CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JOSEPH GAND DEL 10 GIUGNO 1970 [1]

Signor Presidente,
Signori Giudici,

In seguito ai ricorsi proposti dalla società olandese A.C.F. Chemiefarma (41-69) e dalle società tedesche Buchler e Boehringer Mannheim (44 e 45-69), la Corte dovrà pronunciarsi per la prima volta in merito ad una decisione con cui la Commissione delle Comunità europee, avendo accertato che alcune imprese hanno violato l'articolo 85 del trattato di Roma, infligge loro un'ammenda.

Da ciò risulta immediatamente l'importanza della sentenza che da voi si attende : innanzitutto per quanto riguarda gli aspetti giuridici (visto che dovrete precisare, fra l'altro, le modalità procedurali cui sono soggette le decisioni del genere, e statuire se ed entro quale termine si prescrivano le infrazioni relative alla concorrenza), ma anche per il fatto che, tenuto conto della giurisdizione anche di merito conferitavi dall'articolo 17 del regolamento n. 17 del Consiglio, dovrete occuparvi della controversia nel suo complesso, con un illimitato potere di valutazione dei fatti, e che, a seconda della convinzione che vi sarete fatta circa l'esistenza delle infrazioni addebitate alle imprese e circa la loro gravità, spetterà a voi il confermare l'ammenda o abolirla, ridurla o eventualmente aumentarla. Vorrei aggiungere che anche in pratica la vostra decisione sarà di grande rilievo, in funzione dell'importo elevato delle ammende inflitte con la decisione impugnata.

Poiché le relazioni d'udienza contengono un'esposizione assai dettagliata dei fatti su cui la decisione si fonda, mi limiterò per il momento a ricordare brevemente l'origine della controversia. All'inizio del 1967, gli uffici della Commissione venivano in possesso di un certo numero di documenti e d'informazioni, di provenienza americana, sull'attività dell'intesa internazionale della chinina, costituita fra la N.V. Nederlandsche Combinatie voor de Chemische Industrie — generalmente nota come Nedchem e attualmente denominata Chemiefarma — le società Boehringer Mannheim e Buchler, un gruppo di tre imprese francesi e due imprese inglesi, la Carnegies e la Lake & Cruickshank. Secondo quanto previsto dall'articolo 14 del regolamento n. 17, detti uffici procedevano, nei mesi di luglio e novembre 1967, a taluni controlli presso le sei imprese che avevano la loro sede nel mercato comune; alcuni controlli venivano effettuati anche presso imprese belghe e italiane, acquirenti di chinina. In base al risultato di queste operazioni, la Commissione instaurava una procedura d'ufficio e, il 30 luglio 1968, comunicava alle imprese le infrazioni rilevate. Le imprese presentavano osservazioni per iscritto, e venivano sentite l'11 e il 12 febbraio 1969. In seguito al parere espresso dal Comitato consultivo, competente in materia d'intese e di posizioni dominanti, la Commissione adottava, il 16 luglio 1969, la decisione impugnata, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 5 agosto 1969 (n. L 192, pag. 5 e segg.).

La motivazione di questa decisione è articolata in quattro parti. La Commissione ricorda innanzitutto le successive fasi della conclusione e dell'applicazione dei vari accordi stipulati fra le imprese (I). Essa rileva poi che questi accordi avevano lo scopo e l'effetto di restringere il gioco della concorrenza nell'ambito del mercato comune mediante i diversi procedimenti elencati (fissazione dei prezzi di vendita della

1 — Traduzione dal francese.

chinina e della chinidina; ripartizione dei mercati; determinazione delle quote di vendita e di un sistema di compensazione quantitativa; limitazione della produzione di chinidina), che gli accordi stessi erano tali da pregiudicare il commercio tra Stati membri, e che rientravano perciò nell'ambito di applicazione dell'articolo 85, n. 1 (II). Per contro, non essendo stati notificati alla Commissione entro il 1° novembre 1962, essi non potevano beneficiare delle disposizioni di cui al n. 3 dello stesso articolo (III). Infine, la Commissione afferma di avere la facoltà d'infliggere ammende alle imprese, per le infrazioni commesse fra il 13 marzo 1962 e i primi di febbraio 1965, data che le sembra segnare la fine dell'attività dell'intesa, ed espone le ragioni che l'inducono a differenziare l'importo delle ammende inflitte ai vari partecipanti (IV).

Basandosi su questi motivi la Commissione, nell'articolo 1 della decisione, constata che le imprese in causa hanno violato, fino al principio del febbraio 1965, l'articolo 85, n. 1, del trattato, per aver concluso ed eseguito la convenzione di esportazione dell'8 e 14 luglio 1959, le convenzioni addizionali del 1960, i gentlemen's agreements del 9 aprile 1960, nonché gli accordi esecutivi e integrativi di tali convenzioni, ed infligge loro, nell'articolo 2, ammende di vario importo, da 10 000 a 210 000 u.c.

Le tre imprese francesi, che sono senz'altro le meno importanti e le meno gravemente colpite, hanno accettato tale decisione. La Chemiefarma, la Buchler e la Boehringer hanno invece proposto alla Corte un ricorso diretto all'annullamento della decisione 16 luglio 1969, nella parte che rispettivamente le riguarda e, in sede di giurisdizione di merito, all'abolizione o alla riduzione dell'ammenda che è stata loro inflitta.

Le conclusioni delle ricorrenti sono identiche, ed anche i mezzi da esse dedotti e l'argomentazione a sostegno di tali mezzi sono sostanzialmente gli stessi su molti punti. D'altra parte, con ordinanza 9 aprile 1970, le tre cause sono state riunite ai fini della discussione orale. Mi permetto quindi di presentare in proposito conclusioni comuni, indicando, se necessario, per ciascun problema, l'aspetto particolare sotto il quale esso viene presentato dall'una o dall'altra ricorrente.

Prenderò in esame i diversi mezzi dedotti nel seguente ordine, da me adottato sia per ragioni di comodità che per ragioni di logica :

— competenza della Commissione;
— procedura seguita da quest'ultima o motivazione della decisione impugnata, cioè regolarità formale della decisione;
— esistenza di una violazione delle norme sulla concorrenza, che costituisce il punto centrale della discussione;
— possibilità d'infliggere un'ammenda alle imprese e giustificazione dell'importo di tale ammenda. Soltanto a questo punto, nonostante la sua precedenza logica, esaminerò la questione della prescrizione, in quanto essa è in pratica connessa alla data in cui sono cessate le infrazioni addebitate alle imprese.

I — Competenza della Commissione

Questo mezzo è stato dedotto soltanto dalla Chemiefarma (41/69). L'impresa sostiene che la Commissione era incompetente, in quanto le intese reano state notificate al Bundeskartellamt ed al ministero olandese degli affari economici, i quali non avevano sollevato obiezioni. La ricorrente chiede alla Corte di accertare in qual misura gli articoli 88 e 89 del trattato, ed eventualmente il regolamento n. 17, tolgano attualmente alla Commissione la facoltà di occuparsi delle intese così notificate.

La soluzione mi sembra facile. In primo luogo, dal 13 marzo 1962, data dell'entrata in vigore del regolamento n. 17, i rispettivi poteri della Commissione e

delle autorità nazionali per l'applicazione dell'articolo 85 del trattato sono delimitati dal suddetto regolamento. Ai sensi dell'articolo 9, n. 3, la competenza delle autorità degli Stati membri sussiste solo fino a quando la Commissione non abbia iniziato una procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6 dello stesso regolamento. Essa è quindi subordinata a quella della Commissione, e la circostanza che le autorità comunitarie non si siano avvalse di tale competenza in un caso determinato non può avere l'effetto di sottrarre l'intesa al loro controllo. Sappiamo, d'altra parte, che i gentlemen's agreements, i quali costituivano la parte essenziale del sistema instaurato nell'ambito del mercato comune, non sono stati notificati — evidentemente — né alle autorità olandesi, né al Bundeskartellamt. Il presente mezzo va quindi disatteso.

II — Mezzi relativi alla procedura e alla forma

Su questo punto dovrò trattenermi maggiormente. Com'è naturale, data la novità e l'importanza della materia, su cui non esiste ancora giurisprudenza e nemmeno una prassi amministrativa costante, diversi problemi possono essere sollevati in proposito e lo sono infatti da parte delle ricorrenti. Anche a rischio di essere prolissi, sarà bene risolverli in modo preciso, non solo al fine di definire la presente controversia, ma anche per determinare l'ambito entro il quale può agire la Commissione.

I testi da applicare sono il regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962 n. 17 (GU del 21.2.1962, pag. 204) e il regolamento d'attuazione della Commissione 25 luglio 1963 n. 99 (GU del 20.8.1963, pag. 2268), adottato in forza dell'articolo 24 del regolamento precedente. Su quasi tutti i punti, i mezzi dedotti riguardano il modo in cui questi testi sono stati applicati alla fattispecie; a volte inoltre le ricorrenti — in particolare la Chemiefarma — contestano la legittimità di talune disposizioni dei regolamenti o invocano principi generali di procedura ch'esse sostengono poter dedurre sia dal diritto comune agli Stati membri, sia dall'ordinamento di uno di essi.

Nell'esame di questi vari mezzi, che non è sempre facile classificare, seguirò l'ordine delle successive fasi procedurali : comunicazione degli addebiti e audizione delle imprese — verbale di tale audizione — parere del comitato consultivo — adozione della decisione da parte del collegio dei commissari, per terminare coi mezzi relativi alla motivazione della decisione.

