CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PIETER VERLOREN VAN THEMAAT del 12 novembre 1985 *

Indice

1. Introduzione 3049

2. I mezzi e gli argomenti dedotti dalle parti per iscritto 3050

2.1. La ricevibilità del ricorso 3050

2.2. Primo mezzo 3050

2.3. Secondo mezzo 3051

2.4. Terzo mezzo 3052

2.5. Quarto mezzo 3052

2.6. Quinto mezzo 3052

2.7. Sesto mezzo 3053

2.8. Riassunto 3054

3. I mezzi processuali dedotti 3055

3.1. Osservazione preliminare 3055

3.2. La ricevibilità del ricorso 3055

3.3. Sesto mezzo della ricorrente 3056

4. Valutazione dei principali mezzi di merito 3057

4.1. Osservazione preliminare 3057

4.2. I passi che entrano in linea di conto della vostra sentenza Metro I 3058

4.3. Il quarto mezzo (mancanza di una ricerca di mercato generale) 3060

4.4. Il primo mezzo (applicazione dell'art. 85, n. 1) 3062

4.5. Il secondo mezzo (applicazione dell'art. 85, n. 3) 3065

4.6. Gli altri mezzi di merito 3070

5. Riassunto, osservazioni conclusive e conclusioni finali 3070

5.1. Riassunto 3070

5.2. Osservazioni conclusive 3071

5.3. Conclusioni finali 3072

* Traduzione dall'olandese.

Signor Presidente,
signori giudici,

1. Introduzione

1.1. La seconda causa Metro, che esaminiamo oggi, a prima vista si direbbe semplice. Essa verte infatti su un ricorso della Metro, mirante all'annullamento di una decisione della Commissione in data 21 dicembre 1983 (GU 1983, L 376, pag. 41), con la quale di fatto viene prorogata la decisione 15 dicembre 1975, che ha costituito oggetto della prima causa Metro (causa 26/76, Racc. 1977, pag. 1875). È pacifico che il sistema di distribuzione SABA, sul quale verte l'attuale decisione, è un po' meno rigoroso di quello approvato dalla Commissione nel 1975. A prima vista pare quindi che la vostra Corte, in questa seconda causa Metro, possa decidere di respingere il ricorso per motivi analoghi a quelli già addotti per disattendere la domanda nella prima causa Metro.

1.2. Questa apparenza è però ingannevole. In questa seconda causa Metro il nocciolo dei mezzi dedotti è costituito dalla censura secondo cui la Commissione, nella decisione, non ha tenuto nel debito conto varie considerazioni fatte dalla vostra Corte nella prima sentenza Metro, che contengono direttive per la futura politica della Commissione. Queste direttive sono tutte relative alla struttura del mercato per l'elettronica da trattenimento in generale. In particolare pare facciano dipendere l'ammissibilità di un sistema di vendita selettivo di un produttore singolo dalla coesistenza di canali di vendita di altro tipo di altri produttori e dall'impedire che si irrigidisca la struttura del mercato a causa di un numero eccessivo di reti di vendita selettive per lo stesso prodotto. Mi richiamo a questo proposito al punto 20, 3° e 4° comma; al punto 21, 5° comma, al punto 22, primi tre commi e al punto 50, 3° comma, di detta sentenza. La natura di queste considerazioni dedicate in particolare alla futura politica della Commissione, è indicata espressamente nel punto 22, 3° comma della vostra sentenza Metro I. Ciò mi pare consegua però anche dal fatto che né dalle conclusioni dell'avvocato generale Reischl, né dalla parte in fatto, né dalla parte in diritto della sentenza emerge che le parti, sul punto della struttura generale di mercato, nella prima causa Metro hanno fornito dati concreti tratti da indagini. Gli argomenti delle parti nella prima causa Metro, a quanto risulta dal fascicolo, erano invece totalmente indirizzati contro il sistema SABA impugnato, considerato isolatamente dalla struttura generale del mercato.

Nella seconda causa Metro, di cui ci occupiamo ora, l'importanza della struttura generale del mercato costituisce invece il punto centrale per la valutazione della decisione relativa al sistema SABA. In particolare il Regno Unito, nell'intervento a favore della Metro, ha attribuito a questo aspetto della lite un'importanza fondamentale per quanto riguarda la politica della Commissione in confronto dei sistemi di vendita selettivi in generale. Soprattutto all'udienza ha diffusamente illustrato il suo punto di vista rispondendo a questioni rivoltegli dalla Corte.

1.3. Al fine di non distogliere la vostra attenzione da questo aspetto della lite che è il solo veramente nuovo e soprattutto fondamentale, ritengo non sia utile includere nelle mie conclusioni un'esposizione esauriente degli antefatti per quel che riguarda le attività commerciali della Metro, il sistema di distribuzione selettiva della SABA, oppure il contenuto della decisione ora impugnata. A questo proposito basterà dire che l'esposizione dei fatti nella decisione impugnata e pubblicata non fornisce alcun dato sulla struttura del mercato (in particolare circa il numero dei sistemi di vendita selettivi e la

quota di mercato da essi detenuta nonché l'andamento dei prezzi). La motivazione giuridica della decisione riserva a questo aspetto soltanto un accenno, per di più molto breve e non corroborato da dati statistici, nel corso dell'esame del sistema SABA sotto il profilo delle condizioni dell'art. 85, n. 3, lett. b). È noto che queste condizioni implicano che le limitazioni imposte alle imprese interessate non devono offrire la possibilità « di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione » (vedi in proposito la parte II, lett. B. 4, 4° e 5° comma della decisione). Tornerò diffusamente sulle considerazioni testé menzionate della vostra sentenza nella prima causa Metro e della decisione della Commissione attualmente impugnata esaminando il merito della causa.

1.4. Nel riassunto dei mezzi ed argomenti delle parti esposto nel *n. 2* delle presenti conclusioni, per gli stessi motivi dedicherò la mia attenzione solo ai mezzi e agli argomenti di carattere processuale, nonchè ai mezzi di merito e ai relativi argomenti svolti a loro sostegno, che sono in relazione con il nuovo aspetto fondamentale della seconda causa Metro già ricordato. Solo in quanto occorra, al termine delle mie conclusioni ritornerò sui mezzi della ricorrente che si riferiscono al sistema SABA in quanto tale. Inoltre in questo numero esporrò in modo molto succinto i mezzi e gli argomenti delle parti. In proposito parto dal presupposto che la parte in fatto della vostra sentenza, per quanto riguarda tanto gli antefatti e lo svolgimento del procedimento, quanto i mezzi e gli argomenti delle parti, fornirà un riassunto abbastanza particolareggiato e che la parte in fatto della vostra sentenza — come è usuale nelle cause in fatto di intese — sarà del pari pubblicata. Nelle mie conclusioni cercherò quindi anche di evitare la doppia esposizione della prassi giuridica su questi punti e un doppio lavoro per gli uffici traduzione e per gli stampatori. Nell'esaminare la controversia tornerò ampiamente, come è ovvio, sugli argomenti dedotti.

1.5. Nel *n. 3* delle mie conclusioni esaminerò i mezzi processuali dedotti dalle parti e nel *n. 4* i mezzi e gli argomenti di merito. Nel far ciò mi occuperò pure dei chiarimenti dati all'udienza. Nel *n. 5*, come d'abitudine, — dopo un riassunto dei risultati cui sarò giunto ed alcuni rilievi conclusivi — formulerò le conclusioni finali.

2. I mezzi e gli argomenti dedotti dalle parti per iscritto

2.1. La *ricevibilità* del presente ricorso è stata contestata solo dalla SABA, mentre la Commissione l'ha ammessa espressamente. La SABA sostiene anzitutto che la Metro non ha alcun interesse ad agire, in quanto non esercita il commercio all'ingrosso, bensì al minuto e non possiede i requisiti prescritti per l'ammissione al sistema SABA. In secondo luogo, la Metro non sarebbe riguardata direttamente ed individualmente dalla decisione impugnata, poiché questa non è stata adottata a domanda della Metro in forza dell'art. 3, n. 2, lett. b) del regolamento n. 17. Non sarebbe sufficiente il fatto che la Metro può considerarsi come una parte potenzialmente interessata all'acquisto dei prodotti SABA. Nel n. 3 delle presenti conclusioni esaminerò più a fondo gli argomenti che in particolare la Commissione ha svolto per iscritto e oralmente a favore della ricevibilità.

2.2. Come *primo mezzo* di merito, la Metro deduce lo sviamento di potere in quanto la Commissione, nell'applicare l'art. 85, n. 1, non avrebbe tenuto alcun conto delle condizioni poste dalla Corte nella sentenza

26/76. In proposito la ricorrente si richiama in particolare al punto 22 di detta sentenza. Nella replica essa osserva che anche un cosidetto sistema di distribuzione selettiva « semplice » è compatibile con l'art. 85, n. 1 solo se sul mercato continua a sussistere una concorrenza efficace. Le condizioni che avete stabilito a questo proposito nella sentenza Metro I sarebbero state poste in non cale dalla Commissione, e nel contempo essa non avrebbe nemmeno tenuto conto delle vostre sentenze 10 luglio 1980 nella causa 99/79 (Lancôme; Racc. 1980, pag. 2511) e 11 dicembre 1980, nella causa 31/80 (L'Oréal, Racc. 1980, pag. 3775).

Anche il *governo del Regno Unito* assume che la Commissione non ha tenuto sufficientemente conto né della prima sentenza Metro né della sentenza ultima citata.

La *Commissione* a proposito di questo primo mezzo, ha ribattuto nella controreplica che, contrariamente a quanto sostiene la Metro, perché un sistema di distribuzione selettiva semplice sia conforme all'art. 85, n. 1, non occorre che esso non incida in modo rilevante sulla concorrenza. Di conseguenza, l'eventuale concentrazione di siffatti sistemi non avrebbe alcuna incidenza sulla loro compatibilità con l'art. 85, n. 1. Dell'esistenza di siffatti sistemi si dovrebbe tener conto solo nell'applicare l'art. 85, n. 3.

Anche la *SABA* considera irrilevante ai fini dell'art. 85, n. 1, che un sistema selettivo « semplice » escluda dalla distribuzione il commercio « self service » qualora questo non risponde ai criteri prescritti oppure che la struttura del mercato mostri un forte grado di concentrazione ovvero che la struttura dei prezzi sia rigida. Anche a giudizio della SABA questi aspetti acquistano rilevanza solo per l'applicazione dell'art. 85, n. 3.

Il *governo della Repubblica federale di Germania* rileva in particolare che, indipendentemente dal numero di sistemi di distribuzione selettiva in atto, la rigidità della struttura dei prezzi dal 1975 non è certo aumentata, bensì semmai è diminuita, specie sotto la pressione della concorrenza giapponese.

