo deve essere verificato solo su richiesta dell'impresa interessata: v. sentenza Montecatini/Commissione (cit. alla nota 30, punto 128).

3. Considerazione degli obiettivi perseguiti con i contratti BIDS

96. La BIDS fa valere che l'obiettivo dei contratti BIDS è la limitazione della sovraccapacità e il conseguimento di economie di scala. In particolare, l'obbligo dei contributi e i limiti all'utilizzo e alla disponibilità sarebbero giustificati da siffatto legittimo obiettivo.

97. *In primo luogo*, desidero ricordare che lo scopo della presente verifica è solo di stabilire se l'accordo abbia per oggetto una restrizione della concorrenza. Ai fini dell'art. 81, n. 1, CE non rileva se la restrizione della concorrenza sia talmente manifesta o condannabile da poter essere paragonata ad un'intesa tipica.

98. *In secondo luogo*, si deve considerare che la circostanza che un settore attraversi una crisi congiunturale o strutturale non osta, secondo giurisprudenza costante, all'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE⁷⁸.

78 — Sentenze 13 dicembre 2006, cause riunite T-217/03 e T-245/03, FNCBV/Commissione (Racc. pag. II-4987, punto 90), e 20 aprile 1999, cause riunite da T-305/94 a T-307/94, da T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione (Racc. pag. II-931, punto 740).

99. *In terzo luogo*, la circostanza che le parti perseguano con l'accordo un obiettivo legittimo non esclude in linea di principio, sempre secondo giurisprudenza costante, una restrizione della concorrenza per oggetto ⁷⁹.

4. Conclusione

102. In conclusione, si deve constatare che un accordo del tipo dei contratti BIDS ha per oggetto una restrizione della concorrenza.

100. La situazione è diversa, secondo la summenzionata ⁸⁰ giurisprudenza della Corte di giustizia, solo nel caso in cui un accordo persegua uno scopo favorevole ovvero neutrale ai fini della concorrenza. Ma non è questo il caso di specie. Al contrario, l'obiettivo di aumentare la redditività dell'intero settore della trasformazione attraverso una riduzione del 25% della sovraccapacità conduce necessariamente ad una restrizione della concorrenza ⁸¹.

C — Valutazione conclusiva degli elementi di un accordo come i contratti BIDS

103. Procedo adesso ad illustrare come i singoli elementi di accordi quali i contratti BIDS debbano essere valutati alla luce della casistica prevista dall'art. 81, n. 1, lett. b), CE e della clausola generale contenuta nell'art. 81, n. 1, CE.

101. *In quarto luogo*, l'obiettivo della BIDS consiste nel favorire la produzione mediante economie di scala. Dal combinato disposto degli artt. 81, n. 1, CE e 81, n. 3, CE risulta, tuttavia, che un siffatto obiettivo può essere preso in considerazione solo a titolo dell'art. 81, n. 3, CE ⁸².

104. È vero che, a mio avviso, riserve nei confronti di un'eccessiva schematizzazione delle restrizioni della concorrenza sono d'obbligo. Il contenuto di un accordo deve essere sempre esaminato alla luce del suo contesto giuridico ed economico. Il caso presente mi sembra mostrare che paragonare un accordo a tipiche restrizioni gravi della concorrenza non sempre è appropriato e può anzi condurre ad eludere la questione vera e propria, vale a dire se sussista o meno una restrizione della concorrenza per oggetto.

79 — Sentenza IAZ International Belgium e a./Commissione (cit. alla nota 20, punti 22-25).

80 — V. paragrafi 52-55 di queste conclusioni.

81 — V. paragrafi 67-77 di queste conclusioni.

82 — V. paragrafi 55-57 di queste conclusioni.

Non solo. Poiché quelli menzionati nell'art. 81, n. 1, lett. a)-e), CE costituiscono un elenco non esaustivo di esempi, una tipizzazione assoluta non è neanche assolutamente necessaria. Piuttosto, dal punto di vista giuridico è sufficiente che ricorrano tutti gli elementi della clausola generale.

105. Ciononostante, per le imprese e i loro assistenti legali la creazione di categorie può essere utile, in particolare ora che vige un sistema di autovalutazione. Propongo pertanto alla Corte di classificare come segue le restrizioni della concorrenza per oggetto sopra identificate.

106. La riduzione della capacità globale costituisce di per sé una restrizione della concorrenza che ricade nell'ambito della clausola generale di cui all'art. 81, n. 1, CE. Non è necessario stabilire se essa comporti anche una limitazione della produzione ai sensi dell'art. 81, n. 1, lett. b), CE⁸³. Fintantoché — come nel caso presente — si perviene alla limitazione della capacità complessiva attraverso l'uscita dal mercato e quindi attraverso la cessazione della produzione di singole imprese trasformatrici, sussiste altresì una limitazione della produzione ai sensi dell'art. 81, n. 1, lett. b), CE. Diversi elementi mi paiono indicare che tale limita-

zione non riguarda solo la produzione globale, bensì anche la produzione del singolo operatore. In primo luogo, il testo dell'art. 81, n. 1, lett. b), CE; in secondo luogo, un paragone con gli altri casi di specie considerati e, in terzo luogo, le finalità della disposizione. Lo scopo di tutela dell'art. 81, n. 1, CE, che è di preservare la concorrenza nella sua funzione di soddisfare in modo ottimale i bisogni dei consumatori fornendo loro un prodotto al prezzo più basso possibile, mi sembra infatti scattare già quando un solo operatore di mercato limiti o cessi del tutto la sua produzione.

107. La graduazione dei contributi è adatta a dissuadere un'impresa che resta dall'ampliare la sua quota di mercato rispetto ad un'altra impresa che resta. Di conseguenza, anch'essa costituisce una limitazione della produzione.

108. I limiti all'utilizzo e alla disponibilità sono parimenti adatti a limitare l'aumento della produzione che un'impresa trasformatrice potrebbe conseguire potenziando la propria capacità e devono pertanto essere considerati a loro volta una limitazione della produzione.

83 — V., al riguardo, il punto 56 della sentenza *Atlantic Container Line AB e a./Commissione* (cit. alla nota 52).

VII — Conclusione

109. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di risolvere nei termini seguenti la questione sottoposta dalla Supreme Court:

Un accordo come quello descritto nella questione pregiudiziale, per contenuto e circostanze, costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto e non è pertanto compatibile con l'art. 81, n. 1, CE, sempre che ricorrano gli ulteriori presupposti previsti da tale disposizione.