A — Comunicazione degli addebiti e audizione delle imprese

L'articolo 19 del regolamento n. 17 stabilisce che prima di ogni decisione, fra l'altro di quelle previste dagli articoli 3 e 15, con le quali essa ingiunge alle imprese di porre fine alle infrazioni o infligge loro delle ammende, la Commissione dà modo agl'interessati di manifestare il proprio punto di vista relativamente agli addebiti loro mossi. È soprattutto a questo proposito che le ricorrenti denunciano la violazione del diritto alla difesa.

1. In primo luogo esse criticano in termini pressappoco analoghi l'imprecisione o l'incompletezza della comunicazione degli addebiti. Questo documento, praticamente identico per tutte le imprese interessate, è costituito da una cinquantina di pagine. Le imprese lamentano il fatto ch'esso non indichi in modo dettagliato i fatti cui la Commissione si riferiva con le relative prove.

Inoltre, una volta ricevuta la comunicazione, esse hanno chiesto in vario modo di prendere visione del facicolo costituito dalla Commissione; pur rifiutanto la comunicazione integrale di quest'ultimo, la Commissione ha permesso

la consultazione dei documenti menzionati nella comunicazione degli addebiti. Eccetto la Boehringer, le imprese si sono avvalse della possibilità che veniva loro offerta. Oggi esse sostengono che si è avuta, per questo fatto, una violazione del diritto alla difesa e ch'esse avrebbero dovuto poter consultare tutti i documenti che si trovavano nel fascicolo, e precisamente perché la procedura instaurata poteva portare all'irrogazione di un'ammenda.

In particolare, la censura riguarda i risultati degli accertamenti effettuati presso talune imprese italiane e belghe, risultati esposti nei documenti prodotti col controricorso della Commissione, ma di cui a suo tempo le ricorrenti non avevano avuto notizia. Gli accertamenti sono menzionati alla pag. 1 della comunicazione degli addebiti : « Si è proceduto inoltre a taluni controlli presso imprese italiane e belghe ». Il loro risultato è esposto a pag. 37 dello stesso documento, nei seguenti termini : « I prezzi concordati venivano praticati in modo uniforme dai membri dell'intesa all'interno del mercato comune, sia per le esportazioni nei Paesi che non posseggono una produzione nazionale di chinina (Belgio, Lussemburgo e Italia...) ».

Per rispondere a queste critiche, sotto i loro vari aspetti, bisogna prendere posizione sulla natura della procedura dinanzi alla Commissione e sulla portata del « diritto alla difesa » che le imprese possono rivendicare in questa fase.

Avete già avuto occasione di applicare l'articolo 19 del regolamento n. 17 nella causa Grundig e vi siete pronunciati nel senso che la procedura dinanzi alla Commissione è una procedura *amministrativa*, la quale implica che agl'interessati sia preventivamente dato modo di presentare le proprie osservazioni sugli addebiti che la Commissione muove loro; a tale scopo essi devono essere informati delle circostanze di fatto sulle quali gli addebiti sono fondati; non è tuttavia necessario che venga loro comunicato l'intero fascicolo.

Questa sentenza è stata pronunciata in un caso in cui veniva discussa unicamente l'applicazione dell'articolo 85 del trattato, ma la soluzione sembra valida anche nel caso in cui la Commissione infligge delle ammende in forza dell'articolo 15, n. 2, del regolamento n. 17. Qualunque sia la decisione ch'essa adotta (ingiunzione di porre fine a un'infrazione — decisione che ammette al beneficio dell'articolo 85, n. 3 — ammenda), la Commissione agisce sempre in quanto autorità amministrativa e la procedura stabilita dai regolamenti 17 e 99/63 è praticamente identica in tutti i casi.

Stando così le cose, dalla lettura della comunicazione degli addebiti risulta che questa indica chiaramente i fatti che, secondo la Commissione, costituiscono l'infrazione addebitata alle ricorrenti; in particolare, vi si rileva ch'esse hanno continuato, fino all'inizio del 1965, ad applicare una politica di prezzi concordati e a scambiarsi informazioni sulle vendite in vista di un'eventuale compensazione, mantenendo così in vita l'intesa, dopo il 1962, all'interno del mercato comune. Mi sembra che tali indicazioni fossero atte ad informare in modo inequivocabile le imprese di quanto veniva loro addebitato, e a metterle in grado di prendere posizione.

Su un punto più particolare, resta da dire se le ricorrenti, che non avevano diritto alla comunicazione integrale del fascicolo, potevano pretendere che fossero loro comunicati i risultati dei controlli effettuati presso talune imprese italiane e belghe. La soluzione mi sembra debba essere negativa, in quanto l' « addebito » e le « circostanze di fatto » sulle quali esso è fondato — per riprendere la terminologia della sentenza Grundig — consistono in una restrizione della concorrenza derivante dall'applicazione uniforme di prezzi comuni alle esportazioni verso il Belgio e l'Italia. Questo punto, come abbiamo detto, era stato comunicato alle imprese, che avrebbero potuto contestarlo e manifestare il proprio parere in propo-

sito, non fosse altro che indicando nelle loro osservazioni scritte le vendite effettuate e le relative condizioni. Quanto ai risultati dei controlli, si tratta di *elementi di prova;* come tali, qualora la decisione venga impugnata, essi devono essere comunicati durante il procedimento giurisdizionale; non mi sembra che rientrino invece nelle previsioni dell'articolo 19 del regolamento n. 17. A mio avviso, il mezzo dovrebbe perciò essere disatteso.
Altri mezzi relativi alla regolarità di questa fase della procedura sono stati dedotti dalla Chemiefarma :

2. Le modalità dell'audizione degl'interessati sono state stabilite dalla Commissione col regolamento n. 99/63, in base alla facoltà attribuitale dall'articolo 24 del regolamento n. 17 del Consiglio. La ricorrente mette in dubbio la legittimità di questa delega, in quanto « l'attività svolta in questo caso è legislativa, e non esecutiva »; essa sarebbe perciò in contrasto sia con l'articolo 87, sia col combinato disposto degli articoli 155 e 4 del trattato; inoltre, il Parlamento europeo non avrebbe avuto modo di esprimere il suo parere sulla questione del se fosse possibile e auspicabile che il Consiglio delegasse i suoi poteri in questo campo.
Non sembra che questo mezzo debba essere accolto.
Se è vero che l'articolo 87 affida al Consiglio il compito di stabilire « tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86 », non ne consegue tuttavia che questa istituzione non possa, dopo aver stabilito essa stessa delle norme generali in questo campo, delegare alla Commissione il potere di adottare i provvedimenti necessari per l'attuazione di tali norme. È questa l'idea espressa dall'articolo 155 del trattato, il quale dice che la Commissione « esercita le competenze che le sono conferite dal Consiglio per l'attuazione delle norme da esso stabilite »; quest'articolo non vieta, infatti, che tale competenza possa essere esercitata in campo normativo. In altri termini, se il Consiglio non può esimersi dal fissare i principi che regolano una determinata materia afidando questo compito alla Commissione, nulla osta a che quest'ultima sia incaricata dal Consiglio di precisare le modalità d'applicazione dei principi stessi.
In realtà, l'articolo 19 del regolamento n. 17 riconosce il diritto delle imprese di manifestare il proprio punto di vista prima che la Commissione adotti qualsiasi decisione nei loro confronti : viene così stabilito il principio essenziale del diritto alla difesa. Posto questo diritto, le modalità dell'audizione definite dalla Commissione nel regolamento n. 99/63, per quanto importanti, non rappresentano che un provvedimento di *attuazione* della norma emanata dal Consiglio. D'altra parte, dai lavori preparatori del regolamento n. 17 risulta che il testo ch'era stato oggetto di un parere favorevole del Parlamento conteneva una disposizione simile a quella di cui all'articolo 24. L'eccezione d'illegittimità sollevata dalla ricorrente contro questo articolo è quindi infondata.

3. Un'altra eccezione d'illegittimità viene sollevata dalla stessa ricorrente, questa volta riguardo all'articolo 9, n. 1, del regolamento 99/63, a norma del quale « procedono all'audizione le persone che hanno avuto dalla Commissione mandato a tal fine ». Questa disposizione costituirebbe violazione del principio generale della continuità nella composizione dell'organo amministrativo cui sono sottoposte questioni che possono dar luogo all'irrogazione di sanzioni.
Ma un principio così rigido esiste veramente in un campo in cui predominano considerazioni pratiche? Se ne può dubitare. L'istruzione di un affare amministrativo — soprattutto quando è complesso come quello di cui ci occupiamo — presuppone necessariamente la collaborazione di un certo numero di persone, che agiscono a volte singolarmente, a volte collettivamente.

Non è possibile, dall'esterno, delimitare il lavoro di ciascuno, né esigere che tutti partecipino a tutti i lavori. È una questione di organizzazione interna dei servizi, che spetta alla Commissione di risolvere nell'ambito delle sue responsabilità. Ed è così anche quando la procedura instaurata può dar luogo all'irrogazione di ammende, poiché non per questo essa perde il carattere amministrativo.