Quanto ai chiarimenti più particolareggiati forniti dalle parti per iscritto e oralmente su questo mezzo, vi ritornerò nell'esaminarlo.

2.3. Come *secondo mezzo* la ricorrente deduce lo sviamento di potere commessso nel concedere un'esenzione a norma dell'art. 85, n. 3. Richiamandosi alla relazione Mackintosh prodotta dalla Commissione, con riferimento al problema che ho definito centrale essa sostiene in particolare che i sistemi di distribuzione selettiva in realtà servono ad escludere, a detrimento del consumatore, i punti di vendita nei quali la vendita a basso prezzo, a giudizio dei produttori potrebbe nuocere all'immagine del loro articolo. In proposito la Metro si richiama, per quel che riguarda il criterio del « vantaggio per i consumatori » anche dai passi compiuti dal Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) in forza dell'art. 3 del regolamento n. 17 in data 25 giugno 1970, onde manifestare le sue preoccupazioni circa una nuova esenzione a favore della SABA e circa la proliferazione dei sistemi di distribuzione selettiva in questo settore. Gli altri argomenti a sostegno di questo mezzo si riferiscono in particolare agli accordi SABA. Anche gli argomenti esposti per iscritto dal Regno Unito si riferiscono in particolare al sistema SABA, perché anch'essa, dal canto suo, ha prodotto una relazione sulla struttura del mercato. Essa tuttavia tratta a fondo di questa struttura solo a proposito del quarto mezzo.

La Commissione e la SABA, nella fase scritta, con riguardo a questo mezzo hanno

parlato anch'esse esclusivamente del sistema SABA e della sua quota di mercato. Oltre la Metro, solo il governo della Repubblica federale tedesca nella fase scritta si è occupato anche della struttura del mercato in senso più generale. Secondo questo governo, il distributore non dovrebbe mai poter imporre al produttore la propria politica di vendita. La sorte delle varie forme di distribuzione dovrebbe invece dipendere esclusivamente dalla scelta dei consumatori. Questa libertà di scelta è garantita dal gran numero di fornitori europei e giapponesi, che si valgono di sistemi di distribuzione diversi, come pure dall'ampia scelta delle forme di distribuzione. I sistemi di distribuzione selettiva nella Repubblica federale di Germania non escludono più in generale i grossisti « self service » dalla distribuzione dei prodotti in esame. La quota di mercato di queste forme di distribuzione non è affatto insignificante, nemmeno sul mercato tedesco.

2.4. Nel *terzo mezzo* la Metro fa carico alla Commissione di aver commesso uno sviamento di potere non avendo tenuto conto dell'effettiva applicazione degli accordi SABA, come illustra ampiamente.

2.5. Nel *quarto mezzo* la ricorrente fa carico alla Commissione di aver commesso uno sviamento di potere, avendo basato la decisione impugnata su dati limitati, incompleti e superati. La Metro contesta, a sostegno di questo mezzo, che la relazione Mackintosh possa costituire una base adeguata per la decisione impugnata. Essa è stata infatti portata a termine solo due mesi dopo l'adozione della decisione impugnata e non tratta i problemi che assumono rilevo nella presente causa. Questa relazione è per di più l'unico elemento che la Commissione adduce a sostegno della sua decisione. Un'indagine condotta direttamente dalla Metro nell'agosto 1984 sui margini di utile dei commercianti al minuto di televisori a colori nella Repubblica federale di Germania e nel Regno Unito ha dato risultati completamente diversi.

Anche il *governo del Regno Unito* in questo contesto fa carico alla Commissione di non aver riesaminato tutti gli aspetti rilevanti del problema alla luce delle condizioni di mercato attuali. Di conseguenza, gli argomenti che la Commissione adduce nella decisione a sostegno delle proprie conclusioni sarebbero chiaramente insufficienti e dette conclusioni non sarebbero corroborate dai dati disponibili. La Commissione non avrebbe infatti tenuto sufficientemente conto dei mutamenti della struttura distributiva complessiva dei prodotti in esame, delle conseguenze di questi mutamenti per la concorrenza e della maggior concentrazione della produzione nel settore. A questo proposito essa si richiama ad un'indagine privata del sig. M. Grant della London Business School circa l'esistenza e l'applicazione dei sistemi di distribuzione selettiva nel Regno Unito.

La *Commissione* ribatte che nella decisione impugnata essa ha esaminato gli aspetti rilevanti della struttura del mercato nell'intera Comunità. Essa contesta inoltre che la struttura della concorrenza sul mercato sia stata influenzata notevolmente dal recente aumento della concentrazione in questo settore e si richiama in proposito ai risultati della relazione Mackintosh, stesa nel febbraio del 1984.

2.6. Nel *quinto mezzo*, la Metro assume che la Commissione, dando al sistema SABA l'esenzione a norma dell'art. 85, n. 3, ha consentito alla SABA e al gruppo Thomson-Brandt di abusare di una posizione dominante sul mercato dell'elettronica da tratte-

nimento in generale e dei televisori a colori e dei videoregistratori in particolare. Da quando il gruppo Thomson-Brandt esiste, le imprese che ne fanno parte costituiscono un'unità economica che, in ciascuna delle parti di mercato del settore dei beni di consumo durevoli del ramo dell'elettronica, dispone di una posizione dominante secondo i criteri elaborati dalla Corte nelle sentenze 13 febbraio 1979 (causa 85/76, Hoffmann-La Roche, Racc. 1979, pag. 461) e 14 luglio 1972 (causa 48/69, ICI, Racc. 1972, pag. 619). Adottando il proprio sistema che limita la concorrenza, e in particolare rifiutandosi di fornire la Metro, la SABA ha abusato della propria posizione nel senso della recente giurisprudenza della Corte (sentenza 21 febbraio 1984, causa 86/82, Hasselblad, Racc. 1984, pag. 883; sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands, Racc. 1978, pag. 207).

La *Commissione* ribatte che le varie imprese del gruppo Thomson-Brandt sono rimaste indipendenti nel settore della distribuzione e che i loro sistemi di distribuzione differiscono in punti essenziali. È quindi dalla posizione di mercato della SABA e non da quella del gruppo Thomson-Brandt in generale che si deve partire per accertare se esista una posizione dominante. La Metro non ha dimostrato e nemmeno sostenuto, che la quota della SABA nel mercato rilevante dal 1977 sia aumentata del 5-10%. Anche se la ricorrente avesse ragione nel calcolare le quote di mercato delle imprese del gruppo Thomson-Brandt nel suo complesso, dai dati che essa stessa ha fornito non si potrebbe desumere una posizione dominante. Per quanto riguarda i prodotti dell'elettronica da trattenimento, questo gruppo non dispone comunque di una posizione dominante sul mercato comunitario nel suo complesso, né su una parte essenziale di esso, cosicché la sussistenza di un'eventuale abuso di posizione dominante non deve venir accertata.

La *SABA*, dal canto suo, sottolinea che le imprese tedesche del gruppo Thomson-Brandt non hanno alcuna posizione dominante sul mercato. In caso contrario il Bundeskartellamt, tra il 1979 e il 1983, non avrebbe autorizzato l'acquisto di imprese tedesche da parte del gruppo Thomson-Brandt.

Anche il *governo della Repubblica federale di Germania* contesta l'assunto della Metro, secondo il quale la Thomson-Brandt o la SABA disporrebbero di una posizione dominante. Esso rileva inoltre che anche l'impresa in posizione dominante può rifiutarsi di vendere ad un commerciante che non risponda ai criteri qualitativi per l'ammissione. In particolare, qualora l'impresa disponesse di un sistema di distribuzione selettiva già molto prima di acquistare la posizione dominante, non sussiste alcun abuso di posizione dominante.

2.7. Nel *sesto mezzo*, la Metro assume che la decisione impugnata in considerazione delle numerose modifiche che la SABA ha apportato al sistema iniziale, non si può considerare una semplice proroga della prima esenzione, bensì costituisce una nuova esenzione. Senza una nuova e ufficiale notifica del sistema SABA modificato, a norma dell'art. 4, n. 1. del regolamento n. 17, la Commissione non aveva il potere di concedere l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del trattato CEE. In ogni caso il modo in cui la SABA applica in pratica il proprio sistema di distribuzione differisce notevolmente dalle condizioni notificate all'origine e dalle clausole contenute nei nuovi contratti-tipo.

Nella *replica* la Metro sostiene che la stessa Commissione ha distinto la vecchia serie di accordi SABA da quella nuova, dichiarando nella decisione che gli accordi hanno subito numerose modifiche. A questo proposito essa si richiama alla sentenza della Corte 10 luglio 1980 (causa 30/78, Distillers, Racc. 1980, pag. 2229).

La *Commissione* ribatte che, in forza del regolamento della Commissione 6 febbraio 1962, n. 27 (GU 1962, pag. 1118) nella fattispecie non era richiesta alcuna nuova notifica, poiché si trattava della proroga di un'esenzione già concessa a norma dell'art. 85, n. 3 e che era venuta a scadere. La notifica originaria del sistema SABA vale infatti per le ulteriori modifiche e migliorie debitamente notificate alla Commissione. In un caso di questo genere l'art. 8, n. 2 del regolamento n. 17 prescrive unicamente che l'impresa presenti una domanda. Gli assunti della Metro, anche se dovessero risultare esatti, non menomerebbero il potere della Commissione di concedere l'esenzione al sistema SABA nella versione attuale, ma potrebbero giustificare solo la revoca dell'esenzione concessa alla SABA a norma dell'art. 8, n. 3 del regolamento n. 17.

Nella *controreplica* la Commissione deduce che la notifica a norma del regolamento n. 17, a suo parere, normalmente equivale alla domanda di esenzione ed implica un limite temporale oltre il quale l'esenzione retroattiva normalmente non può andare. Quando l'accordo è stato notificato, è sufficiente comunicare alla Commissione le ulteriori modifiche, senza che sia necessaria la notifica ufficiale per adempiere l'obbligo — imposto dall'art. 15, n. 1, lett. a) del regolamento n. 17 e la cui inosservanza implica un'ammenda — di comunicare dati esatti ed esaurienti.

Anche la *SABA* sostiene che la domanda di proroga o di rinnovo a norma dell'art. 8, n. 2 del regolamento n. 17 non è soggetta ad *alcuna formalità*. Lo stesso vale per le modifiche degli accordi comunicati alla Commissione nelle norme del procedimento. La ripetizione dei dati mediante il modulo A/B, ad ogni modifica del testo, costituirebbe una formalità priva di senso.

La tesi della Commissione e della SABA su questo punto è condivisa dal *governo della Repubblica federale di Germania*. A suo parere il modo di procedere caldeggiato dalla Metro è inutilmente formalistico e renderebbe inagibile il procedimento.

