CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GERHARD REISCHL DEL 21 SETTEMBRE 1978 [1]

Signor Presidente,
signori Giudici,

l'appellato nella causa sulla quale si innesta il presente procedimento pregiudiziale era, dal 1968, direttore amministrativo dell'istituto scientifico franco-tedesco di ricerche militari in Saint-Louis (Haut-Rhin), ove egli risiedeva dal 1° luglio 1968 al 28 luglio 1973.

Durante la sua permanenza in Francia egli faceva stipulare per suo conto, dall'appellante, contratti di borsa a termine: la banca trasmetteva ai propri agenti presso la Borsa di Parigi i vari ordini di acquisto e di vendita dell'appellato; alla scadenza del termine, non aveva luogo alcuna effettiva presa di possesso o cessione delle azioni acquistate o vendute, né veniva interamente pagato il prezzo d'acquisto o riscosso il prezzo di vendita, ma si procedeva unicamente al calcolo della differenza fra le quotazioni stabilite convenzionalmente e quelle effettivamente raggiunte dai titoli; i profitti e le perdite derivanti da tali operazioni venivano iscritti in dare o avere sul conto aperto dall'appellato presso la banca appellante e per il quale quest'ultima aveva concesso all'appellato, in relazione ai suddetti negozi a termine, un credito allo scoperto.

Con atto di citazione 22 maggio 1975 l'attuale appellante nella causa principale faceva valere dinanzi al Landgericht di Bonn il proprio credito relativo al saldo debitore risultante, alla data del 31 gennaio 1975, su detto conto dell'appellato (852 620,39 FF). Con sentenza 13 gennaio 1977, il tribunale dichiarava che, per la somma di 473 937,47 FF, imputabile alle speculazioni in borsa, la pretesa non poteva essere fatta valere, essendo ad essa opponibile l'eccezione di gioco ai sensi dei §§ 52 e segg. del Börsengesetz (legge sulla borsa) e dei §§ 762 e 764 del BGB (codice civile tedesco).

In sede di appello, con sentenza contumaciale 11 agosto 1977 l'Oberlandesgericht di Colonia confermava in sostanza il provvedimento del giudice di primo grado, considerando che, ai sensi dell'art. 30 (ordine pubblico) della legge contenente le disposizioni preliminari al codice civile, l'eccezione di gioco contemplata dal diritto tedesco per i contratti di borsa a termine vale anche qualora — come nel caso in esame — debba applicarsi il diritto francese, cui detta eccezione è ignota. Avendo l'appellato fatto opposizione a tale sentenza contumaciale, l'Oberlandesgericht di Colonia, con ordinanza 23 gennaio 1978, sospendeva il procedimento per sottoporre a questa Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

1. Se gli artt. 59 e 60 del Trattato CEE, ove siano correttamente interpretati, facciano venir meno l'eccezione di gioco contemplata dal diritto tedesco (§§ 764, 762 BGB; 61, 58, 50 BörsenG; BGH NJW 75, 1600; 72, 382) nel caso in cui una banca francese, invocando il diritto francese, pretenda da un cliente cittadino tedesco il rimborso delle somme anticipate per contratti a termine da essa stipulati presso la Borsa di Parigi per conto del cliente.
2. Se, per la soluzione di detta questione, abbia rilievo il fatto che il cliente tedesco fosse o no capace, ai sensi del diritto tedesco (§ 53 BörsenG), di stipulare contratti di borsa a termine.

1 — Traduzione dal tedesco.

Prendendo posizione al riguardo, vorrei osservare quanto segue:

I — Anzitutto, a mio avviso, si deve stabilire se nella fattispecie si tratti della prestazione di un servizio ai sensi degli artt. 59 e segg. del Trattato CEE ed eventualmente quale sia la natura di tale prestazione.

Specialmente durante la fase orale del procedimento, la Commissione ha espresso gravi dubbi quanto al fatto che ricorrano i presupposti di cui all'art. 59. Ritengo perciò che l'esame di tale problema debba essere approfondito, in quanto, da una parte, le prestazioni dell'appellante nei confronti dell'appellato sono state più d'una e, dall'altra, il «carattere internazionale» del rapporto non è manifesto nel caso di specie.