4. La Chemiefarma deduce ancora la violazione di un principio giuridico generale secondo cui, in una procedura amministrativa, l'organo cui è sottoposta la questione ha l'obbligo di correggere, di comune accordo con gli interessati, le imprecisioni, di « far completare gli argomenti insufficienti » e di permettere agl'interessati di essere sentiti su tutti i punti essenziali della questione. Ora, nella fattispecie, non avendo tenuto conto delle osservazioni svolte dalla ricorrente nella memoria di risposta alla comunicazione degli addebiti, la Commissione avrebbe lasciato sussistere nella decisione un certo numero d'inesattezze, elencate dalla Chemiefarma.
Se quest'ultima intende far valere, sotto altra forma, il mezzo tratto dalla violazione del diritto alla difesa, è sufficiente rispondere che non vi è stata lesione di tale diritto. Se nonostante tutto sussistono inesattezze nella decisione impugnata, non si tratta più di una questione di regolarità della procedura, ma di una questione di merito, che dovrete esaminare per accertare quali siano i suoi effetti sulla validità della decisione stessa.

B — Verbale dell'audizione delle parti

A norma dell'articolo 9, n. 4, del regolamento n. 99/63, « Le principali dichiarazioni rilasciate da ciascuna delle persone sentite sono messe a verbale. Il processo verbale viene letto ed approvato dalle persone sentite ».
In realtà, nelle audizioni dei giorni 11 e 12 febbraio 1969, veniva deciso che il verbale sarebbe stato redatto e inviato in un secondo momento agli interessati, per eventuale rettifica ed approvazione. Esso veniva inviato alle imprese soltanto il 10 giugno, con la preghiera di trasmettere le loro osservazioni entro un termine di 3 settimane : la Buchler rispettava questo termine, la Boehringer otteneva una proroga fino al 7 luglio, la Nedchem non dava alcuna risposta.
È proprio quest'ultima, tuttavia, che nel ricorso 41/69 fa carico alla Commissione di aver violato l'articolo 9, n. 4, del suddetto regolamento, per aver lasciato trascorrere un eccessivo lasso di tempo fra l'audizione e l'invio del verbale, per averle impartito un termine insufficiente per presentare le sue osservazioni e per non essersi accertata che la ricorrente fosse d'accordo sul testo.
Anche ammettendo che la redazione del progetto di verbale abbia presentato delle difficoltà, è certamente strano ch'essa abbia richiesto quattro mesi; in questo ritardo, tuttavia, non vi è nulla che possa pregiudicare i diritti degl'interessati. Ciò premesso, il termine di tre settimane concesso per apportare rettifiche al testo sembra sufficiente. La ricorrente, che non ha proposto emendamenti, nè ha chiesto a tal fine una proroga del termine, come ha fatto la Boehringer, non può sostenere ch'esso era insufficiente, né far carico alla Commissione di non essersi accertata del suo consenso.
La stessa ricorrente deduce inoltre che il testo del verbale le è stato inviato soltanto in tedesco e in francese, e non nella sua lingua nazionale che è l'olandese, per cui vi sarebbe stata violazione del principio della uguaglianza delle lingue, sancito dall'articolo 217 del trattato e dal regolamento n. 1 del Consiglio.
Su querto punto, la Commissione ammette di essere in difetto. Essa riconosce di aver commesso, per inavvertenza, un errore cui avrebbe posto rimedio, qualora l'impresa le avesse segnalato la caso. Tuttavia, a suo parere, tale errore non ha impedito alla ricor-

rente di essere sufficientemente informata grazie al testo tedesco del progetto di verbale, e non ha quindi menomato la sua facoltà d'impugnazione. Questa tesi sembra tanto più fondata in quanto la norma invocata dalla Chemiefarma non ha carattere imperativo e dal momento che, omettendo di chiedere che le venisse trasmessa una copia in lingua olandese, la ricorrente ha implicitamente rinunciato a far valere tale norma. Questo mezzo va quindi disatteso.

C — *Procedura dinanzi al comitato consultivo*

Quest'organo, istituito dall'articolo 10 del regolamento n. 17 allo scopo di garantire il collegamento con le autorità degli Stati membri, dev'essere preventivamente consultato nella maggior parte delle decisioni da adottarsi dalla Commissione a norma degli articoli 85 e seguenti, in particolare prima che vengano inflitte delle ammende. Esso è composto di funzionari competenti in materia d'intese e di posizioni dominanti. Ogni Stato membro designa un funzionario che lo rappresenta e che, in caso d'impedimento, può essere sostituito da un supplente. La consultazione viene effettuata nel corso di una riunione comune, su invito della Commissione, e comunque non prima di 14 giorni dall'invio della convocazione. A quest'ultima devono essere allegati un'esposizione della questione, con l'indicazione dei documenti più importanti della pratica, e un progetto di decisione per ogni caso da esaminare. L'esito della consultazione è riportato in un rendiconto scritto che viene unito al progetto di decisione e non è reso pubblico.

La Chemiefarma, che considera il comitato consultivo come una « istituzione oscura e ibrida », esprime i suoi dubbi sul fatto che le disposizioni ad esso relative offrano garanzie giuridiche sufficienti (non esiste, ad esempio, alcuna garanzia di unità, nè di continuità nella sua composizione). Non sembra tuttavia ch'essa sostenga formalmente che, per le sue manchevolezze, l'articolo 10 sia viziato d'illegittimità.

Le tre ricorrenti sono invece d'accordo nel sostenere che, in realtà, il comitato aveva espresso il suo parere senza essere adeguatamente informato :

— in quanto non aveva ricevuto il verbale definitivo delle audizioni, ma solo un verbale provvisorio che avrebbe richiesto modifiche sostanziali (ricorsi 41-69, 44-69, 45-69);
— in quanto il progetto preliminare di decisione che gli era stato presentato non indicava l'importo delle ammende previste (ricorsi 41-69, 45-69);
— in quanto non aveva avuto un termine sufficiente per studiare la questione che gli era stata sottoposta (ricorso 41-69).

Le ricorrenti hanno perciò chiesto che venisse ordinato alla Commissione di produrre il fascicolo completo presentato al comitato consultivo. La Corte ha rinunciato alla produzione di tale fascicolo, dopo che l'agente della convenuta ha elencato i documenti che lo componevano; su vostro invito, egli ha poi reso noto come il comitato sia venuto a conoscenza dell'importo delle ammende previste. Dovremo perciò valutare le giustificazioni così fornite.

La Commissione sostiene che questo mezzo non può essere preso in considerazione, in quanto il comitato consultivo ha lo scopo di garantire il collegamento con gli Stati membri, non già la tutela dei diritti delle imprese. Le ricorrenti non sarebbero quindi legittimate ad impugnare la procedura svoltasi dinanzi al comitato stesso, « in quanto ciò rientra nella competenza esclusiva di quest'ultimo ». L'obiezione non è pertinente, anche perché non si vede come quest'organo possa impugnare una decisione adottata a danno di un'impresa per il fatto di non essere stato debitamente consultato. Non si può escludere, invece, che quando una norma prevede una determinata formalità procedurale, come la consultazione di un organo, prima dell'adozione di una decisione, l'omissione o l'irrego-

larità nell'adempimento di tale formalità possa costituire, in certi casi, una violazione di forme sostanziali che rende illegittima la decisione.
Nella fattispecie, tuttavia, il mezzo appare infondato.
— È pacifico innanzitutto che il comitato consultivo aveva avuto a disposizione soltanto un testo provvisorio del verbale, senza le modifiche proposte dalla Buchler e dalla Boehringer; questo fatto potrebbe peraltro costituire un'irregolarità procedurale tale da viziare la decisione impugnata solo qualora la versione sottoposta al comitato avesse dato a quest'ultimo un'idea errata delle dichiarazioni degl'interessati. Questo non è certamente avvenuto. Durante la discussione orale, l'agente della Commissione vi ha indicato, ad esempio, le rettifiche proposte dalla Buchler, che sono insignificanti. Agli atti figurano poi il progetto di verbale e il testo definitivo con tutte le modifiche richieste dalle varie imprese. Dal raffronto di questi due documenti risulta che nel testo originario vi erano inevitabili errori di secondaria importanza, che non riguardano questioni essenziali. Ora, secondo l'articolo 9, n. 4, del regolamento 99/63, nel verbale devono figurare le « principali dichiarazioni » delle persone sentite. Il comitato consultivo non è quindi stati informato in modo inesatto su questo punto.
— Che dire, d'altra parte, delle informazioni di cui il comitato disponeva circa l'importo delle ammende previste? Nelle sue memorie la Commissione ha affrontato la questione in termini reticenti, affermando di avere scelto una procedura che evitava una prematura divulgazione di tale importo. Gli ultimi documenti da essa prodotti consentono di farsi un'idea più precisa della situazione.
Contemporaneamente al progetto preliminare di decisione inviato il 30 maggio 1969, (in cui erano indicati i criteri che dovevano servire a differenziare l'entità delle ammende da infliggere, ma non l'importo di queste ultime), i membri del comitato ricevevano una lettera in cui si comunicava loro l'entità approssimativa delle ammende previste per le singole imprese e con la quale essi venivano informati del fatto che l'importo esatto sarebbe stato indicato verbalmente nella riunione del 23 giugno, come effettivamente avvenne. Alcuni passi del resoconto della consultazione indicano l'importo globale delle ammende previste, al quale bastava applicare il criterio di ripartizione indicato nella lettera del 30 maggio per ottenere la cifra proposta per ciascuna delle imprese in causa, cifra che, del resto, fu oggetto di critiche da parte di un membro del comitato. È così assodato che quest'organo è stato messo al corrente, se non dal progetto preliminare di decisione, almeno mediante informazioni scritte e orali, dell'importo dell'ammenda prevista, in questa fase della procedura, per ciascuna delle imprese.
Ci si può chiedere se il segreto che la Commissione voleva mantenere fosse indispensabile al punto da rendere necessari dei procedimenti tanto complicati; si deve ammettere, per contro, che il comitato ha potuto pronunciarsi con cognizione di causa. Da parte mia, sono disposto a ritenere, con le ricorrenti, che l'elemento più importante di una decisione come quella in esame è l'importo dell'ammenda inflitta, che dev'essere proporzionata alla durata e alla gravità dell'infrazione perseguita. Su questi due aspetti del problema, il progetto preliminare di decisione esponeva il punto di vista della Commissione e il documento ad esso allegato lo traduceva in un criterio di ripartizione che precisava la responsabilità attribuita a ciascuna delle imprese. I membri del comitato consultivo erano così in grado di prepararsi a prendere posizione sul merito della questione e, a meno che non si vogliano mettere in dubbio le loro capacità, si deve pensare che, in base agli elementi di cui disponevano, essi abbiano potuto pronunciarsi con cognizione di causa sull'ammenda proposta, anche se la cifra esatta di quest'ultima è stata loro