2.8. *Riassunto*

Riassumendo, il problema fondamentale delineato all'inizio della mia esposizione, cioè se la Commissione abbia tenuto nel debito conto la struttura generale del mercato per l'elettronica da trattenimento — e particolarmente nel senso della vostra sentenza nella causa Metro I — è trattato particolarmente nel primo mezzo (in relazione all'applicazione dell'art. 85, n. 1) nel secondo mezzo (in relazione all'applicazione dell'art. 85, n. 3) e nel quarto mezzo (le basi di fatto della decisione). Un aspetto più limitato della questione principale (presunto abuso di posizione dominante) è inoltre trattato nel quinto mezzo. Il sesto mezzo ha natura procedurale e a mio parere, quindi, come ho già detto, sarà trattato unitamente alla questione della ricevibilità nel seguente numero delle presenti conclusioni.

3. I mezzi processuali dedotti

3.1. *Osservazione preliminare*

La questione sollevata dalla SABA circa la ricevibilità del ricorso e il sesto mezzo della ricorrente sono chiaramente connessi. La SABA contesta infatti la ricevibilità del ricorso richiamandosi fra l'altro al procedimento seguito nella fattispecie dalla Commissione per prorogare l'esenzione già concessa [nel quale l'art. 3, n. 2, lett. b) del regolamento n. 17 non andava applicato], procedura che la ricorrente considera incompatibile col regolamento n. 17. Esaminerò quindi questi due mezzi procedurali in questo numero.

3.2. *La ricevibilità del ricorso*

La Commissione ha esposto molto chiaramente il suo punto di vista circa la ricevibilità del ricorso nella discussione orale. Essa ha ammesso la ricevibilità, collocandola nel contesto più ampio delle impugnazioni di terzi avverso le esenzioni concesse a norma dell'art. 85, n. 3 del trattato. Essa deduce che la Metro soddisfa la condizione di essere riguardata direttamente ed individualmente dalla decisione. Questa riguarda la ricorrente *direttamente* in quanto dichiara inapplicabile l'art. 85, n. 1 al sistema distributivo selettivo della SABA. Le decisioni di esenzione individuali di questo tipo e le decisioni a norma dell'art. 9, del regolamento n. 17 favoriscono una persona determinata e costituiscono un onere per un'altra come giustamente, a giudizio della Commissione, ha detto l'avvocato generale Roemer nella causa 25/62 (Plaumann, Racc. 1963, pag. 233). L'effetto lesivo, nel caso di decisioni di esenzione di questo tipo, è la conseguenza diretta della stessa decisione. Non occorrono provvedimenti di esecuzione. Questa conseguenza riguarda per di più non solo le possibilità obiettive o probabilità o previsioni sul mercato, bensì diritti delle imprese tutelate dalla legge. Questa tutela giuridica scaturisce direttamente dal divieto immediatamente efficace dell'art. 85, n. 1. La Corte non solo ha confermato espressamente con la consolidata giurisprudenza questa efficacia immediata dell'art. 85, n. 1. Essa ha inoltre ripetutamente dichiarato che questo divieto attribuisce ai singoli dei diritti che il giudice nazionale deve tutelare. La Commissione si richiama a questo proposito fra l'altro al punto 16 della vostra sentenza 30 gennaio 1974 nella causa BRT/Sabam (Racc. 1974, pag. 51).

Se il divieto dell'art. 85, n. 1, attribuisce dei diritti ai singoli che siano lesi da un'intesa, la decisione che sancisce la disapplicazione di questo divieto abolisce questi diritti soggettivi. La Commissione ha illustrato il significato di questa illazione valendosi della fattispecie in esame. Se non vi fosse la decisione di esenzione la SABA e i suoi rivenditori autorizzati sarebbero stati liberi, vale a dire non obbligati, di fornire la merce ad ogni cliente, anche senza alcuna autorizzazione e la ricorrente sarebbe stata normalmente in grado di ottenere i prodotti SABA in un modo o nell'altro. In caso di rifiuto di vendita determinato da una politica di vendita coordinata della SABA e dei suoi distributori, la ricorrente avrebbe potuto promuovere in sede civile un'azione per ottenere un'ingiunzione o il risarcimento del danno.

La Commissione ritiene che la ricorrente sia riguardata pure *individualmente* dalla decisione impugnata. Secondo i criteri elaborati dalla vostra giurisprudenza, la ricorrente può in particolare venir distinta da altre imprese del pari riguardata direttamente dalla decisione, in quanto essa ha presentato os-

servazioni scritte alla Commissione, tanto prima quanto dopo la pubblicazione a norma dell'art. 19, n. 3 del regolamento n. 17, dell'intento della Commissione di concedere una nuova esenzione al sistema di distribuzione selettiva della SABA. Vi sono fra l'altro osservazioni della ricorrente che vengono espressamente citate nella parte I.C della decisione e poi nella parte II della decisione vengono disattese. La Commissione è del parere che la presentazione di siffatte osservazioni individua la ricorrente al pari della presentazione di un reclamo, come indicato nella vostra sentenza Metro I (e fondato sull'art. 3 del regolamento n. 17). Essa considera la domanda di essere sentiti oppure la presentazione di osservazioni scritte in seguito alla pubblicazione ai sensi dell'art. 19, n. 2 del regolamento stesso, come la via normale per manifestare le obiezioni all'esenzione progettata. In seguito alle informazioni così ottenute la Commissione può eventualmente negare l'esenzione richiesta. Le imprese terze interessate che abbiano presentato osservazioni, per i motivi già esposti, non hanno alcuna ragione d'intraprendere ulteriori azioni contro l'intesa. Qualora l'esenzione sia negata in seguito a queste osservazioni, si deve infatti presumere grazie alla notifica che le imprese interessate, se è stata loro rifiutata l'esenzione osserveranno le norme del trattato e perciò rinunceranno a porre in pratica l'intesa, anche senza che venga loro imposto l'obbligo di astenersi dall'applicarla ulteriormente. Infine, la Commissione pensa che la ricevibilità non debba venir limitata alle imprese che abbiano dimostrato alla Commissione un nesso particolare. Anche la partecipazione a una causa civile dinanzi a un giudice nazionale contro uno o più membri dell'intesa individuerebbe ad esempio un'impresa terza in modo già sufficiente per far considerare ricevibile il suo ricorso, qualora detta causa civile fosse già pendente al momento dell'adozione della decisione impugnata.

Limitandomi alle parti di questa tesi che si riferiscono alla ricevibilità del ricorso di terzi contro una decisione di esenzione, ritengo l'argomento convincente. Per quel che mi riguarda, anch'io mi schiero a favore della ricevibilità del presente ricorso, che risponde ai criteri generali, ben esposti in questa tesi. La Commissione ha evidentemente ritenuto utile esporre il suo punto di vista in modo tanto esauriente da poterlo applicare eventualmente anche in altri casi. Ho quindi ritenuto utile per la prassi giuridica esporre diffusamente questa tesi. Poiché già ricordati argomenti svolti della SABA per sostenere l'irricevibilità del presente ricorso sono implicitamente confrontati da questa tesi, non me ne occuperò più.

3.3. *Sesto mezzo della ricorrente*

Come ho già ampiamente detto prima, la ricorrente assume che la decisione impugnata non è una proroga della prima esenzione, bensì contiene una nuova esenzione. Questa avrebbe potuto essere concessa solo previa nuova ufficiale notifica del sistema SABA modificato, a norma dell'art. 4, n. 1, del regolamento n. 17. Per le ragioni addotte dalla Commissione e sopra esposte, condivido invece il suo assunto, secondo il quale nella fattispecie si trattava di una domanda di proroga dell'esenzione, per la quale in forza dell'art. 8, n. 2 del regolamento n. 17 è sufficiente una domanda, previa semplice comunicazione delle modifiche apportate. Come hanno sottolineato anche la SABA e il governo della Repubblica federale di Germania, la ripetizione dei dati mediante il modulo A/B, ogni qualvolta il testo venga modificato, costituirebbe una formalità priva di senso. Il sesto mezzo della ricorrente, a mio giudizio, deve quindi essere disatteso.

4. Valutazione dei principali mezzi di merito

4.1. *Osservazione preliminare*

a) All'udienza la Commissione ha ribadito la sua tesi secondo la quale, ai fini della presente lite, si deve considerare l'intero mercato comunitario come *il* mercato geografico rilevante.

Il sistema di distribuzione selettiva della SABA vale effettivamente per l'intero mercato CEE. Questa circostanza non esclude affatto però che *anche* il mercato tedesco debba considerarsi come *uno* dei mercati geografici rilevanti nella fattispecie. Come ho detto nelle mie conclusioni del 21 giugno 1983 per la causa 322/81 (NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione, Racc. 1983, pag. 3461, a pag. 3529) « un'impresa può senz'altro esercitare la sua attività sul mercato internazionale senza godere su di esso di una posizione dominante e al tempo stesso detenere una posizione dominante all'interno del mercato comune o sul mercato nazionale di uno o più Stati membri ». Lo stesso vale, mutatis mutandis, per un'intesa in generale oppure per un sistema di distribuzione selettiva in particolare, che su un determinato mercato nazionale può restringere la concorrenza più che non su un altro mercato nazionale oppure sul mercato comunitario nel suo complesso. Ciò può dipendere tanto dalla quota di mercato detenuta, quanto dalla struttura del mercato nazionale in generale. A questo proposito, per quel che riguarda i sistemi di distribuzione selettiva, bisogna tener particolarmente presente il comportamento parallelo, coordinato o no, degli altri produttori.

Vi sono inoltre un motivo generale ed uno particolare per cui *anche* il mercato tedesco deve considerarsi come mercato rilevante per la valutazione del sistema SABA.

Il motivo generale è che il mercato comunitario, come è noto, è ancora lungi dall'essere completo. Questo è stato ribadito ancora recentemente in modo categorico nel libro bianco della Commissione. La libera circolazione delle merci è ancora limitata in particolare da numerosi ostacoli tecnici, amministrativi e fiscali, ai quali si devono naturalmente aggiungere gli ostacoli nel settore del trasporto su strada. La Commissione stima l'onere annuo di questi ostacoli per gli scambi ed i trasporti per il complesso degli scambi in circa 125 miliardi di HFL l'anno e fra l'altro gli ostacoli tecnici e fiscali, nonché il costo dei trasporti, incidono anche sui televisori a colori, se la Metro li volesse acquistare in altri Stati membri. La relazione Mackintosh, stesa a richiesta della Commissione, dichiara che esistono ostacoli tecnici in questo settore in particolare anche nella Repubblica federale di Germania. Fino a quando persisteranno questi ostacoli, anche i mercati nazionali degli Stati membri si devono considerare come mercati rilevanti ai fini dell'applicazione degli artt. 85-86 del trattato CEE. Nelle mie conclusioni 19 giugno 1985 per la causa 161/84 (Pronuptia, Racc. 1986, pag. 355) ho già esposto le ragioni per cui dalla giurisprudenza americana in fatto di rapporti commerciali verticali solo con le dovute cautele si possono trarre conclusioni anche per la prassi comunitaria.