1. Poiché, nelle operazioni bancarie, gli istituti di credito prestano in generale i loro servizi in connessione con movimenti di capitale, è sempre stato particolarmente difficile definire i vari aspetti dello stretto rapporto esistente fra le norme del Trattato CEE sulla libera prestazione dei servizi e quelle sulla libera circolazione dei capitali. È stata perciò elaborata la distinzione fra prestazioni «semplici» e prestazioni «vincolate» di servizi bancari: solo le prime sono considerate prestazione di servizi ai sensi degli artt. 59 e 60 del Trattato CEE e soggette alle disposizioni del capitolo riguardante i servizi, mentre le prestazioni bancarie «vincolate» a movimenti di capitale, ai sensi dell'art. 61, n. 2, del Trattato sono destinate ad essere liberalizzate solo di pari passo con la graduale liberalizzazione della circolazione dei capitali. Per stabilire se si tratti di prestazioni bancarie, semplici o vincolate, ovvero di mera circolazione dei capitali ci si basa, in linea di massima, sulla circostanza che i rapporti contrattuali fra le parti vertano o meno su movimenti di capitali. Se il rapporto ha principalmente ad oggetto movimenti di capitali come quelli cui si riferiscono le direttive in merito all'art. 67 del Trattato CEE, si dovrà concludere trattarsi *esclusivamente* di circolazione dei capitali, come, ad esempio, nel caso di «crediti, a breve e medio termine, relativi ad operazioni commerciali o a prestazioni di servizi alle quali partecipi un residente» (cfr. elenco A, nell'allegato I della prima direttiva — 11 maggio 1960 — per l'applicazione dell'art. 67 del Trattato; GU 1960, n. 43, pag. 921). Le correlative prestazioni della banca (trasferimenti, riscossione d'interessi, ecc.) non vengono considerate come *autonomi* servizi e, di conseguenza, la liberalizzazione dei movimenti di capitali *di questo tipo* viene attuata unicamente a norma dell'art. 67.

Sono invece *semplici* prestazioni bancarie le operazioni non connesse a movimenti di capitali, come, ad esempio, contratti di deposito, studi di mercato e simili.

Prestazioni bancarie *vincolate,* ai sensi dell'art. 61, n. 2, del Trattato, sarebbero insomma quelle di cui il movimento di capitali costituisce un fattore complementare *necessario* o quanto meno *tipico.* Un elenco *tassativo* delle prestazioni di servizi bancari connesse con movimenti di capitali — e che vanno liberalizzate — è contenuto nella direttiva del Consiglio 28 giugno 1973, n. 73/183/CEE, «per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari» (GU 1973, n. L 194, pag. 1). Da tale elenco risulta trattarsi, in tutti i casi, di attività non autonome, semplicemente accessorie rispetto al movimento di capitali.

Onde stabilire se, per quanto riguarda le attività svolte nella fattispecie dall'appellante, trovino applicazione gli artt. 59 e segg. del Trattato CEE, è quindi indispensabile accertare se dette attività — ed eventualmente quali di esse — possano essere considerate semplici prestazioni bancarie nei confronti dell'appellato. A mio avviso, la stipulazione di

contratti a termine e la tenuta del relativo conto costituiscono *semplici prestazioni bancarie*, disciplinate dagli artt. 59 e 60 del Trattato CEE. Il credito allo scoperto concesso in tale contesto è quindi un credito a breve termine «a fronte» di tali prestazioni, ai sensi dell'elenco A contenuto nell'allegato I della prima direttiva del 1960 sui movimenti di capitali. In nessun caso si potrà sostenere che la stipulazione di contratti a termine sia un elemento necessario, o anche soltanto tipico, della concessione di un credito allo scoperto. Ora, sarebbe proprio una siffatta mancanza di autonomia la caratteristica decisiva per qualificare come «vincolata», ai sensi dell'art. 61, n. 2, del Trattato, la prestazione bancaria.