comunicata soltanto al momento della riunione.
— Infine, le considerazioni precedenti, unitamente al fatto che il termine di 14 giorni che deve trascorrere tra la convocazione del comitato e la riunione dello stesso è stato ampiamente rispettato, consentono di respingere l'obiezione della Chemiefarma, secondo cui l'organo consultato non avrebbe avuto il tempo di studiare debitamente la questione. Mi sembra quindi che, sotto ogni aspetto, le censure dirette contro la regolarità della procedura dinanzi al comitato consultivo vadano respinte.

D — Sul modo in cui la decisione è stata adottata dalla Commissione

La Commissione si è pronunciata il 16 luglio 1969, in seguito alla comunicazione fattale al riguardo dal commissario competente per le questioni di concorrenza, senza peraltro aver sentito gli interessati.
La Boehringer, e ancor più precisamente la Buchler, sollevano il problema del se la garanzia dei diritti fondamentali di un soggetto passibile di sanzioni così gravi non richieda che l'audizione abbia luogo alla presenza di coloro che devono decidere dell'ammenda. Se in questo si deve ravvisare un mezzo inteso a contestare la legittimità dell'articolo 9, n. 1, del regolamento 99/63, si può rispondere che nessun principio impone l'audizione diretta.
Le stesse ricorrenti contestano inoltre la legittimità della decisione, in quanto la Commissione non sarebbe stata informata che in modo insufficiente : i suoi membri non avrebbero avuto a disposizione il verbale definitivo — abbiamo già detto, tuttavia, che non era necessario tener conto di questa circostanza — e il fascicolo non sarebbe stato loro comunicato integralmente.
La convenuta sottolinea giustamente l'ineluttabilità della divisione del lavoro in un organo collegiale — non giurisdizionale — come la Commissione. Perché questa sia in grado di adottare validamente le proprie decisioni, è necessario e sufficiente che ciascuno dei suoi membri sia stato informato in modo completo degli elementi essenziali della questione — era questo le scopo cui rispondevano la nota introduttiva e la comunicazione verbale del commissario competente per la concorrenza — e che ciascuno di essi avesse accesso all'intero fascicolo. Questa è stata la procedura nella fattispecie, cosicché il presente mezzo non può essere accolto.

E — Mezzi relativi alla motivazione della decisione

1. La Boehringer, che nell'imprecisione della comunicazione degli addebiti ravvisava una violazione dell'articolo 19, n. 4, del regolamento n. 17, formula riguardo alla decisione impugnata la stessa critica, fondata questa volta sull'articolo 190 del trattato. Io ritengo che si debba rispondere nello stesso modo. Perché sia garantita l'osservanza dell'articolo richiamato, basta infatti che la motivazione indichi con sufficiente precisione i fatti che costituiscono le infrazioni contestate; ora, dalla lettura della decisione, che del resto riprende quasi esattamente i termini della comunicazione degli addebiti, risulta che ciò è senz'altro vero nella fattispecie. Il presente mezzo non può quindi essere accolto.

2. La Chemiefarma deduce anch'essa, contro la decisione della Commissione, la violazione di forme sostanziali, e formula al riguardo varie censure.
— Innanzitutto essa critica la decisione, perché questa non tiene conto di alcune parti importanti delle osservazioni da lei presentate in risposta alla comunicazione degli addebiti, specialmente sulle caratteristiche particolari del mercato dei prodotti farmaceutici e sulla mancanza di oggetto della protezione dei mercati nazionali.
Se è vero che, in forza dell'articolo 190 del trattato, la Commissione è tenuta a motivare le sue decisioni, le condizioni

stabilite da questo articolo sono soddisfatte, secondo la vostra giurisprudenza, allorché la motivazione fa apparire in modo chiaro e coerente le principali considerazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa la decisione, senza che l'autore dell'atto sia obbligato a pronunciarsi su tutti i punti trattati durante la procedura amministrativa.
Nella fattispecie, l'intesa riguardava unicamente il commercio dei prodotti di base — chinina e chinidina — necessari alla fabbricazione di prodotti farmaceutici, non già quello delle specialità farmaceutiche; non era quindi necessario far riferimento ad elementi estranei alla controversia. Quanto alla protezione dei mercati, dal testo della decisione risultano i motivi sui quali la Commissione si è basata nel far carico ai membri dell'intesa di aver proceduto ad una ripartizione dei mercati nazionali.
— Essa sostiene, d'altra parte, che la motivazione della decisione contiene delle contraddizioni per quanto riguarda, fra l'altro, la compensazione quantitativa e lo scambio di dati sull'esportazione; si tratta tuttavia di una semplice affermazione, non corroborata da precisi elementi di prova, e che quindi non può essere accolta.
— Infine essa fa carico alla Commissione di limitarsi, su alcuni punti, a fare delle affermazioni senza dimostrarle. Così, ad esempio, quando essa sostiene che l'intesa ha causato danni agli acquirenti. Si tratta però di un fatto che non ha avuto peso determinante nella decisione impugnata. D'altra parte la Chemiefarma, quando sostiene che il riferimento all'accordo aggiuntivo del dicembre 1964 non basta a provare che esistesse ancora, a quell'epoca, una politica comune dei prezzi, solleva una questione controversa fra le parti, che si collega strettamente all'esistenza dell'infrazione contestata e che può essere trattata utilmente soltanto nell'ambito dell'esame del merito della decisione.

3. La stessa ricorrente sostiene inoltre che la decisione impugnata differisce in alcuni punti dalla comunicazione degli addebiti, ed in ciò ravvisa una violazione dell'articolo 4 del regolamento 99/63. Se è vero che, in base a questo articolo, la Commissione, nel decidere, deve prendere in considerazione soltanto gli addebiti sui quali le imprese hanno avuto modo di manifestare il proprio punto di vista, ciò non implica tuttavia che la decisione debba riprodurre esattamente la comunicazione originaria. Certamente essa non può constatare infrazioni diverse da quelle indicate nella comunicazione, ma può presentarle in modo diverso per tener conto degli aspetti messi in luce dalla discussione aperta dalla comunicazione stessa. Nella fattispecie, il fraffronto fra i due documenti mostra che la decisione non presenta differenze sostanziali rispetto alla comunicazione degli addebiti e che comunque, mentre fa cadere alcuni addebiti mossi in un primo momento, non contiene alcun addebito che non figuri già nella comunicazione. Il presente mezzo va quindi respinto.

4. Si può infine far rientrare in questo mezzo di violazione di forme sostanziali la censura formulata dalla Chemiefarma riguardo alla decisione impugnata, e cioè che è stato violato un principio giuridico generale secondo il quale si deve richiamare l'attenzione degli amministrati sulle possibilità d'impugnazione e sui termini impartiti al riguardo. Ciò non è stato fatto nella decisione stessa, né nella lettera con cui questa veniva trasmessa.
Sarebbe senz'altro sufficiente rispondere alla ricorrente che, avendo proposto ricorso entro i termini, essa non ha alcun interesse a dedurre questo mezzo. Ritengo tuttavia preferibile risolvere, una volta per tutte, la questione. La norma richiamata, benché esista in Germania, non ha valore generale negli altri Stati membri; non si può quindi considerarla come un « principio generale » da applicare nel diritto comunitario in mancanza di una norma espressa.

III — Esistenza di una violazione dell'articolo 85, n. 1

Dopo essermi dilungato alquanto in queste spiegazioni, posso ora affrontare il punto centrale della discussione : gli accordi conclusi dalle ricorrenti, e la cooperazione così sorta fra loro, costituiscono effettivamente delle infrazioni che rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 85, n. 1?
Per risolvere la questione occorre indicare i settori in cui doveva svolgersi questa cooperazione nell'ambito del mercato comune, precisare gli accordi conclusi, e stabilire quale sia stata la loro portata e la loro natura.
Dovremo poi esaminare se l'intesa, una volta costituita, sia stata mantenuta in vita in tutto e per tutto sino al febbraio 1965, come afferma la Commissione, o se invece sia cessata o sia stata modificata, in tutto o in parte, ed eventualmente da quale data.

A — Poiché nella relazione d'udienza si trova un'esposizione molto dettagliata dei vari aspetti che presentava l'intesa, potrò ricordare qui soltanto l'essenziale. Bisogna tuttavia sottolineare subito la complessità del sistema di accordi conclusi fra i membri dell'intesa e la straordinaria saldezza dei vincoli esistenti fra loro.