Per i sistemi di distribuzione selettiva nella Repubblica federale di Germania vi è poi un motivo particolare per considerare il mercato tedesco come mercato rilevante. In corso di causa è emerso che, secondo il diritto tedesco, questo tipo di sistemi di distribuzione selettiva può considerarsi giuridicamente valido (ai fini delle azioni per concorrenza sleale) solo qualora venga applicato « lückenlos » (senza lacune). Per questo motivo i produttori che intendono adottare in Germania un sistema di questo tipo sono di fatto tenuti ad impedire anche l'importazione o reimportazione tramite canali di

vendita diversi dal sistema di distribuzione selettiva. Il sistema della SABA, che comprende l'intera Comunità, mira in altre parole, di fatto, anche ad impedire le importazioni parallele attraverso canali di vendita diversi dai rivenditori SABA autorizzati di altri paesi.

b) Come ho già detto nelle presenti conclusioni, il punto essenziale dell'atto introduttivo è la censura secondo cui la Commissione, nella decisione, non ha tenuto sufficientemente conto dell'esigenza posta nella vostra sentenza Metro I, cioè che deve essere esaminata anche la struttura generale del mercato dei prodotti di cui trattasi. Questa censura, come ho detto, tanto per quel che riguarda l'applicazione dell'art. 85, n. 1, quanto per quel che riguarda l'applicazione dell'art. 85, n. 3, è svolta nell'atto introduttivo ed ulteriormente illustrata in senso generale nel quarto mezzo.

In prosieguo dovrò quindi anzitutto esaminare più a fondo (4.2) i passi che vi si riferiscono nella prima sentenza Metro. Valuterò poi il quarto mezzo della ricorrente, nel quale la censura viene formulata nel modo più generale (4.3). Subito dopo (4.4) mi occuperò del primo mezzo della ricorrente (nel quale da questa censura principale vengono tratte conclusioni sotto il profilo dell'art. 85, n. 1 (4.5), il secondo mezzo (in relazione all'applicazione effettuata dell'art. 85, n. 3 e (4.6) il quinto mezzo (che riguarda l'inosservanza dell'art. 86). Infine riassumerò le mie conclusioni per quel che riguarda i mezzi più importanti di merito dedotti dalla ricorrente.

4.2. *I passi che entrano in linea di conto della vostra sentenza Metro I*

La rilevanza che la vostra prima sentenza Metro attribuisce alla struttura di mercato in generale ai fini dell'applicazione dell'art. 85 ai sistemi di distribuzione selettiva, emerge *in primo luogo* dal terzo comma del punto 20 della sentenza stessa, nel quale affermate che, per i beni di consumo di alto valore tecnico e durevoli, di buona qualità, come nella fattispecie « la struttura del mercato non è incompatibile con l'esistenza di *canali distributivi differenziati* adeguati alle caratteristiche rispettive di vari produttori ed *alle esigenze delle varie categorie di consumatori* » (le sottolineature sono mie). Nel quarto comma ne traete la conclusione che « in questa luce la Commissione, a ragion veduta ha ammesso che i sistemi di distribuzione selettiva costituivano *uno* degli elementi di concorrenza conformi all'art. 85, n. 1 purché (...) » (segue la condizione dell'oggettività e del carattere qualitativo dei criteri di selezione). Parlando di « uno degli elementi » la vostra Corte, a mio giudizio, si riferisce chiaramente a canali di vendita diversi da quelli cui si è fatto cenno nel comma precedente.

Nel quinto comma del punto 21 si dichiara

« la preoccupazione, nel caso di grossisti e dettaglianti specializzati, di mantenere un determinato livello di prezzi, dato che corrisponde a quella di mantenere, nell'interesse del consumatore, la possibilità che detto canale di distribuzione continui ad esistere *a fianco di forme di distribuzione nuove*, impostate su una politica concorrenziale di natura diversa, rientra nell'ambito delle finalità che possono venir perseguite senza cadere necessariamente sotto il divieto di cui all'art. 85, n. 1 e, se ciò accadesse in tutto o in parte, nell'ambito dell'art. 85, n. 3 ».

Questi passi sono stati quindi riassunti e completati nel primo, secondo e terzo comma del punto 22 che recitano:

« I dati prodotti da entrambe le parti quanto all'esistenza di una concorrenza sui prezzi tra i distributori SABA, pur mettendo in luce una certa rigidità nella struttura dei prezzi, non consentono tuttavia, proprio

perché coesistono altri fattori di concorrenza tra prodotti della stessa marca e vi è una concorrenza effettiva tra marche diverse, di concludere che vi è restrizione o eliminazione della concorrenza nel settore dell'elettronica per dilettanti; spetterà perciò alla Commissione vegliare a che la rigidità di questa struttura non venga accresciuta, fenomeno possibile se si moltiplicassero le reti di distribuzione selettiva per la distribuzione dello stesso prodotto; accordando l'esenzione richiesta solo fino al 21 luglio 1980, la Commissione si è riservata la possibilità di riesaminare entro un limite ragionevole le conseguenze della sua decisione in proposito ».

Dalla mia precedente osservazione, che la prima decisione SABA della Commissione, di fatto — al pari eccezion fatta per una parte secondaria, della seconda decisione SABA ora impugnata — esamina esclusivamente il sistema SABA, desumo che la vostra Corte, nei passi testé citati, ha espresso la massima secondo la quale, per valutare un sistema di vendita selettivo individuale come quello di cui trattasi alla luce dell'art. 85, nn. 1 e 3, è decisivo se, oltre al sistema di vendita in esame, sia disponibile un numero sufficiente di « canali distributivi » (punto 20) o « forme di distribuzione nuove » (ad esempio supermercati e centri « cash and carry ») (punto 21) per far fronte alle « esigenze delle varie categorie di consumatori » (punto 20). Questa massima si ricollega alla vostra giurisprudenza precedente, in particolare anche alla prima sentenza de Haecht già citata (causa 23/67, Racc. 1967, pag. 479) nella quale a pag. 490, in relazione agli accordi di brasserie, sui quali verteva la causa, avete deciso che:

« onde stabilire se una concentrazione sia vietata dall'art. 85, n. 1, non è quindi possibile isolarla da detto contesto, vale a dire dalle circostanze di fatto o di diritto che fanno sì che l'atto impedisca, restringa o alteri il gioco della concorrenza; in vista di questo scopo l'esistenza di contratti analoghi può essere presa in considerazione qualora il complesso dei contratti di questo genere sia atto a limitare la libertà del commercio ».

Come ho già osservato nelle conclusioni 19 giugno 1985 per la causa 161/84 (Pronuptia) al n. 3.3, dal punto 5 della vostra sentenza nella causa Bilger/Jehle (causa 43/69, Racc. 1970, pag. 127) si desume che la vostra Corte a questo proposito si riferisce pure a sistemi di vendita con analoghi effetti d'esclusione a danno di terzi (in quanto terzi produttori) che siano applicati da altri produttori.

Per decidere la presente causa, è importante che dalle due sentenze ultime menzionate emerge chiaramente che l'effetto parallelo limitativo della concorrenza di più sistemi di vendita esclusivi (in quella sentenza il contrat de brasserie, nella fattispecie i sistemi di distribuzione selettiva) deve essere preso in considerazione già ai fini dell'art. 85, n. 1 e non solo agli effetti del n. 3 dello stesso articolo.

Nelle conclusioni Pronuptia ho inoltre osservato che anche la giurisprudenza americana, a partire dalla sentenza Sylvania del 1977, vertente sulle limitazioni della concorrenza in senso verticale (contratti di esclusiva) in relazione agli scambi, ritiene in genere necessario tener conto dell'esistenza di un'effettiva concorrenza con altri prodotti. Nel far ciò si deve naturalmente tener conto pure dell'esistenza di sistemi di distribuzione differenziati. Come ho del pari rilevato in dette conclusioni, la giurisprudenza ameri-

cana, all'epoca della sentenza Sylvania, non distingueva ancora i vari tipi di sistemi di vendita esclusivi, come gli accordi di esclusiva di vendita, i sistemi di distribuzione selettiva e gli accordi di franchise. Questa distinzione, stando alla dottrina alla quale mi sono riferito allora, è stata fatta solo più tardi. Comunque sia, l'orientamento elaborato nella sentenza Sylvania e la nozione corrispondente elaborata nelle vostre sentenze Haecht I, Bilger/Jehle e Metro I mi paiono conformi all'esigenza di una concezione realistica sotto il profilo economico in relazione alla concorrenza effettiva che dev'essere garantita dalla politica in fatto di intesa. Non è realistico tener conto solo degli effetti di un accordo verticale, senza preoccuparsi degli effetti paralleli di altri sistemi di vendita o accordi verticali. Come ho del pari sostenuto nelle conclusioni Pronuptia, il vincolo individuale di prezzo in senso verticale è un altro esempio lampante che l'effetto limitativo della concorrenza spesso non dipende dal singolo accordo, bensì soprattutto dall'effetto congiunto di analoghe pratiche di vendita di diversi produttori.

Quanto ai sistemi di distribuzione selettiva in particolare mi pare chiaro che, per valutare il singolo sistema, effettivamente secondo il quarto comma del punto 20 della vostra prima sentenza Metro, è sufficiente esigere che « la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi di natura qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale, dei suoi impianti, e questi requisiti siano richiesti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengono valutati in modo discriminatorio ». Qualora sussista un numero sufficiente di altri produttori e di altri sistemi di distribuzione di tipo diverso, come si presuppone nel comma precedente dello stesso punto, la concorrenza con altri sistemi di vendita (ivi comprese le « nuove forme di distribuzione » cui si parla nel punto 21) farà sì che i « criteri oggettivi di natura qualitativa » non vengano fissati ad un livello troppo elevato. Questa garanzia però viene meno quando i concorrenti più importanti applicano un sistema analogo per effetto del quale determinati metodi di vendita (come il « cash and carry », che non occupa personale specializzato e non implica alcun impegno particolare di assistenza ante e post-vendita) vengono esclusi dalle forniture. La cronistoria della legge olandese sull'apertura dei negozi al minuto degli anni trenta (ma applicata ancora a lungo dopo la guerra) che applicava del pari esclusivamente « criteri oggettivi di natura qualitativa » è chiaro esempio di quale effetto limitativo possono avere per la concorrenza siffatti criteri qualitativi oggettivi in caso di applicazione generale. Questi effetti, che limitano l'accesso al mercato ponendo condizioni qualitative molto rigide, sono stati sulle prime anche espressamente voluti e l'effettivo conseguimento degli stessi (espresso dalla regolare diminuzione del numero dei dettaglianti) anche dopo la guerra è stata considerata inzialmente una prova del successo della normativa. Dati gli effetti limitativi della concorrenza per quel che riguarda le « nuove forme di distribuzione » e in particolare per i dettaglianti non specializzati in determinati prodotti, la normativa tuttavia è stata in seguito fondamentalmente riveduta, al fine di creare sufficiente spazio per questi nuovi sistemi di vendita.