A conclusioni diverse non si può giungere neppure in base all'elenco B di cui all'allegato I della prima direttiva del 1960 sui movimenti di capitali, e riguardante fra l'altro le operazioni in titoli trattati in borsa, escluse le quote di fondi comuni d'investimento. Fra le suddette prestazioni bancarie «vincolate» a movimenti di capitali va compreso invero, secondo la direttiva del 1973, anche il «ricevimento di ordini di acquisto o di vendita», ma in proposito si deve tener conto del fatto che i negozi stipulati per conto dell'appellato nella causa principale non rientravano nell'ambito delle operazioni in titoli ai sensi della summenzionata direttiva: queste sono costituite, a quanto risulta dalla definizione datane nell'elenco B contenuto nell'allegato I della prima direttiva del 1960 sui movimenti di capitali, unicamente dall'*acquisto* di titoli nazionali od esteri trattati in borsa, nonché dal rimpatrio o dall'impiego del prodotto della loro liquidazione. Ora, è pacifico che i contratti stipulati dall'appellante non si risolvevano in operazioni in titoli di questo genere: i titoli costituivano soltanto il mezzo fungibile per conseguire utili speculativi, senza che mai si addivenisse ad un reale «acquisto» di effetti o ad una loro «liquidazione». Nella stipulazione dei contratti a termine da parte dell'appellante non si può quindi ravvisare neppure una prestazione bancaria «vincolata», ai sensi dell'art. 61, n. 2, del Trattato, ad operazioni in titoli.

2. Ma soprattuto ritengo inoltre decisiva la questione del «carattere internazionale» del rapporto, indispensabile presupposto di fatto per l'applicazione degli artt. 59 e segg. del Trattato. Come ho già detto, la stipulazione dei contratti di borsa a termine da parte dell'appellante nella causa principale si configura come una semplice prestazione di servizi bancari, collegata con la concessione di un credito. Di per sè, tale prestazione potrebbe essere considerata come un fatto puramente francese, privo di qualsiasi carattere internazionale, se l'appellato — come si deve presumere nel caso di specie — fosse stato residente in Francia per l'intero periodo in cui avevano luogo le operazioni a termine. La situazione potrebbe essere diversa qualora non fosse stato ancora pagato il corrispettivo (provvigioni e spese) per detta semplice prestazione di servizi. Nel caso in esame si potrebbe sostenere che il trasferimento della residenza, da parte dell'appellato, prima dell'estinzione dei rapporti obbligatori derivanti dalla prestazione di servizi di cui trattasi, faccia sorgere a posteriori il necessario carattere internazionale. Tale problema può tuttavia, a mio avviso, restare in sospeso. La causa principale verte infatti in sostanza unicamente sul recupero della somma concessa in prestito a breve termine, e cioè su un movimento di capitali, disciplinato non già dagli artt. 59 e segg., bensì dall'art. 67 del Trattato. Dati gli sviluppi che il rapporto di credito aveva in un altro Stato membro, l'appellato fa però riferimento alla prestazione di servizi bancari che era all'origine di tale rapporto, per desumerne l'impossibilità, per l'appellante, di veder soddisfatta la sua pretesa in sede giudiziale. Questa linea di difesa prova che la stipulazione dei contratti a ter-

mine, qualificata come una semplice prestazione di servizi bancari, *non* può essere considerata come un fatto assolutamente limitato al territorio francese. Perciò, anche qualora si ammetta che l'appellato abbia risieduto unicamente in Francia ed abbia ivi impartito tutti gli ordini di cui trattasi, l'*ultrattività* della prestazione originaria basta a far ritenere che i rapporti commerciali fra le parti sono soggetti agli artt. 59 e 60 del Trattato.

II — Nel presente caso la restrizione di cui si deve accertare la compatibilità con gli artt. 59 e segg. del Trattato CEE consiste nel fatto che un diritto di credito validamente sorto a favore dell'appellante secondo la legge francese non può essere soddisfatto in sede giudiziale nella Repubblica federale di Germania, in quanto i giudici tedeschi — pur ammettendo che in via di principio dovrebbe farsi riferimento alla legge francese — si ritengono tenuti, direttamente o in funzione del limite dell'ordine pubblico (art. 30 EGBGB), ad applicare determinati principi di diritto sostanziale tedesco relativi all'impossibilità di agire in giudizio per far valere pretese del tipo di cui trattasi.