1. All'origine si trova un accordo per l'esportazione della chinina e della chinidina, concluso nel luglio 1959 fra la Boehringer e la Nedchem, accordo che esclude formalmente dal proprio campo d'applicazione i paesi del mercato comune. La Buchler aderisce a questo accordo nel marzo 1960; poi, il 7 aprile 1960, viene concluso fra le tre ricorrenti, le imprese francesi e due imprese inglesi, un accordo che regola le condizioni di adesione delle imprese francesi e inglesi all'accordo precedente per quanto riguarda la chinina. Quest'ultimo, qualificato come accordo per l'esportazione (Export Agreement), viene pubblicato, ma il giorno stesso l'assemblea dei membri dell'intesa approva il testo di due gentlemen's agreements, conclusi dalle ricorrenti col gruppo francese e, rispettivamente, con la Carnegies e la Lake & Cruickshank. Questi accordi estendono a tutte le vendite per l'esportazione, e perciò a quelle destinate ai paesi del mercato comune, le clausole dell'accordo per l'esportazione. Il loro contenuto è identico, cosicché possiamo d'ora in poi parlare in generale di « gentlemen's agreement ». Essi hanno forma scritta, sono datati 9 aprile 1960, ma non sono firmati e, soprattutto, vengono tenuti segreti. In seguito, per dare esecuzione a questi accordi, le imprese sono state indotte, sia in riunioni congiunte, sia mediante scambio di lettere, a concluderne altri, ad esempio per concordare la data e l'entità degli aumenti dei prezzi. Si deve aggiungere infine che, non più nel campo delle vendite, ma in quello degli acquisti, le imprese hanno concluso accordi relativi all'acquisto in comune di scorza di china (« bark-pool ») e all'acquisto di determinati quantitativi di chinina provenienti dalle riserve strategiche americane (« stockpile agreement »).

2. Circa i punti sui quali l'intesa creata fra le imprese sarebbe in contrasto con quanto dispone l'articolo 85, n. 1, la Commissione ne indica quattro, che trovano tutti la loro origine diretta o indiretta nella convenzione per l'esportazione e nei gentlemen's agreements.
— Il primo punto è la politica dei prezzi. In forza della convenzione, i prezzi all'esportazione della chinina e della chinidina dovevano essere fissati con voto a maggioranza. Questo sistema veniva esteso dal gentlemen's agreement alle esportazioni verso il mercato comune. Come sapete, erano state inoltre fissate delle « direttive » per precisare ed uniformare i metodi di calcolo dei prezzi, le condizioni di vendita e di pagamento, le informazioni da fornire ai membri dell'intesa sulle quantità vendute e i ricavi realizzati. Di conseguenza, vennero fissati sino alla fine del 1964 dei listini unici, per tutti i membri dell'intesa.

— In secondo luogo, vi è la ripartizione del mercato, attraverso l'assegnazione di quote per l'esportazione e l'istituzione di un sistema di compensazione. L'accordo del 7 aprile 1960 attribuisce, per quanto riguarda la chinina, una determinata quota a ciascun membro. Per la chinidina, invece, per cui le tre ricorrenti si erano riservate l'esclusiva, esse conservavano le quote che risultavano dall'accordo stipulato fra loro il mese precedente. Per effetto del gentlemen's agreement, dette quote venivano estese a tutte le vendite per l'esportazione. Lo stesso avveniva per la clausola in forza della quale l'impresa che avesse venduto un quantitativo inferiore alla sua quota poteva offrire, all'impresa che avesse invece superato la sua, di venderle la quantità corrispondente a un determinato prezzo. L'esistenza di due accordi, l'uno ufficiale e l'altro segreto, rendeva difficile il funzionamento del sistema di compensazione; il problema veniva risolto nel modo descritto nella « Note about the equalization » del 19 febbraio 1960. Ciascun membro doveva comunicare periodicamente alla Nedchem il valore e il volume di tutte le vendite effettuate nel periodo di riferimento, nonché di tutte le vendite contemplate dalla convenzione per l'esportazione. La Nedchem calcolava i quantitativi che avrebbero dovuto essere compensati per ciascuna di queste due categorie di operazioni, e la compensazione effettiva aveva luogo in base al gentleemn's agreement.

— Il terzo punto che costituiva oggetto dell'intesa è la protezione dei mercati nazionali, a vantaggio dei produttori dei diversi paesi. Il principio era stato fermamente sostenuto dalle imprese francesi nel corso delle trattative che avevano preceduto la loro adesione; esso era stato accettato e, in occasione della riunione dei membri dell'intesa del 2 marzo 1960, il rappresentante della Nedchem aveva fatto inoltre adottare delle modalità per cui la protezione poteva essere garantita, senza esporre le imprese all'attenzione indiscreta delle autorità competenti in materia di concorrenza.

— Infine, ultimo aspetto degli accordi conclusi fra i vari contraenti, nel gentlemen's agreement le imprese inglesi s'impegnavano a non produrre chinidina e le imprese francesi assumevano lo stesso impegno per la produzione di chinidina sintetica.

Il richiamo ai principali punti ch'erano oggetto dell'intesa mostra lo stretto collegamento esistente fra la convenzione per l'esportazione e il gentlemen's agreement. Innanzitutto da un punto di vista temporale : il primo accordo sulle esportazioni, concluso nel 1958 fra le tre ricorrenti, si estendeva al mercato comune, e soltanto a causa delle osservazioni del Bundeskartellamt l'accordo del 1959 aveva un campo di applicazione più ristretto; subito, però, cominciavano gli studi al fine di realizzare le primitive intenzioni per la via più discreta del gentlemen's agreement. Le trattative per la conclusione di quest'ultimo si svolgevano parallelamente alle discussioni per l'adesione delle imprese francesi e inglesi alla convenzione per l'esportazione. Collegamento anche sostanziale, poiché il gentlemen's agreement aveva precisamente lo scopo di estendere le varie clausole di tale convenzione alle esportazioni in zone ch'essa non poteva legittimamente prendere in considerazione, e collegamento così stretto che, secondo i termini stessi adoperati nel gentlemen's agreement, la mancata esecuzione di quest'ultimo costituiva automaticamente una rottura degli accordi ufficiali. Vedremo come la Nedchem abbia tentato di trarre profitto da questa clausola, nel novembre 1962.

Ci si pongono perciò due problemi.

3. In primo luogo, bisogna considerare il gentlemen's agreement come un accordo — come fa la decisione impugnata — oppure come une pratica concordata? Sebbene l'uno e l'altra siano contemplati dall'articolo 85 del trattato, la distinzione non è priva d'interesse, almeno sul terreno della prova

dell'infrazione. Secondo la sentenza Grundig, infatti, ai fini dell'applicazione dell'articolo 85, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti ch'esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza (cause 56 e 58-64, Raccolta XII-1966, pag. 520). Le cose stanno certo diversamente per quanto riguarda una pratica concordata, che, secondo l'opinione dominante, presuppone che la concertazione si traduca in fatti concreti, di guisa che occorre accertare l'esistenza sia di un determinato comportamento obiettivo degl'interessati, sia di un nesso fra questo comportamento ed un piano prestabilito.

La decisione impugnata considera il gentlemen's agreement del 9 aprile 1960 come un accordo ai sensi dell'articolo 85, n. 1, fondandosi sul fatto che, ad onta della sua denominazione imprecisa, esso prevede espressamente, per iscritto, norme obbligatorie per le parti contraenti relativamente al loro comportamento sul mercato. Anche se attribuisco minore importanza che non la Commissione al fatto che sia prevista la possibilità di dirimere le controversie mediante arbitrato, il carattere obbligatorio del gentlemen's agreement è confermato chiaramente dalla clausola con la quale viene stabilito che la sua violazione costituisce ipso facto una violazione della convenzione per l'esportazione. Nella « Note about the equalization » del 19 febbraio 1960 è detto che il primo di questi atti prevale sul secondo; sarebbe paradossale, in tali condizioni, il non riconoscergli la stessa natura. Si aggiunga che la giurisprudenza del Bundeskartellamt tende a considerare gli « arrangements » di questo tipo come veri e propri accordi ai sensi della legislazione sulla concorrenza.

Ritengo si debba quindi considerare il gentlemen's agreement come un vero accordo, avente manifestamente lo scopo di restringere la concorrenza.

4. Il secondo problema è anch'esso delicato : si tratta di stabilire se, in conseguenza dei vincoli esistenti fra la convenzione per l'esportazione e il gentlemen's agreement, l'articolo 85, n. 1, debba applicarsi anche alla prima. Le ricorrenti lo contestano. Esse fanno carico alla Commissione — in particolare la Boehringer — di non avere considerato separatamente atti e situazioni differenti, soprattutto in quanto, secondo la sentenza Grundig, la constatazione di un'infrazione dev'essere limitata ai soli elementi dell'accordo colpiti dal divieto. Secondo le ricorrenti, ciò vale, a maggior ragione, quando ci si trovi di fronte a due accordi distinti, di contenuto e portata diversi. Anche ammettendo che il gentlemen's agreement abbia dato luogo ad illeciti, in quanto estendeva al mercato comune le clausole della convenzione per l'esportazione, quest'ultima in quanto tale non ricadeva, comunque, nell'ambito d'applicazione dell'articolo 85, n. 1. Le imprese, in ogni caso, la consideravano lecita, il che significa ch'esse non contravvenivano intenzionalmente al divieto.