4.3. *Il quarto mezzo*

Nel quarto mezzo la Metro, come ho già detto, fa carico alla Commissione di svia-

mento di potere, per aver basato la decisione litigiosa su dati limitati, incompleti e superati.

Tanto la ricorrente quanto l'interveniente ad adjuvandum, il governo del Regno Unito, fanno carico alla Commissione in particolare di non aver basato la decisione su una *ricerca di mercato generale* come è detto nella vostra prima sentenza Metro.

Questo mezzo mi pare fondato. Dalla lettura della decisione impugnata risulta che né la parte in fatto né la parte in diritto contengono dati circa la struttura generale del mercato. Questa carenza deve considerarsi tanto più grave in quanto la parte I.C della decisione menziona espressamente come obiezione, fatta dai terzi interessati, contro l'esenzione del sistema distributivo della SABA: « i suoi effetti negativi sarebbero tanto più gravi in quanto, avendo numerosi altri produttori del settore istituito sistemi di distribuzione simili, l'esenzione costituirebbe un precedente ».

È vero che la decisione, nella valutazione giuridica del sistema SABA alla luce dell'art. 85, n. 3, lett. b), dichiara che « la Commissione non ha nemmeno potuto constatare che, in seguito alla diffusione dei sistemi selettivi di distribuzione nel settore dell'elettronica da trattenimento, determinate forme di vendita, quali i discounts e i negozi all'ingrosso o al dettaglio che funzionano in ' self service ' risultano escluse dallo smercio dei prodotti in questione ». Dalla decisione, come ho detto, non risulta tuttavia affatto che essa si basi realmente su un qualsiasi indagine di fatto circa questa importante conclusione. Per quanto riguarda la relazione sull'indagine (relazione Mackintosh) alla quale la Commissione si è richiamata dinanzi alla Corte, essa stessa ha ammesso all'udienza che era stata stesa solo due mesi dopo l'adozione della decisione. Ciò conferma che la decisione non si basa su alcuno studio generale di mercato e la frase citata, cioè « la Commissione non ha nemmeno potuto constatare » assume quindi un aspetto un po' strano. Su altre critiche relative a questo passo della motivazione tornerò a proposito del secondo mezzo della ricorrente. Di fatto questo passo significa che purchè le « nuove forme di distribuzione » siano disposte a rinunciare ai loro vantaggi concorrenziali che riducono i prezzi, nulla impedisce di autorizzarle. In particolare, il governo del Regno Unito, rispondendo in udienza ad una domanda del giudice relatore, ha chiaramente illustrato quali dati di fatto relativi alla struttura del mercato debbano considerarsi importanti sotto questo aspetto, mentre non sono stati presi in considerazione nella decisione:

a) la diffusione dei sistemi di distribuzione selettiva (notificati o no, limitati o no all'imposizione di criteri oggettivi come detto nella vostra sentenza Metro I e implicanti o no obblighi ulteriori di portata analoga a quella del sistema SABA;

b) l'importanza economica del fatto che la SABA appartiene al gruppo Thomson-Brandt;

c) le conseguenze pratiche della distribuzione selettiva sul mercato rilevante a questo proposito è ad esempio importante sapere fino a che punto gli obblighi di tenere scorte e di acquistare vincolino di fatto il commerciante a un determinato produttore, inoltre, quali conseguenze abbiano le spese derivanti da questi e da altri obblighi (ad esempio in fatto di assistenza gratuita) per i margini commerciali e per i prezzi (effetti sulla rigidità dei prezzi); l'incidenza dei sistemi di distribuzione esistenti sulle diffe-

renze di prezzo tra gli Stati membri; fino a che punto i requisiti di qualità per il commercio al minuto devono valere anche per il commercio all'ingrosso;

d) la giustificazione concreta dei requisiti di qualità prescritti da diversi produttori per i commercianti per *tutti* i prodotti di cui trattasi.

Per tali questioni, che anche a me paiono importanti, mi limito ad osservare che non solo la decisione della Commissione, ma anche la successiva relazione Mackintosh, non forniscono in proposito alcuna chiara soluzione. La relazione Mackintosh dedica infatti solo tre pagine e tre tabelle alla struttura della distribuzione ed in esse si possono trovare solo dati molto complessivi.

4.4. *Il primo mezzo*

Come primo mezzo la Metro deduce, come ho già detto, lo sviamento di potere, in quanto la Commissione, nell'applicare l'art. 85, n. 1 non ha tenuto conto delle condizioni poste nella vostra sentenza 26/76. Per l'esame di queste condizioni mi richiamo al n. 4.2 delle presenti conclusioni.

Già per le ragioni indicate nell'esaminare il quarto mezzo, che è quello formulato in modo più generale ritengo fondato anche questo mezzo. Quanto all'importanza di questo vizio della decisione per l'applicazione dell'art. 85, n. 1, aggiungo tuttavia le seguenti considerazioni.

Dall'esame della vostra giurisprudenza emerge già che dell'esistenza o meno di altri sistemi di vendita che del pari escludano determinati gruppi di fornitori o di acquirenti, si deve tener conto già nell'esaminare alla luce dell'art. 85, n. 1, un sistema contrattuale di vendita. Ciò vale certamente quando, proprio a proposito della proliferazione di sistemi analoghi, in occasione del procedimento amministrativo vengono sollevate obiezioni da parte delle imprese escluse. Come ho già detto, la stessa decisione ricorda che, nella fattispecie, ciò è avvenuto. Nell'ipotesi di un sistema di vendita che, mediante un complesso di condizioni di ammissione e di obblighi da assumersi rende possibili le forniture unicamente a rivenditori specializzati oppure a commercianti con reparti specializzati, onde tener conto degli altri sistemi di vendita, a mio parere è necessario considerare tutti i sistemi di vendita che del pari consentono di rifornire solo i commercianti specializzati oppure i commercianti con reparti specializzati. Se a questo scopo vengano usati solo semplici criteri obiettivi di natura qualitativa circa la competenza del personale, oppure anche criteri riguardanti attrezzature dell'azienda, gli obblighi di tenere scorte e di acquisto, gli obblighi di vendita relativi ai prodotti, nonchè gli obblighi di assistenza prima e dopo la vendita, mi pare cosa irrilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 1. Anche qualora sussista un effetto complessivo di predominio sul mercato di un gran numero di sistemi distributivi « semplici« coesistenti, questo complesso di sistemi « semplici » porta a causare l'esclusione della concorenza, ad esempio, delle « discounthouses » e dei supermercati senza settori specializzati e quindi di determinati tipi di imprese. Nell'applicare l'art. 85, n. 1, si deve quindi tener conto anche dell'esistenza di siffatti sistemi di distribuzione selettiva « semplici ». In realtà emerge dalla parte II.A della decisione, tuttavia, che la Commissione, nel considerare le possibilità di applicare l'art. 85, n. 1, non ha tenuto conto né dell'esistenza di altri sistemi di distribuzione selettiva « più sviluppati » né dell'esistenza di altri sistemi di distribuzione selettiva « semplici ». Per quanto riguarda altri sistemi « semplici », ciò si desume in particolare dal n. 6 di questa parte della decisione. Anche

dinanzi alla Corte la Commissione ha sostenuto che i sistemi di distribuzione selettiva semplici non possono mai, vale a dire nemmeno in caso di applicazione generale, essere considerati limitativi della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1. Essa considera siffatti sistemi semplici del pari esclusi dall'obbligo di notifica e quindi se ne deve concludere che la Commissione, al momento della decisione, non disponeva nemmeno di informazioni complete circa siffatti sistemi.

L'assunto della Commissione all'udienza, secondo il quale i punti 22 e 50 della vostra sentenza Metro I avrebbero rilevanza solo per l'applicazione dell'art. 85, n. 3, lett. b), alla luce della vostra giurisprudenza, come ho già detto, mi pare esso pure infondato. Come ho già rilevato, la Commissione si è del pari, a torto, richiamata al punto 21 della vostra sentenza di cui sopra.

Al termine dell'udienza, il rappresentante della Commissione, rispondendo a domande che gli avevo rivolto circa questo aspetto della lite, ha aggiunto che il suo parere circa i sistemi di distribuzione selettiva semplici dimostra che la Commissione considera preminenti gli interessi dei produttori, i quali a suo parere, sono liberi di organizzare la distribuzione dei loro prodotti come meglio credono e quindi di trascurare gli interessi dei commercianti non specializzati (i non-specialisti). Questi interessi, stando alla risposta della Commissione, non vengono trascurati perche i commercianti non specializzati potrebbero vendere con successo, bensì perchè il produttore non vuole lasciare decidere dal commerciante se offrire o no servizi alla clientela e se osservare o no un certo livello qualitativo. A questo proposito la Commissione ha ammesso che la decisione di un produttore può essere influenzata dalla presenza di un gran numero di sistemi di distribuzione selettiva semplici. In tal caso il produttore, se i commercianti specializzati non intendono acquistare i prodotti ad altre condizioni, potrebbe vedersi costretto a valersi del pari di un sistema di distribuzione selettiva. La Commissione considera gli interessi dei commercianti non qualificati (vale a dire i commercianti che non possono o non vogliono soddisfare condizioni prescritte) non come oggetto degno di tutela (ad opera dell'art. 85). Il principale oggetto della tutela dovrebbe invece essere il consumatore. Finchè i produttori sono convinti di trarre il massimo utile della distribuzione selettiva e finchè sussiste una concorrenza efficace, gli interessi dei consumatori appaiono sufficientemente tutelati. I consumatori, se non intendono valersi del sistema di vendita selettivo, possono rivolgersi ai commercianti non qualificati e così obbligare i produttori ad abbandonare eventualmente i loro sistemi di distribuzione selettiva. Finchè la maggioranza dei consumatori è soddisfatta della distribuzione selettiva, la Commissione non vede alcun motivo per scostarsi dalla sentenza Metro I. Questa risposta della Commissione a domande che io le ho rivolto è su vari punti eloquente per quanto riguarda il suo modo di vedere.