La prima questione del giudice di rinvio è intesa ad accertare se l'eccezione d'improponibilità, e cioè la cosiddetta eccezione di gioco, sia in contrasto, in un caso come quello di specie, con gli artt. 59 e 60 del Trattato CEE.

Per stabilire se il modo in cui il giudice a quo intende interpretare ed applicare il diritto tedesco debba essere considerato come una restrizione — vietata dagli artt. 59 e segg. del Trattato CEE — della libera circolazione dei servizi, va tenuto conto in primo luogo del «Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi» adottato il 18 dicembre 1961 (GU 1962, n. 1, pag. 32) ed attuato, per quanto riguarda la materia che qui ci interessa e cioè la libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate degli istituti di credito, con la direttiva del Consiglio 28 giugno 1973, n. 73/183/CEE (GU 1973, n. L 194, pag. 1).

Per le semplici prestazioni di servizi bancari, di cui all'art. 2, 1° comma, della direttiva, l'art. 1, 1° comma, di quest'ultima fa riferimento alle restrizioni menzionate nel titolo III del Programma generale, restrizioni che gli Stati membri hanno l'obbligo di sopprimere.

1. Il metodo migliore per l'interpretazione sistematica e teleologica del Programma generale è quello di basarsi sul titolo III, punti A, 1° capoverso, B, C e D, 1° capoverso. Secondo quanto dichiarato al punto A, 1° capoverso, va eliminato «ogni divieto o impedimento frapposto alle attività non salariate del prestatore, che consista in un trattamento discriminatorio rispetto ai propri cittadini». Segue un elenco esemplificativo, dopodiché, al 3° capoverso, viene precisato: «Lo stesso dicasi per le disposizioni e pratiche che *nei riguardi di soli stranieri* escludono . . . la facoltà di esercitare i diritti normalmente connessi con la prestazione di servizi . . .».

Al punto B si dichiara inammissibile «ogni divieto od impedimento al trasferimento dell'oggetto e del supporto della prestazione o dello strumento, di macchine, apparecchi e altri mezzi ausiliari impiegati per la prestazione stessa».

Secondo i punti C e D sono vietate le restrizioni riguardanti il trasferimento dei mezzi finanziari necessari all'esecuzione della prestazione, o i pagamenti della prestazione, qualora gli scambi di servizi siano limitati soltanto da restrizioni dei relativi pagamenti.

Dalle suddette disposizioni risulta chiaramente che devono essere eliminate in primo luogo le restrizioni della libera circolazione dei servizi derivanti da norme concernenti gli *stranieri* e in forza delle quali a questi è riservato un trattamento diverso da quello dei cittadini, o ancora (come risulta dalle disposizioni sub

B — D) le restrizioni connesse alle norme in materia di rapporti economici con l'estero, e in particolare in materia valutaria.

Nel caso di specie è evidente che non si tratta di restrizioni del genere, in quanto la circostanza che l'appellante sia una persona giuridica *straniera* è assolutamente irrilevante.

2. Il Programma generale contiene inoltre, al titolo III, sub A, ultimo capoverso, una disposizione riguardante tutti i casi non altrimenti contemplati, e secondo cui «costituiscono restrizioni ... le condizioni alle quali [venga subordinata] la prestazione di servizi e che, quantunque applicate senza riguardo di nazionalità, ostacolino soltanto o prevalentemente la prestazione di questi servizi da parte di stranieri». Ci si chiede se, nel caso di specie, la restrizione corrisponda ad una discriminazione *di fatto* degli stranieri, del tipo di quelle cui si riferisce il suddetto capoverso. Nella disciplina vigente in Germania per le operazioni di borsa non si può, a mio parere, ravvisare una condizione cui sia subordinata la prestazione del servizio, con la conseguenza che questa ne risulterebbe ostacolata soltanto o prevalentemente per gli stranieri. Nella misura in cui anche per le operazioni di borsa effettuate all'estero può essere sollevata, in forza delle disposizioni tedesche, l'eccezione di gioco, sono naturalmente gli stranieri, dal punto di vista numerico, ad essere prevalentemente colpiti dalla suddetta disciplina. La norma di cui al punto A del titolo III non può tuttavia venire intesa nel senso ch'essa imponga di equiparare le operazioni effettuate all'estero da stranieri alle operazioni effettuate nel territorio nazionale da cittadini. La collocazione della norma nel titolo III prova invece, sul piano sistematico, che le restrizioni da eliminare devono riferirsi ad operazioni effettuate da stranieri *nell'ambito nazionale*. Detta norma non impone alcun *obbligo* di universale parità di trattamento.