Lasciamo da parte, per il momento, quest'ultimo aspetto relativo all'ammenda Per il resto, la Commissione respinge energicamente la tesi delle ricorrenti, e rifiuta di considerare separatamente la convenzione per l'esportazione, a causa del nesso inscindibile esistente fra i vari accordi, differenti fra loro soltanto dal punto di vista formale. Il sistema — essa afferma — costituiva un tutto unico; non le restava quindi altra scelta che il considerare gli accordi stessi come elementi di una complessa costruzione appositamente studiata, e il constatare che anche la convenzione per l'esportazione era colpita dal divieto sancito dall'articolo 85, n. 1. Essa aggiunge che le imprese che partecipavano all'intesa internazionale della chinina rappresentavano complessivamente il 70 % della produzione mondiale, e che la percentuale delle esportazioni destinate a paesi terzi sul totale delle vendite era molto forte; l'intesa non era quindi paragonabile agli accordi che in passato erano stati

oggetto di attestati negativi perché non restringevano sensibilmente la concorrenza nell'ambito del mercato comune.
Il gentlemen's agreement è letteralmente incomprensibile, se non lo si considera congiuntamente alla convenzione per l'esportazione; la Commissione non poteva quindi esaminare l'uno senza prendere in esame anche l'altra. Se ne deve dedurre che la convenzione poteva costituire oggetto dell'articolo 85, n. 1, ed essere perciò colpita dal divieto? Ciò è meno ovvio, ma si può ammetterlo, non tanto in ragione della cospicua percentuale della produzione mondiale che rappresentano le imprese partecipanti all'intesa (poiché, se non è escluso che un accordo per l'esportazione verso i paesi terzi possa avere delle ripercussioni all'interno del mercato comune, la Commissione non cerca tuttavia di dimostrare che ciò si verifichi nella fattispecie), ma piuttosto in ragione dell'evidente rapporto di filiazione esistente fra i due accordi e del « tutto inscindibile » ch'essi costituivano. Se la sentenza Grundig, cui si riferiscono le ricorrenti, ha parzialmente annullato la decisione che vietava gli accordi, ciò è dovuto al fatto che la situazione allora riconosciuta incompatibile con l'articolo 85, n. 1, non derivava « dall'azione concomitante di tutte le clausole dell'accordo né dall'effetto globale di queste ». Nel nostro caso è stata necessaria l'azione concomitante di due accordi per giungere alla situazione condannata dalla decisione impugnata.
In una recente pubblicazione si può trovare la seguente osservazione, proveniente da una penna particolarmente autoverole : « L'esperienza fatta dal Bundeskartellamt con l'intesa internazionale della chinina consiglia inoltre di assicurarsi che gli accordi internazionali per l'esportazione notificati non servano da cornice per più ampie restrizioni illegali » [1]. Poiché la convenzione è stata la *cornice* in cui è venuto ad inserirsi il gentlemen's agreement, non mi sembra anormale il fatto ch'essa sia oggetto dello stesso trattamento.

B — Così si presentava, in origine, la collaborazione fra le imprese nell'ambito dell'intesa internazionale della chinina. Le ricorrenti tuttavia, mentre ammettono che il gentlemen's agreement era contrario alle disposizioni dell'articolo 85, n. 1, mentre non contestano in pratica ch'esso venisse ancora applicato il 13 marzo 1962, data di riferimento per la fissazione delle ammende, sostengono invece che all'accordo in parola si era posto fine espressamente e definitivamente nella riunione del 29 ottobre 1962; che dopo un'interruzione quasi totale la stessa convenzione per l'esportazione era stata dichiarata « sospesa » nella riunione del 14 ottobre 1963 e veniva applicata solo sporadicamente nel 1964; che pur avendo alcune dichiarazioni dell'ottobre e del novembre 1963 garantito nuovamente la protezione dei mercati nazionali, ciò costituiva al massimo una pratica concordata che non implicava alcuna sensibile restrizione della concorrenza, in quanto la penuria di materie prime rendeva impossibile, a quell'epoca, qualsiasi aumento delle vendite. La Commissione nega invece che sia stato posto fine al gentlemen's agreement, ritenendo che al massimo esso sia stato sospeso come la convenzione per l'esportazione, e sostiene che qualora si dovesse ammettere, di fronte a questa sospensione, che si trattava soltanto di una pratica concordata, ciò non toglie che le imprese abbiano adottato di comune accordo un comportamento conforme alle intese. In breve, la decisione impugnata considera che, sui quattro punti da noi indicati, la politica dell'intesa è rimasta immutata fino all'inizio di febbraio 1965.

1. Si deve quindi accertare se e come l'intesa si sia sviluppata. Tutta la controversia, delineata nella fase scritta e

1 — Kurt Markert — *Die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen*, in *Zehn Jahre Bundeskartellamt*, pag. 224.

proseguita nella fase orale del procedimento, è basata su interpretazioni divergenti dei verbali delle riunioni dell'intesa e della corrispondenza fra i suoi membri nel periodo 1962-1963. Prima di riferire questa discussione, vorrei ricordare quale sia stato il contesto in cui si svolgevano gli avvenimenti.

In generale, si può dire che l'entrata in vigore del regolamento n. 17, che imponeva la notifica, entro il 1° novembre, di determinati accordi, aveva reso necessarie delle scelte difficili. Si dovevano lasciare le cose come stavano e correre il rischio dell'ammenda? O porre fine all'intesa? Oppure notificare taluni accordi, ed eventualmente quali? Dopo aver chiesto il parere di un esperto, su iniziativa di un membro francese i legali delle imprese si consultavano fra loro e la questione veniva discussa nella riunione dell'intesa del 21 settembre 1962, ed in seguito in quella del 29 ottobre. Sorgevano peraltro anche problemi interni, dovuti a contrasti d'interessi : alcuni membri chiedevano l'aumento delle loro quote, mentre la Nedchem e la Boehringer venivano in urto circa le condizioni per la costituzione di un nuovo bark-pool.

Il meno che si possa dire è che l'analisi fatta nella decisione impugnata (n. 10) della riunione del 29 ottobre 1962 è un'interpretazione assai libera del verbale contenuto nel fascicolo. È certamente esatto, come dice la Commissione, che la riunione si divise in due fasi : nella prima, dedicata alle questioni giuridiche, si discusse in particolare dell'impossibilità di sottoporre il gentlemen's agreement alle autorità comunitarie, nonché di un'eventuale denuncia dell'export agreement, contro la quale si pronunciarono in particolare la Nedchem e il gruppo francese. Il verbale riassume le conclusioni di questa parte della riunione nel seguente modo : « After a discussion it proves that the export agreement is not cancelled, that all members intend to live in accordance with the gentlemen's agreement and that the meeting hopes to reach an understanding on a new purchase agreement » [1].

Restavano da fissare le clausole di quest'ultimo accordo, il che fu impossibile, data la divergenza di vedute fra la Nedchem e la Boehringer : la prima sospettava la seconda di voler conservare l'intera disponibilità dei suoi approvvigionamenti dal Congo, e poneva come condizione alla conclusione dell'accordo l'abolizione del divieto di esportare le scorze, divieto che favoriva la Pharmakina, affiliata congolese della Boehringer. L'atmosfera fu resa ancor più avvelenata dalla richiesta della Cruickshank, sostenuta dalla Boehringer, di una revisione delle quote, richiesta cui si opposero la Buchler, il gruppo francese e la Nedchem.

Il verbale riassume le conclusioni di questa seconda parte della riunione nei seguenti termini : « A general discussion follows in view of the opposing standpoints in particular as regards quotas revision. It is found that no useful purpose would now be served by the lawyers drawing up a purchase agreement and the barkpool has come to an end. Therefore the original intention to live according to the gentlemen's agreement cannot be kept. Nobody however proposed to cancel the export cartel, apart from this all are free » [2].

Secondo la Commissione, « queste dichiarazioni imprecise ... non consentono di formulare una sicura conclusione », il che significherebbe che il gentlemen's agreement non è stato affatto modificato. A noi esse sembrano invece tanto precise quanto contraddittorie, e poiché riassumono le conclusioni di due successive discussioni, la seconda deve logica-

1 — Dalla discussione risulta che non si pone fine all'accordo per l'esportazione, che tutti i membri intendono adeguarsi al gentlemen's agreement e che l'assemblea spera di giungere ad un nuovo accordo per gli acquisti (di scorze).

2 — Segue una discussione sui vari punti di vista, in particolare circa la revisione delle quote. Si constata che un progetto d'accordo elaborato dai legali non avrebbe più alcun significato e che il bark-pool è ormai scaduto. Di conseguenza, non si può tener ferma la primitiva intenzione di continuare ad applicare il gentlemen's agreement. Nessuno propone, invece, di abolire l'accordo per l'esportazione. A parte questo, tutti sono liberi.

mente prevalere sulla prima. La convenuta, all'udienza, ha lasciato più o meno chiaramente intendere che il verbale era stato redatto dalla Nedchem secondo i suoi interessi, nall'intento di scoraggiare coloro che chiedevano la revisione delle quote con la minaccia di porre fine al gentlemen's agreement. Questa è una supposizione gratuita, e ci si può allora chiedere perché la Nedchem non avrebbe « adattato » anche la prima parte, per attenuare la contraddizione ch'essa presentava rispetto alla seconda. Infine, la Commissione ha cercato di giustificare la sua tesi in base alla corrispondenza intercorsa fra la Nedchem, la Boehringer e la Lake & Cruickshank durante le settimane successive. In una circolare del 2 novembre, la Nedchem sosteneva che i suoi due partners avevano violato il gentlemen's agreement e, di conseguenza, la convenzione per l'esportazione. Essa non poteva quindi affermare, alla fine della riunione del 29 ottobre, che non si sarebbe più tenuto conto del primo, ma che la seconda sarebbe rimasta in vigore. Quanto alla Lake & Cruickshank, alla metà di novembre essa faceva ancora carico alla Nedchem di aver violato il gentlemen's agreement per aver praticato, il 5 novembre, un ribasso di prezzi in Gran Bretagna. Tuttavia questo scambio di accuse, presentato con intento polemico, mi sembra offrire garanzie di sincerità ancora minori che il verbale della riunione. Per di più quest'ultimo documento veniva abitualmente inviato ai membri dell'intesa perché potessero apportarvi i propri emendamenti entro quindici giorni, e dal fascicolo risulta che talvolta ciò è effettivamente avvenuto. Non abbiamo mai sentito, invece, che qualcuno di loro avesse protestato contro quella che veniva presentata come una decisione unanime; ritengo quindi che non vi sia motivo di dubitare dell'esattezza di tale dichiarazione.