In primo luogo, l'intero testo della risposta conferma che la Commissione ha basato la sua politica in materia esclusivamente sull'art. 85, n. 3. Ai fini dell'art. 85, n. 1, a giudizio della Commissione non è il caso di preoccuparsi della coesistenza di un gran numero di sistemi di distribuzione selettiva. Ho già osservato che questo modo di vedere è secondo me inconciliabile con la vostra giurisprudenza. Prima di esaminare gli eventuali effetti positivi dei sistemi di distribuzione selettiva, bensì dell'art. 85, n. 3, si devono accertare gli effetti limitativi della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1. Nel far ciò si devono anche considerare gli effetti

paralleli dei sistemi paralleli, che ho indicato sopra. Nell'applicare l'art. 85, n. 3, prima condizione, si deve infatti procedere a un « bilancio economico » tra le conseguenze limitative della concorrenza e quelle positive delle accertate restrizioni della concorrenza.

In secondo luogo, emerge dalla risposta, da me ampiamente riassunta, alla domanda che io stesso ho fatto, che la Commissione ammette che se una grande quota di mercato è detenuta da commercianti specializzati, i produttori, di fronte all'alternativa di minaccia di boicottaggio ad opera di essi, possono essere costretti a valersi di un sistema di distribuzione selettiva. Non rimane quindi molto della libertà di decisione in materia del produttore, che la Commissione presuppone, né per quello che la Commissione, alla fine di questa parte della sua risposta, definisce come il voto decisivo finale del consumatore. L'ultima parola sul sistema distributivo da adottarsi spetta quindi invece ai commercianti specializzati. In un altro punto della sua esposizione la Commissione ha ammesso che detti commercianti specializzati detengono una rilevante quota di mercato nella Repubblica federale di Germania. Secondo la relazione Mackintosh, le « discounthouses » e i supermarket nella Repubblica federale di Germania avrebbero solo una quota del 5% (contro il 15% in Francia e il 16% nel Regno Unito). I commercianti specializzati indipendenti invece, secondo la relazione Mackintosh, avrebbero una quota di mercato del 55%, le imprese di locazione specializzate una quota del 4% e le « multiple » e i grandi magazzini una quota di mercato complessiva del 27%. Si può presumere che almeno una parte degli ultimi due gruppi disponga anche di reparti di vendita specializzati, ma la relazione non fornisce su questo punto importante alcun dato specifico. È vero che la Commissione ha dichiarato all'udienza che la più importante casa tedesca di vendita per corrispondenza (che fa parte del rimanente gruppo con una quota di mercato del 9%) soddisfa le condizioni del sistema SABA. Nella Repubblica federale di Germania esiste quindi realmente, in ogni caso, il pericolo di minaccia di boicottaggio da parte dei commercianti specializzati.

Appare infine sorprendente l'espressa dichiarazione della Commissione, secondo la quale essa non considera meritevoli di tutela gli interessi di commercianti non specializzati. La Francia (con il suo vecchio divieto di rifiuto di vendita) e i Paesi Bassi (alla luce della già citata modifica della normativa sui nuovi esercizi e con ripetuti interventi legislativi contro il boicottaggio dei nuovi sistemi di vendita, menzionati nella vostra sentenza Metro I, da parte di produttori di articoli di marca, anche se il boicottaggio è la conseguenza di pressioni dei rivenditori specializzati) come pure il Regno Unito sotto questo profilo hanno un orientamento diverso, che mi pare più esatto dal punto di vista della politica della concorrenza e in particolare anche per l'interpretazione dell'art. 85. A favore di questo punto di vista diverso si possono addurre diversi argomenti. La politica olandese è informata al principio secondo il quale il boicottaggio di determinate forme di commercio costituisce un illecito incompatibile con il principio della libertà di iniziare e di svolgere l'attività economica. Probabilmente ha avuto importanza qui anche la secolare preoccupazione olandese di mantenere vivo il commercio in quanto fonte di benessere. Nella risposta della Commissione di cui ci occupiamo ora, e anche nell'intervento del Governo della Repubblica federale di Germania, pare non si sia tenuto affatto conto della funzione indipendente del commercio e della pluralità di forme di distribuzione indipendenti come fattori importanti della concorrenza. La disciplina della distribuzione è infatti considerata, in linea di principio, compito dei produttori. In Francia, oltre al divieto di « refus de vente », ha importanza il fatto che la normativa post-bellica sulle intese — vista come parte della legislazione sui prezzi — negli anni ' 50, in un primo tempo è stata in particolare considerata uno strumento per

opporsi agli aumenti di prezzo nella lotta contro l'inflazione e per promuovere la riduzione dei prezzi (tra l'altro mediante canali di distribuzione nuovi e più economici). Le concezioni in fatto di politica della concorrenza del Regno Unito mi paiono influenzate più da considerazioni pragmatiche, da accurate analisi di mercato e probabilmente dalla dottrina inglese ed americana relativa alla « workable competition ». Il libero accesso ad un mercato è considerato da questa dottrina come un criterio molto importante, se non il più importante, per una efficace concorrenza. Questo criterio non ammette il boicottaggio collettivo — internazionalmente coordinato o no — di determinate forme d'impresa. Non riesco a spiegarmi chiaramente l'orientamento tedesco, che si desume dall'intervento a favore della Commissione, poiché la Repubblica federale tedesca, come è noto, in generale segue una politica in fatto di intese più rigida di quella degli altri tre Stati membri. Forse anche in questo caso agiscono tradizioni storiche, che risalgono al periodo anteriore all'ultima guerra mondiale. Il divieto, che già da tempo esiste in particolare nella Repubblica federale tedesca, di fusione del commercio all'ingrosso e al minuto potrebbe costituirne un indizio. In molti altri paesi un divieto di questo genere viene considerato un impedimento indesiderabile per la riduzione dei costi di distribuzione. Per quanto riguarda l'applicazine dell'art. 85, n. 1, mi pare, come ho detto, tuttavia chiaro anche secondo la vostra giurisprudenza che l'orientamento della Commissione non è sostenibile. Stando alla lettera dell'art. 85, n. 1, mi pare infatti evidente che anche l'esclusione di determinate forme d'impresa nel commercio (nella fattispecie, dei commercianti non specializzati, che non prestano alcun servizio alla clientela per i prodotti forniti né prima né dopo la vendita, ma in compenso praticano prezzi inferiori) in linea di principio costituisce una limitazione della concorrenza. Non si può affatto desumere che l'art. 85 tuteli solo la concorrenza fra produttori e non anche la concorrenza tra commercianti. In base alla « rule of reason » elaborata nella vostra sentenza Metro I e nella precedente giurisprudenza, ciò vale in ogni caso quando o il singolo produttore, o gran parte dei produttori (anche se in maniera non concordata) di fatto operano un'esclusione di questo tipo e detto complesso di produttori (ed alcuni anche individualmente) detengono una quota di mercato molto superiore a quella che la Commissione considera e la vostra giurisprudenza in linea di principio ammette essere una « entità trascurabile » per quanto riguarda l'art. 85, n. 1, gli interessi delle nuove forme di distribuzione devono quindi venir considerati altrettanto meritevoli di tutela. Fino a che punto ciò debba valere anche per l'art. 85, n. 3, lo vedremo ora.

4.5. *Il secondo mezzo*

a) Come secondo mezzo la ricorrente deduce, come ho già detto, l'abuso del potere di concedere l'esenzione a norma dell'art. 85, n. 3. Quanto a quella che ho definito la « questione fondamentale », essa sostiene in particolare che i sistemi di distribuzione selettiva nel settore in questione in realtà servono ad escludere, a detrimento dei consumatori, i negozi nei quali la vendita a basso prezzo, a giudizio dei produttori, potrebbe pregiudicare l'immagine del loro prodotto. A questo proposito la Metro, riferendosi al criterio del « vantaggio per i consumatori », si richiama in particolare a passi compiuti presso la Commissione il 25 giugno 1980 dal Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) in forza dell'art. 3 del regolamento n. 27. In quell'occasione il BEUC rendeva note le sue preoccupazioni circa la nuova esenzione a favore della SABA e la proliferazione dei sistemi di distribuzione selettiva in questo settore.

b) Su questo mezzo, osservo anzitutto che la mia conclusione circa la fondatezza del quarto mezzo della ricorrente vale anche per l'applicazione dell'art. 85, n. 3. Secondo la lettera della decisione la Commissione, nell'esaminare il sistema SABA modificato sotto il profilo delle prime tre condizioni di detta norma, in particolare non ha tenuto conto degli effetti paralleli di altri sistemi di distribuzione selettiva. Solo quando ha esaminato il sistema sotto il profilo della quarta condizione dell'art. 85, n. 3, pare che la Commissione abbia tenuto debito conto dell'esistenza di altri sistemi di distribuzione selettiva. Come ho già osservato esaminando il quarto mezzo, la conclusione alla quale è giunta la Commissione relativamente a questo presupposto non si basava però su una ricerca di mercato (che sotto forma di relazione Mackintosh è stata infatti disponibile solo due mesi dopo l'adozione della decisione e per di più non apporta alcun lume circa i punti giustamente considerati importanti dal Regno Unito.

c) L'esame del sistema SABA alla luce della *prima condizione* di cui all'art. 85, n. 3 si è perciò limitato nella decisione agli effetti di detto sistema, considerati di per sé. Non si è fatto dunque alcun bilancio del complesso delle limitazioni della concorrenza e dei vantaggi obiettivi del sistema SABA. A questo proposito colpisce ad esempio la dichiarazione nel primo comma, n. B.1, che « l'obbligo dei grossisti, che si riforniscono direttamente presso SABA, di concludere in precedenza contratti annuali e quadrimestrali sul fatturato, distinti per tipo di prodotto e per unità, (...) consente alla SABA di pianificare in modo preciso la produzione e le vendite e di assicurare così la continuità delle consegne, razionalizzando nel contenuto la produzione e la distribuzione ». Né da queste considerazioni né da quelle seguenti emerge che la Commissione si sia chiesta se la possibilità di accertata pianificazione delle vendite e della produzione non sia la controprova della mancanza fondamentale di efficace concorrenza in questo settore. Se la concorrenza è efficace non è infatti possibile una siffatta accurata pianificazione.

Nel quarto comma di questa parte della decisione si dichiara: « il fatto che, per la durata degli accordi sul fatturato, i grossisti non possono più rivolgersi ad altri produttori per la parte del fatturato complessivo spettante alla SABA, non costituisce uno svantaggio rilevante se paragonato ai suddetti vantaggi ». In questo passo e nella spiegazione fornita in merito si ammette quindi che il sistema può implicare che la clientela dei grossisti SABA (e di conseguenza anche la clientela dei dettaglianti SABA) non hanno affatto libera scelta per quanto riguarda le principali marche concorrenti, il che ha rilevanza per l'esame del sistema alla luce della seconda condizione dell'art. 85, n. 3. A parte ciò la dichiarazione nel commento a questo passo, che i grossisti « nella veste di imprenditori hanno determinato in piena libertà la composizione della gamma dei prodotti venduti » pare in contrasto con il contenuto (ed in particolare con la portata) dei loro obblighi di acquisto nei confronti della SABA, come emerge dalla parte in fatto della decisione e viene riassunto nel quinto comma della parte II.B.1 della stessa.