3. L'altra direttiva richiamata dalla Commissione — direttiva del Consiglio 31 maggio 1963, n. 63/340/CEE, «volta a sopprimere ogni divieto od impedimento al pagamento della prestazione qualora gli scambi di servizi siano limitati soltanto da restrizioni ai pagamenti relativi» (GU 1963, n. 86, pag. 1609) — riguarda, come si deduce dalla sua motivazione e dalle sue disposizioni, esclusivamente determinate restrizioni imposte da norme di diritto pubblico — in particolare in materia di rapporti economici con l'estero e in materia valutaria — quanto ai pagamenti relativi a prestazione di servizi, e non invece questioni attinenti agli effetti di diritto privato di contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi o alla possibilità di far valere in giudizio pretese basate su tali contratti. In realtà, quindi, non sussiste quell'analogia alla quale — secondo le osservazioni della Commissione — verrebbe fatto immediatamente di pensare.

4. È chiaro, d'altra parte, che la Commissione non propugna la diretta applicazione delle norme del Programma generale e della summenzionata direttiva, ma si serve di tali norme soltanto per trarne indizi circa l'esattezza del suo punto di vista, secondo cui l'incompatibilità delle restrizioni imposte dal diritto tedesco con l'art. 59 risulta direttamente da questa disposizione del Trattato CEE.

In realtà, il trattamento differenziale che deriverebbe dalla giurisprudenza tedesca non costituisce una restrizione vietata dagli artt. 59 e segg. del Trattato, norme che mirano unicamente a garantire — al massimo — la parità di trattamento con i cittadini. Questo, tuttavia, è affatto irrilevante nella fattispecie: a parità di condizioni, una banca tedesca vedrebbe opporsi l'eccezione di gioco esattamente come una banca francese; viceversa, nel caso di contratti a termine efficacemente stipulati nel territorio nazionale, lo speculatore *non* potrebbe sollevare l'eccezione di gioco, neppure qua-

lora egli avesse concluso detti contratti tramite la succursale nazionale di una banca estera.

Come si desume molto chiaramente dall'art. 60, 3° comma, del Trattato, nonché dal Programma generale del 1961, gli artt. 59 e segg. non esigono che agli stranieri sia consentita la prestazione di servizi cui non sono legittimati i cittadini. Dallo *specifico divieto* di discriminazione di cui agli artt. 59 e segg., nei quali trova concreta espressione il generale divieto di discriminazione sancito dall'art. 7 del Trattato, non deriva alcun *obbligo* di favorire la prestazione di servizi da parte degli stranieri, obbligo che a sua volta porterebbe ad una discriminazione a danno dei cittadini.

Questa tesi è in armonia con l'opinione dottrinale senz'altro predominante.

Così, ad esempio, nel Commentario al Trattato CEE di Groeben-Boeckh-Thiesing — nota I 2 b) all'art. 59 —, è detto che l'incondizionata mobilità dei servizi, e cioè la possibilità di offrire le relative prestazioni, nella stessa forma, all'interno e all'estero — ed è questo che vorrebbe ottenere, in definitiva, l'appellante nella causa principale — può essere realizzata non già mediante la liberalizzazione, ma solo tramite il ravvicinamento delle legislazioni. Nel suo manuale di diritto comunitario, Ipsen scrive (a pag. 645): «Le libertà sancite dal Trattato implicano l'abolizione di *discriminazioni*, ma non l'eliminazione di restrizioni che, negli Stati membri, sono imposte *anche ai cittadini*. La liberalizzazione intrapresa in uno Stato membro non elimina, quindi, le restrizioni di libertà che il diritto interno stabilisce, *nella propria sfera*, nei confronti dei *cittadini*. Ed in quanto sussistano, *siffatte* restrizioni possono essere imposte, senza che ciò costituisca una discriminazione, *anche* ai cittadini degli altri Stati membri». La stessa tesi viene sostenuta in pratica anche da Maestripieri (*La libre circulation des personnes et des services dans la CEE*, 1972, pagg. 47-53).