Aggiungo che, secondo la decisione impugnata (n. 12), nella riunione dei membri dell'intesa del 14 ottobre 1963 si sarebbe deciso di tener fermi la convenzione per l'esportazione e i *gentlemen's agreements*, pur sospendendone l'applicazione. È certo che questa linea di condotta è stata adottata per la convenzione, ma non mi sembra affatto risultare dal verbale che lo stesso sia avvenuto per il gentlemen's agreement.

2. Stando così le cose, la dichiarazione che figura alla fine del verbale della riunione del 29 ottobre 1962 non mi sembra possa essere ragionevolmente interpretata se non nel senso che implica la fine del gentlemen's agreement. Dopo tale data, non esiste più alcun accordo formale circa un'intesa nell'ambito del mercato comune. Se vi si riscontra tuttavia una cooperazione continua, come sostiene la Commissione, questa rappresenta una pratica concordata. A voi spetta quindi accertare quale sia stato, fino all'inizio del 1965, il comportamento delle imprese nei quattro settori contemplati dagli accordi e presi in considerazione dalla decisione. Secondo quest'ultima, la cooperazione è continuata fino alla data indicata sui quattro punti seguenti : fissazione dei prezzi di vendita della chinina e della chinidina — ripartizione dei mercati nazionali a profitto dei produttori dei singoli paesi — fissazione delle quote di vendita ed esistenza di un sistema di compensazione quantitativa — infine, limitazioni imposte alla produzione di chinidina. Sono questi i quattro punti che dovrò successivamente esaminare.

A dire il vero, ciò che meraviglia è che nella fase cui è giunta la controversia sussistano ancora tante divergenze, e addirittura tante incertezze sui fatti. Il dibattito si è svolto principalmente sul terreno della teoria, e sono state necessarie le risposte date dalla Commissione ad un certo numero di quesiti posti dalla Corte, ed i successivi scambi di note, perché la discussione prendesse una piega concreta. Sono più che altro i documenti prodotti nel corso delle ultime settimane che mi permetteranno di pronunziarmi con un sufficiente grado di certezza.

3. La prima violazione dell'articolo 85 che la decisione imputa alle ricorrenti — ed anche quella che fa sorgere i problemi più delicati — è di aver praticato fino all'inizio del 1965 una politica comune di prezzi per le esportazioni in alcuni paesi del mercato comune in cui nessuna di loro aveva la propria sede, e cioè nel Belgio, nel Lussemburgo e in Italia.

In forza delle clausole della convenzione per l'esportazione, estese a tutte le vendite dal gentlemen's agreement, i prezzi dovevano essere fissati a maggioranza, e durante il periodo di sospensione della convenzione fu concordato che non vi sarebbe stata alcuna modifica unilaterale. In seguito, i prezzi venivano modificati due volte, il 12 marzo e il 28 ottobre 1964, con una decisione comune.

Questo sistema, secondo la decisione impugnata, è stato integralmente applicato ai paesi che ho ricordato; la Commissione si rifiuta di ravvisare negli analoghi e simultanei aumenti dei prezzi decisioni autonome che i loro autori abbiano adottato in funzione dei loro interessi, necessariamente identici circa l'approvvigionamento delle materie prime, poiché, dopo la fine del bark-pool, le rispettive posizioni sul mercato erano divergenti, se non antagonistiche. Le ricorrenti negano di aver seguito la politica comune che viene loro attribuita. Per il vero, esse non avevano reagito affatto quando, nel corso della procedura amministrativa, la Commissione aveva loro mosso questo addebito; ma la convenuta ha prodotto con la controreplica un elenco di 72 operazioni effettuate in questi Stati, in cui vengono messi a raffronto i prezzi praticati con i prezzi concordati per l'esportazione : in quasi tutti i casi essi sono identici. In seguito, altri elenchi sono stati trasmessi da alcune delle ricorrenti.

La Corte dispone ora di materiale più abbondante, ma la soluzione resta difficile per due ragioni. In primo luogo sorge un problema di classificazione : per decidere se ad una vendita debba applicarsi questo o quel prezzo è necessario definire il prodotto, le sue caratteristiche, il grado di purezza; inoltre, il quantitativo spedito, il tipo d'imballaggio, possono giustificare aumenti o riduzioni dei prezzi di base, tutte cose che è difficile valutare qualora non si disponga della fattura. In secondo luogo, vi è un problema di misura : quando si può dire che un'impresa non si adegua ad un determinato listino di prezzi? Bastano, al riguardo alcuni casi aberranti, oppure sono necessarie — come io sono propenso a ritenere — divergenze abbastanza numerose e che nulla possa logicamente giustificare?

In ogni caso, in risposta alle critiche della Commissione e alla tabella prodotta con la controreplica, le ricorrenti hanno adottato il seguente atteggiamento :

— la Chemiefarma si è limitata ad apportare alcune rettifiche, relative soprattutto alla concessione o al rifiuto di sconti;

— la Buchler ha fornito un elenco di 49 esportazioni, tutte effettuate nel periodo ottobre 1964-marzo 1965. Di queste operazioni, 36 sono state concluse con acquirenti di paesi terzi e mi sembrano quindi fuori discussione. Restano 13 operazioni che riguardano il mercato comune. Una di queste, del marzo 1965, va scartata a causa della data. Per un'altra si riscontra una riduzione del 10 % rispetto al listino, riduzione concordata peraltro fra i vari contraenti. Tutte le altre operazioni sono conformi al prezzo d'esportazione.

— Quanto alla Boehringer, essa ha discusso in contraddittorio con la convenuta un elenco di 70 forniture effettuate nel periodo che va dal 9 aprile 1964 al 29 gennaio 1965, per le quali essa ha prodotto le relative fatture. Non entrerò nei particolari di questo dibattito, e mi atterrò unicamente alle conclusioni che se ne possono trarre : soltanto per cinque forniture si constata, rispetto ai prezzi d'esportazione per i paesi terzi, una differenza

rilevante, per cui non esiste una spiegazione.

Osservato che nessuna delle ricorrenti ha esteso la discussione al periodo precedente al 1964, gli scarti rispetto ai prezzi d'esportazione sono abbastanza pochi perché si possa ritenere che le imprese hanno effettivamente — come dichiara la decisione impugnata, e per il periodo ivi indicato — applicato i prezzi concordati alle esportazioni destinate ai paesi summenzionati.

4. Il secondo addebito mosso alle imprese dalla decisione impugnata è di aver riservato i mercati nazionali ai produttori dei rispettivi paesi. Questa protezione, istituita col gentlemen's agreement, veniva rinnovata mediante lo scambio di lettere fra i membri dell'intesa, nel periodo ottobre-novembre 1963. Se in questa corrispondenza non si vuol ravvisare un accordo — che avrebbe lo scopo di isolare i mercati nazionali — essa costituisce comunque la base di una pratica concordata. Ma in tal caso si deve rispondere ad una obiezione, sollevata in particolare dalla Boehringer : secondo quest'ultima, le dichiarazioni in parola non erano altro che un gesto di cortesia, senza alcun valore concreto, in quanto la situazione di particolare tensione nell'approvvigionamento di materie prime rendeva impossibile qualsiasi aumento delle esportazioni, al quale si opponevano anche ostacoli di ordine giuridico e psicologico. La Commissione ribatte che la situazione del mercato delle materie prime non era sostanzialmente mutata, nel periodo preso in considerazione per l'irrogazione delle ammende, in quanto la diminuzione delle esportazioni di scorze era venuta a coincidere con gli acquisti dallo stockpile americano; anche il prezzo d'acquisto delle scorze era rimasto press'a poco stabile fino al 1965. La ricorrente, evidentemente, si serve di alcune note interne del 1964, redatte dalla sua sezione « chinina », per provare che vi era grave penuria di materie prime e ch'essa era stata costretta a limitare le vendite di chinina e di chinidina; la Commissione le oppone altre note dello stesso servizio, molto più ottimistiche. Possiamo ritenere che l'approvvigionamento costituiva una preoccupazione permanente a causa della sua irregolarità, ma che non vi era penuria. D'altra parte, gli ostacoli di ordine legislativo e psicologico addotti dalla ricorrente non possono spiegare il fatto che il volume degli scambi sia rimasto così modesto successivamente all'ottobre 1962, né il fatto che, per le loro vendite, i produttori degli altri paesi si siano allineati sui prezzi interni. Si deve quindi ammettere che la clausola relativa alla protezione dei mercati nazionali ha continuato ad essere applicata nel periodo considerato dalla Commissione.