Poiché questa parte II. B.1 del procedimento non si basa su alcuna ricerca di mercato, anche l'ultima frase della decisione appare campata in aria. In essa si dichiara: « essi (cioè i già ricordati obblighi di promuovere la vendita dei prodotti SABA) stimolano di conseguenza la concorrenza tra SABA e le altre marche, senza che ne sia per altro pregiudicata la concorrenza tra i rivenditori SABA ». In un mercato oligopolistico, come

quello in esame, stando al punto 17, seconda frase, già al momento della vostra prima sentenza Metro (in cui otto produttori detenevano in complesso il 91% del mercato) un siffatto sistema, se viene applicato dalla maggioranza dei produttori, può facilmente portare al congelamento delle quote di mercato e quindi alla rilevante limitazione della concorrenza con altre marche. Ho già osservato che la possibilità pratica di attenersi ai programmi di vendita e di produzione, milita chiaramente per questa interpretazione. La Commissione non poteva quindi giungere a questa conclusione senza effettuare previamente un'accurata ricerca di mercato. La parte della motivazione della decisione qui esaminata conferma quindi che il quarto mezzo, risultato fondato, è rilevante anche ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 3.

Su questo comma e su quello seguente (di analoga portata) faccio il seguente commento.

La prima frase che ho sottolineato conferma che anche l'esame sotto il profilo della seconda condizione dell'art. 85, n. 3 non è basato su una ricerca di mercato, bensì su una presunzione, come la Commissione ha ammesso all'udienza.

Poiché la decisione non si basa su una ricerca di mercato, anche la seconda frase che ho sottolineato (l'esistenza di una forte concorrenza) rimane sospesa nel vuoto.

d) Col secondo mezzo la ricorrente fa invece carico alla Commissione in particolare dell'inosservanza della *seconda condizione* per l'esenzione, vale a dire la condizione che vada a vantaggio dei consumatori « una congrua parte dell'utile che ne deriva » (cioè nella fattispecie il miglioramento della produzione e della distribuzione). Già dal raffronto della parte II. B.2 della decisione con il giudizio discordante del BEUC emerge che la Commissione, in modo alquanto paternalistico, sostituisce qui la propria valutazione al sondaggio sull'opinione degli stessi consumatori. Il suo giudizio si basa per di più non già su un'apposita ricerca di mercato, ma su un'ipotesi teorica. Nel secondo comma della parte II. B.2 della decisione si legge infatti quanto segue: « per quanto riguarda i vantaggi risultanti dalla razionalizzazione della produzione e della distribuzione dei prodotti SABA, *è lecito supporre* che *la forte concorrenza esistente* nel settore dell'elettronica da trattenimento indurrà SABA a trasferire questi vantaggi ai consumatori, tanto più che tutti i grossisti e dettaglianti SABA sono *autorizzati a vendere anche prodotti concorrenti* » (il corsivo è mio).

La dichiarazione nel terzo punto sottolineato, che i dettaglianti sono « autorizzati a vendere anche prodotti concorrenti » è in contrasto con quanto detto sopra, cioè i grossisti, durante il periodo di validità dei contratti di distribuzione, non possono più rivolgersi ad altri produttori.

Come ho già riferito, la Commissione inoltre, rispondendo ad una questione da me rivoltale all'udienza, ha ammesso che i consumatori devono aver la libertà di rivolgersi ai commercianti non qualificati (se preferiscono i vantaggi di prezzo di questi commercianti all'obbligo di tenere scorte e di prestare assistenza dei commercianti specializzati obblighi che si risolvono in un aumento dei prezzi). La Commissione nella risposta ha però altresì ammesso che la pro-

liferazione dei sistemi di distribuzione selettiva (ad esempio sotto la pressione dei commercianti specializzati) può in realtà annullare questa possibilità per i consumatori. La conclusione alla quale è giunta la Commissione rispondendo alla mia domanda, cioè che « finché la maggioranza dei consumatori è soddisfatta dei sistemi di distribuzione selettiva, la Commissione non ravvisa alcun motivo per discostarsi dalla sentenza Metro I », in una situazione del genere manca naturalmente di qualsiasi fondamento di fatto. In realtà, il consumatore *non può* assolutamente manifestare la propria preferenza per i supermercati o per i « self service » con ampio assortimento e prezzi bassi, ma senza il servizio offerto dai commercianti specializzati. A parte ciò ritengo che l'interpretazione della sentenza Metro I fornita in questa conclusione, come ho già detto, sia inconciliabile con il tenore della sentenza stessa.

Infine osservo che, nella fattispecie, mi pare inammissibile che la Commissione, senza una ricerca di mercato, sostituisca il proprio giudizio a quello del BEUC quanto ai vantaggi per i consumatori, fondandolo su un teorico « è lecito supporre » (vedi decisione II.B.2, secondo comma). La « forte concorrenza esistente » su cui si basa questa presunzione, è infatti considerata inesistente dalla BEUC, per quel che riguarda la presente causa, proprio a causa della proliferazione di sistemi di distribuzione selettiva. Mi pare di ravvisare qui la teoria del « consumatore avveduto » che nella Repubblica federale di Germania ha molti seguaci, ma è pure contestata. In questa teoria si sostituisce la valutazione di un organo amministrativo o giurisdizionale sull'intersse dei consumatori alla valutazione dei consumatori stessi circa quello che è il loro interesse. Ho già contestato questa teoria del consumatore avveduto per un altro verso, nella parte 2.1 delle conclusioni del 21 giugno 1983 per la causa NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin, allora tuttavia d'accordo con la Commissione.

e) La parte II.B.3 della decisione riguarda il presupposto dell'indispensabilità. In proposito, mi limito a dire che anche qui non si è tenuto conto degli effetti paralleli di sistemi analoghi, bensì si è considerato isolatamente solo il sistema SABA. Anche ciò mi pare inammissibile per motivi che ho esposto trattando del quarto mezzo.

f) Ritengo invece utile un commento separato per quanto riguarda le conclusioni della Commissione circa l'esistenza del quarto requisito di cui all'art. 85, n. 3 (parte II.B.4 della decisione).

La dichiarazione, nel quarto comma di questa parte, che « il mercato dell'elettronica da trattenimento è caratterizzato da una concorrenza particolarmente intensa che risulta soprattutto dal numero di produttori, dal rapido progresso tecnologico e dalla varietà della struttura commerciale » anzitutto soffre ancora una volta di un vizio generale della decisione, cioè il non esser basata sui risultati di una ricerca di mercato (portata a termine solo due mesi dopo). La seconda frase di questo comma nella quale si dice che la Commissione « non può constatare che la ampia diffusione di questi sistemi » « alcuni dei quali per altro prevedono unicamente l'obbligo del ricorso a distributori specializzati » « abbia causato un irrigidimento della struttura dei prezzi », manca quindi di una chiara base di fatto. Senza una ricerca di mercato, è infatti evidente che la Commissione non ha potuto accertare alcun effetto del genere. A parte ciò, in questa seconda frase del quarto comma viene considerata esclusivamente l'intera Comunità come mercato rilevante. Infine questo comma trascura il fatto che l'irrigidimento della struttura dei prezzi può risultare anche da un effetto uniforme di aumento dei prezzi, che è conseguenza degli obblighi imposti ai dettaglianti di tenere scorte, di acquistare determinati quantitativi, di allestire i loro locali, di addestrare il personale e di

prestare servizio post-vendita. Questo effetto di irrigidimento dei prezzi può venir compensato solo tenendo conto dei costi di distribuzione conseguenti, e perciò può essere compensato solo in misura limitata dalla concorrenza sui prezzi a scapito dei rimanenti margini di utile. L'irrigidimento dei prezzi così definito fa appunto sì che il consumatore possa riservare la sua preferenza ad altre forme di distribuzione diverse e meno costose. Questa preferenza, però, in caso di proliferazione dei sistemi di distribuzione selettiva (ivi compresi i sistemi di distribuzione selettiva « semplici »), non può essere espressa o può esserlo solo in misura limitata. Come avete giustamente rilevato nella sentenza Metro I, nella valutazione dei sistemi di distribuzione selettiva, inoltre, non si deve tenere conto solo delle conseguenze per i prezzi. È importante qui anche la disponibilità di canali di vendita alternativi. All'udienza la Commissione non ha contestato l'assunto della Metro in proposito, secondo il quale nessuno dei produttori importanti che essa ha elencato, che raggiungono una quota di mercato complessiva dell'82% nella Repubblica federale di Germania, vuole rifornirla. A questa quota di mercato si deve poi aggiungere, per ammissione della stessa Commissione, la quota della Sony, produttore giapponese che si vale anche esso di un sistema di distribuzione selettiva. I produttori indicati dalla Metro sono la Grundig, la Philips, le tre imprese del gruppo Thomson-Brandt, l'ITT, la Blaupunkt e la Loewe-Opta. Alcuni prodotti della Philips la Metro ha potuto acquistarli solo indirettamente dall'Italia e con un marchio diverso da quello Philips. Poiché i sistemi selettivi « semplici », secondo il suo orientamento generale, non devono venir dichiarati alla Commissione, questa non poteva determinare senza una ricerca di mercato non ancora disponibile al momento della decisione, quanti sistemi « semplici » di questo tipo esistessero in quel momento sul mercato tedesco, né in qual misura i produttori, sotto la pressione dei commercianti specializzati, come ha dichiarato possibile nella risposta alla mia domanda, rifornissero esclusivamente i commercianti specializzati. Del resto la relazione Mackintosh non contiene in proposito alcun dato. Ho già osservato che anche secondo questa relazione pervenuta solo in seguito alla Commissione, questi commercianti specializzati nella Repubblica federale di Germania (diversamente dalla Francia e dal Regno Unito) dispongono di una quota di mercato del 55%, alla quale si devono aggiungere le quote di mercato di altri canali di vendita con reparti specializzati.