III — A questo punto, ci si potrebbe ancora chiedere se l'applicare, in forza del diritto internazionale privato tedesco, le norme tedesche sulle operazioni di borsa non sia eventualmente in contrasto con disposizioni del Trattato diverse dagli artt. 59 e segg. Poiché l'art. 7, una volta accertato che non sussistono i presupposti per l'applicazione degli artt. 59 e segg., non può essere preso in considerazione, rimarrebbe soltanto la clausola generale di cui all'art. 5, 2° comma, del Trattato CEE, secondo cui gli Stati membri si astengono da qualsiasi provvedimento che possa compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato.

Si tratta in ultima analisi della questione del se le discriminazioni necessariamente derivanti dalla diversità degli ordinamenti degli Stati membri, ed in particolare dei rispettivi sistemi di diritto internazionale privato, ostacolino il funzionamento del mercato comune al punto che le corrispondenti restrizioni debbano essere considerate senz'altro vietate. Tale questione va risolta in senso negativo. Il Trattato presuppone l'esistenza di differenti ordinamenti giuridici degli Stati membri e predispone in particolare, agli artt. 100 e segg., lo strumento del ravvicinamento delle legislazioni per eliminare le relative perturbazioni nel funzionamento del mercato comune. Nel caso in esame, la «perturbazione» deriva, da un lato, dalla diversità dei regimi amministrativi vigenti in materia di operazioni di borsa nei vari Stati membri e, dall'altro, dalla circostanza che la Repubblica federale di Germania estende unilateralmente, in base al proprio diritto internazionale privato, il regime tedesco delle operazioni di borsa a fatti avvenuti all'estero. Tale «perturbazione» può quindi essere eliminata solo mediante l'armonizzazione delle norme concernenti la borsa e l'unificazione del diritto internazionale privato.

Vorrei d'altra parte accennare al fatto che i giudici nazionali devono assumere, nell'applicazione del proprio diritto interno e del diritto internazionale privato

del proprio Stato, un atteggiamento «favorevole al Trattato». Perciò, ad esempio, un'interpretazione troppo estensiva, e quindi inopportuna, del principio dell'ordine pubblico potrebbe dar luogo ad una violazione del Trattato CEE, che dev'essere evitata, ai sensi della fondamentale disposizione di cui all'art. 5, da tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi gli organi giurisdizionali. È questo un punto di cui l'Oberlandesgericht di Colonia dovrà tener conto nell'emettere la propria pronunzia.

IV — Per riassumere si può affermare che, in un caso come quello di specie, l'applicazione, in forza del diritto internazionale privato tedesco, delle norme tedesche in materia di operazioni di borsa e del diritto civile tedesco, non è *di per sè* in contrasto col divieto di discriminazione sancito dagli artt. 59 e 60 del Trattato. Con le riserve da me espresse quanto all'interpretazione delle norme di diritto interno, ciò vale anche per quanto riguarda l'art. 5 del Trattato CEE.

Quanto alla questione dei limiti in cui potrebbe avere rilievo la capacità di stipulare contratti di borsa a termine, ai sensi del § 53 della legge tedesca sulla borsa, anch'essa riguarda l'interpretazione del diritto tedesco, il quale costituisce in via di principio la legge da applicarsi, ed è come tale di competenza dei giudici tedeschi.

Propongo quindi che le questioni formulate dal giudice a quo vengano risolte come segue:

«Nel caso di specie, l'applicazione, in forza del diritto internazionale privato tedesco, delle norme tedesche in materia di operazioni di borsa e del diritto civile tedesco non è di per sè esclusa dagli artt. 59 e 60 del Trattato CEE».