Caratteristico per l'orientamento della Commissione, secondo il quale i commercianti che non hanno obblighi di assistenza o di altro genere imposti dai produttori, quali cooperative di consumatori (« discounts », « cash and carry » e simili) e commercianti « self service », all'ingrosso e al minuto (con una quota di mercato nella Repubblica federale di Germania del 5%) non meritano tutela, e infine il quinto comma di questa parte II.B.4 della decisione. La Commissione vi dichiara che « non può constatare che l'ampia diffusione di questi sistemi abbia escluso dallo smercio dei prodotti in questione le altre forme di distribuzione in linea di principio. I criteri cui si ispira la rete di vendita SABA non sono però di questo tipo, cioè per principio dette forme di distribuzione non possono presentare i requisiti necessari per venire ammesse, anche qualora esse dovessero comunicare una modificazione parziale dei loro speciali sistemi di vendita ». Come ha giustamente rilevato la ricorrente all'udienza, questa dichiarazione conferma che la Commissione non ritiene degna di tutela la concorrenza delle forme di distribuzione menzionate in detto comma, qualora esse non rinuncino ai loro specifici vantaggi di costo. Solo partendo da questo punto di vista la Commissione poteva dispensarsi dall'accertare se dette forme di commercio non solo « in linea di principio », ma anche in realtà non fossero escluse dalla vendita dei prodotti SABA. Ritengo che un

siffatto modo di vedere, in base al quale (nonostante che la Commissione all'udienza abbia ammesso a denti stretti che in definitiva dei gruppi di consumatori hanno il diritto di optare per queste forme di distribuzione con costi e prezzi inferiori) potrebbe giustificarsi anche la completa esclusione dei commercianti non specializzati non sia conciliabile con la lettera e con lo spirito dell'art. 85.

Per i motivi suddetti considero quindi fondato anche il secondo mezzo della ricorrente.

4.6. *Gli altri mezzi di merito*

Poiché nei mezzi 1, 2 e 4 della ricorrente, che ritengo fondati, ravviso già un motivo ampiamente sufficiente per annullare la decisione impugnata, considero superfluo dilungarmi sui restanti mezzi 3 e 5 della ricorrente.

Nel *terzo mezzo*, la ricorrente fa carico alla Commissione di sviamento di potere, per non aver tenuto conto dell'effettiva applicazione degli accordi SABA. In base a quella che ho indicato come censura principale della ricorrente, e che mi pare fondata, censura che è stata illustrata nel primo, secondo e quarto mezzo, ritengo superfluo addentrarmi nelle complesse questioni di fatto che si dovrebbero affrontare nell'esaminare il terzo mezzo e la cui importanza, ma anche complessità, emerge da alcune altre sentenze in fatto di sistemi di distribuzione selettiva (vedi ad esempio la causa 107/82 AEG-Telefunken/Commissione, Racc. 1983, pag. 3151).

Il *quinto mezzo* della ricorrente possiede invece un certo nesso con la censura principale. Con questo mezzo la ricorrente fa carico alla Commissione di aver consentito alla SABA e al gruppo Thomson-Brandt, concedendo l'esenzione a norma dell'art. 85, n. 3, di abusare di una posizione dominante sul mercato dell'elettronica da trattenimento in generale e in particolare dei televisori a colori. Essa si richiama, per corroborare la sua tesi, alle sentenze che ho citato nell'esposizione dei mezzi.

Già con riguardo alla nozione di posizione dominante, come definita nei punti 26 e 30 della vostra sentenza 11 dicembre 1980, nella causa 31/80 L'Oréal (Racc. 1980, pag. 3775) che sono tratti dalla vostra sentenza Hoffmann-La Roche, ritengo infatti sostenibile che la SABA o il gruppo Thomson-Brandt, nonostante una limitata quota di mercato, dispongono di una posizione dominate ai sensi dell'art. 86. In particolare la dimostrata possibilità di cui dispone la SABA di programmare in modo vincolante per quattro trimestri oppure per un anno la produzione e le vendite a mio giudizio potrebbe dimostrare che la sua posizione sul mercato le consente « di comportarsi, in misura notevole, in modo indipendente nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e dei consumatori ». I produttori che si valgono di un sistema analogo potrebbero del pari godere di posizione dominante. Nella politica olandese in fatto di intese si è già infatti ripetutamente intervenuti contro analoghe posizioni dominanti parallele, delle quali si era abusato boicottando determinate forme di distribuzione. Dati gli argomenti svolti in corso di causa non mi pare però agevole, e per i motivi già esposti neppure necessario, giungere ad una conclusione definitiva su questo mezzo.

5. Riassunto, osservazioni conclusive e conclusioni finali

5.1. *Riassunto*

Nell'esame sin qui condotto sono giunto alle seguenti conclusioni parziali:

a) Il ricorso è ricevibile, per i motivi esposti dalla Commissione soprattutto all'udienza;

b) Il sesto mezzo, relativo al procedimento amministrativo seguito dalla Commissione, è infondato;

c) È fondato il quarto mezzo, con il quale si fa soprattutto carico alla Commissione di non aver basato la decisione su uno studio relativo alla struttura generale del mercato, attenendosi ai principi elaborati nella vostra sentenza Metro I;

d) Del pari fondati sono il primo e il secondo mezzo, con i quali si fa carico alla Commissione di aver erroneamente applicato l'art. 85, n. 1 e rispettivamente n. 3, specie alla luce del quarto mezzo, che è risultato fondato;

e) I vizi della decisione impugnata emersi dall'esame del quarto, primo e secondo mezzo appaiono di una gravità tale da far annullare la decisione;

f) I rimanenti mezzi di merito dedotti dalla ricorrente, dato il risultato al quale sono giunto, non necessitano esame.

5.2. *Osservazioni conclusive*

a) Con la mia disamina spero di aver chiarito che la causa di cui trattasi non è in realtà così semplice come pare a prima vista. Non ha alcuna importanza il fatto che la soluzione che ho proposto scaturisca, a mio parere, direttamente dalle direttive contenute nella vostra sentenza Metro I quanto alla politica che deve seguire la Commissione. Sebbene questo aspetto di per sé non abbia importanza per la soluzione della lite, la complessità di questa viene messa in risalto dal fatto che dalla vostra sentenza 13 febbraio 1969, nella causa 14/68, (Walt Wilhelm, Racc. 1969, pag. 1) si desume che, in caso di accoglimento dell'orientamento politico contenuto nella presente decisione della Commissione, le autorità che controllano le intese in tre Stati membri (Francia, Paesi Bassi e Regno Unito) non potrebbero continuare a praticare, senza modificarla, la loro politica in fatto di boicottaggio di determinate forme di distribuzione.

b) Poiché la decisione dev'essere esaminata in sé e con riguardo ai chiarimenti forniti in proposito in corso di causa, dai quali è emerso che la decisione ha ignorato o quasi le direttive fissate nella vostra prima sentenza Metro per quanto riguarda la necessaria ricerca di mercato, mi parrebbe scorretto, sotto il profilo processuale, approfondire ulteriormente l'esame di dati di uno studio che è stato portato a termine solo due mesi dopo l'adozione della decisione da parte della Commissione. Dalla decisione emerge chiaramente che la Commissione ha ritenuto irrilevanti questi dati generali sulla struttura del mercato, come fondamento per la propria decisione, e la censura principale della ricorrente si impernia con ragione su questo punto. Quale sarebbe stata la decisione della Commissione qualora si fosse tenuto conto di tali dati, non è possibile dirlo a posteriori. È comunque impossibile, in occasione di una causa dinanzi alla vostra Corte, sostituire la motivazione di una decisione completamente diversa, nella quale si ponga rimedio ad una carenza fondamentale accertata nel provvedimento. Ho inoltre già rilevato che la relazione Mackintosh ovvia soltanto in piccola parte a questa carenza.

c) La decisione della Commissione, per i motivi indicati e in considerazione del suo chiaro tenore, eccezion fatta per la deroga già esaminata e relativa al quarto presuppo-

sto per l'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, si basa esclusivamente sull'esame del sistema SABA, considerato indipendentemente dalla struttura del mercato nel quale esso opera. Nel mio esame ho indicato a quali conclusioni inaccettabili, o quanto meno fondate su pure ipotesi o su concezioni aprioristiche, questo metodo di lavoro abbia portato la Commissione. In base al mio esame della censura principale della ricorrente e delle sue conseguenze per l'applicazione data all'art. 85, nn. 1 e 3, ho ritenuto superfluo l'esame specifico da parte della vostra Corte degli argomenti relativi al sistema SABA come tale.

d) Non ho tenuto conto già a causa del mio primo rilievo conclusivo dei dati forniti dalla Commissione dopo l'udienza in risposta ad una domanda del giudice relatore, né della relazione Mackintosh. I dati relativi alla diffusione dei sistemi di distribuzione selettiva nel settore in esame, noti alla Commissione e non considerati riservati, sono tuttavia di valore limitato anche perché la Commissione, come ho già detto, non ritiene che debbano essere notificati i sistemi di vendita selettivi semplici, mentre non è chiaro in quale misura l'ente incaricato della ricerca (Gesellschaft für Konsumforschung Nürnberg) sia a conoscenza dei sistemi di vendita selettivi non notificati. In base al commento della ricorrente pervenuto nel frattempo, a mio giudizio è opportuno porre in dubbio il valore di questi dati (pubblicati in *Neue Medien* n. 5 del maggio 1985) nonché degli altri dati prodotti. La Metro in questo commento particolareggiato giunge alla conclusione che otto marche di televisori con un sistema di distribuzione ufficialmente selettivo o equiparabile detengono in Germania il 58% del mercato e nove altre marche con sistemi di distribuzione selettivi non ufficiali, ma con effetti analoghi, detengono il 33% del mercato. In complesso la Metro e le imprese di questo tipo avrebbero normalmente accesso solo a marche che hanno una quota di mercato del 9%. I dati che la Metro ha fornito a sostegno dei suoi calcoli sono certo indicati in modo più preciso della base dei calcoli dalla Commissione. Come ho rilevato, mi pare però che questi dati forniti dalla Commissione e dalla Metro dopo l'udienza, rispondendo alle domande della vostra Corte, in definitiva, e soprattutto per altri motivi, non abbiano importanza decisiva. Se la vostra Corte fosse di parere diverso, penso che si dovrebbe riaprire il procedimento, tenuto conto dell'attendibilità degli importanti dati forniti dalla Metro, che non corrispondono a quelli forniti dalla Commissione.

5.3. *Conclusioni finali*

Concludendo, vi propongo quindi:

1) di dichiarare ricevibile il ricorso;

2) di accogliere il primo, secondo e quarto mezzo;

3) di annullare la decisione della Commissione 21 dicembre 1983 relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE, sistema di distribuzione SABA (decisione n. 83/672/CEE, GU 1983, L 376, pag. 41) per i motivi suesposti;

4) condannare la Commissione alle spese processuali, eccezion fatta per le spese sostenute dagli intervenienti, poichè questi non hanno chiesto la condanna alle spese del soccombente e quindi devono sopportare le spese rispettivamente incontrate.