5. Il terzo addebito mosso dalla decisione riguarda il regime delle quote e il sistema di compensazione che ne è il corollario.

Il principio che è alla base del suddetto regime e la sua applicazione sono noti. La quota, fissata originariamente in funzione delle vendite effettuate durante i tre anni precedenti, mantiene inalterato il rapporto di forze esistente al momento della costituzione dell'intesa, ma al tempo stesso esclude qualsiasi politica individuale di vendita da parte dei membri di questa, che non possono modificare la loro reciproca posizione sui mercati d'esportazione.

Secondo la decisione, questo sistema ha continuato a funzionare anche dopo il 1962 ed ha avuto un'importanza decisiva fino all'inizio del 1965. Infatti, anche durante il periodo di « sospensione » degli accordi, nell'ottobre 1963, le imprese hanno continuato a comunicarsi periodicamente i dati relativi alle vendite, condizione necessaria per effettuare la compensazione quantitativa. Certamente quest'ultima costituiva soltanto un obbligo morale e non un obbligo giuridico, né veniva effettivamente attuata, in questo periodo, a causa delle condizioni del mercato, ma poteva sempre intervenire per poco

che la situazione di questo si modificasse.
La Commissione ha dichiarato, tuttavia, di non essere in grado di provare che nel periodo litigioso vi fossero state ulteriori vendite di compensazione, aggiungendo peraltro che non si poteva provare neppure il contrario; ciò che importa, ai sensi dell'articolo 85, è che la compensazione sia garantita, non già ch'essa si realizzi effettivamente.
In seguito è stato messo in luce che, per il periodo successivo all'ottobre 1962, i conteggi prodotti riguardavano solo le vendite ai paesi terzi : la Commissione ritiene tuttavia ch'essi offrano la possibilità di farsi un'idea abbastanza completa del rispetto o meno delle quote.
In definitiva, quest'ultimo punto è quello decisivo : qualora le vendite effettuate da ciascuno dei membri dell'intesa si rivelino conformi alla quota assegnatagli, per un periodo sufficientemente lungo, si può supporre che il fatto non sia dovuto al caso, e denunci l'esistenza di un accordo per tener ferma la situazione prevista nell'accordo, e forse vendite di compensazione più o meno dissimulate. A sostegno della sua tesi, la Commissione ha prodotto all'udienza una tabella delle vendite delle ricorrenti : per ciascuna di esse, si prende in considerazione la percentuale che le sue vendite rappresentano sul totale delle vendite effettive, e si misura lo scarto esistente fra questa percentuale e la quota rispettivamente attribuita. Ad esempio, per il 1963, le vendite di chinina della Nedchem rappresentano il 51,7 % del totale delle vendite effettuate, mentre la sua quota è del 57,3 %. Lo scarto è quindi pari a — 5,6 %. Per la Boehringer, le cifre sono dell'ordine del 30,8 % e, rispettivamente, del 25,2 %, da cui uno scarto di + 5,6 %. Per la Buchler, le due cifre sono uguali : 17,5 %.
I calcoli effettuati sulla stessa base per il 1964 danno, per la Nedchem, uno scarto di + 1 (58,3 % e 57,3 %), per la Boehringer, uno scarto di — 1,9 (23,3 % e 25,2 %), per la Buchler, uno scarto di + 0,9 (18,4 % e 17,5 %).
La Commissione sostiene che, tenuto conto di queste cifre, le quali denunciano soltanto differenze minime, si deve ammettere che il sistema ha funzionato e le quote sono state rispettate.
Per quanto mi riguarda, sono disposto a riconoscere l'esattezza dei dati forniti, ma ritengo che la presentazione fattane sia fallace : lo scarto va calcolato in percentuale delle singole quote, non già del totale delle quote, come fa la Commissione. Se nel 1963 le vendite della Boehringer sono del 30,8 % del totale delle vendite effettive, e la sua quota è pari al 25,2 %, lo scarto rispetto a detta quota non è di + 5,6 %, ma di + 12, la qual cosa non è affatto trascurabile.
Si deve anche osservare che la tabella prodotta dalla Commissione non riguarda le vendite di chinina e che lo stesso calcolo, effettuato dalla Buchler per la chinidina, fornisce scarti molto più rilevanti.
Riassumendo : durante il periodo litigioso, i membri dell'intesa comunicavano solo i dati relativi alle vendite ai paesi terzi; non è provato ch'essi abbiano effettuato fra loro operazioni di compensazione; i quantitativi venduti presentano, in certi casi, scarti non indifferenti rispetto alla quota teorica. Non è perciò affatto provato che i membri dell'intesa abbiano continuato ad applicare il sistema previsto dagli accordi e, quindi, nessuna infrazione all'articolo 85, n. 1, può essere loro addebitata a questo titolo.

6. Soltanto per memoria, ricorderò infine l'ultimo capo degli addebiti mossi ai membri dell'intesa : il divieto imposto ai contraenti inglesi di produrre chinidina, ed ai francesi di produrre chinidina sintetica. Esso costituiva, almeno per quanto riguarda le imprese francesi, il corrispettivo della protezione riconosciuta al mercato della chinina, e si deve ammettere che la durata di tale divieto è stata la stessa della protezione. Il divieto presentava un interesse che non era puramente

teorico, visto che dopo la rottura degli ultimi vincoli dell'intesa una delle imprese francesi incominciò a produrre chinidina sintetica.

7. Mi sembra quindi assodato che, a parte il sistema delle quote e della compensazione, le ricorrenti abbiano continuato, dopo la cessazione del gentlemen's agreement, a porre in atto le pratiche restrittive, da esse instaurate nel 1960 nell'ambito del mercato comune. Ciò non desta, d'altra parte, alcuna meraviglia, poiché esse erano sempre legate l'una all'altra da un certo numero di accordi. Ad esempio, i prezzi applicati alle esportazioni destinate al Belgio o all'Italia venivano previamente concordati nelle riunioni dell'intesa.
Il fatto che tali pratiche abbiano potuto pregiudicare il commercio fra Stati membri sembra incontestabile, ad onta di quanto sostiene la Chemiefarma; la fissazione dei prezzi e la protezione dei mercati nazionali costituivano ostacoli agli scambi, che impedivano agli acquirenti di trarre vantaggio dal comportamento che le imprese avrebbero potuto adottare, se non fossero state vincolate com'erano in realtà.
Mi sembra altrettanto evidente ch'esse abbiano avuto l'effetto di abolire o di restringere la concorrenza. È vero che la Chemiefarma critica la decisione impugnata, perché non consente di stabilire quale grado di concorrenza sia ritenuto indispensabile. Tale questione, alquanto oziosa, si potrebbe risolvere in senso negativo, dicendo che è necessario almeno un sistema che non isoli i mercati e non imponga artificialmente determinati prezzi.
In definitiva, gli accordi e le pratiche concordate da me descritti ricadono sotto l'articolo 85, n. 1, del trattato.

IV — L'ammenda

La decisione impugnata è basata sull'articolo 15, n. 2, del, regolamento n. 17, secondo il quale la Commissione può infliggere ammende alle imprese che, intenzionalmente o per negligenza, violino l'articolo 85 del trattato. Lo stesso articolo precisa che, per determinare l'ammontare dell'ammenda, occorre tener conto della gravità dell'infrazione e della sua durata, e che le decisioni di questo genere non hanno carattere penale.

A — Ci s'imbatte subito in una questione delicata, quella della *prescrizione* delle infrazioni alle norme sulla concorrenza. L'articolo 15 è muto al riguardo, mentre le ricorrenti hanno sostenuto che il principio, esistente nelle legislazioni più o meno analoghe degli Stati membri, dev'essere applicato anche nel diritto comunitario; il raffronto ch'esse hanno fatto tra le varie legislazioni le induce a ritenere che le infrazioni loro contestate siano prescritte. La decisione impugnata sostiene invece che, anche ammettendo il principio suddetto, fra la cessazione dell'infrazione — febbraio 1965 — e i controlli effettuati dalla Commissione nel 1967 presso i membri dell'intesa, in applicazione dell'articolo 14 del regolamento n. 17, è trascorso un lasso di tempo che non è tale da escludere l'azione contro gl'interessati.
— Si tratta quindi di accertare se, nel silenzio dei testi, l'esistenza del principio stesso vada riconosciuta nel diritto comunitario e, in caso affermativo, quali siano le modalità d'applicazione.
Constato innanzitutto che, in generale, i vari ordinamenti giuridici, e non solo quelli degli Stati membri, fanno posto alla prescrizione. Quest'istituto riflette sul piano del diritto una banale realtà, e cioè il fatto che il tempo ha ragione di ogni cosa, che dopo un periodo più o meno lungo arriva sempre un momento in cui, nei rapporti sociali, quello che è passato non dev'essere più messo in discussione, e che quand'anche tale passato sia stato delittuoso, è sempre meglio non parlarne più. Tuttavia è sempre il legislatore che, ammesso il principio della prescrizione, precisa le sue modalità d'applicazione, in

funzione delle concezioni morali e giuridiche e delle esigenze pratiche e contingenti della società in cui esso dovrà essere applicato.

I motivi che giustificano tale istituto sono validi anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo in via di formazione, e nessuna considerazione inerente a quest'ultimo impone la sua esclusione. Poiché il silenzio del legislatore comunitario non può essere interpretato nel senso ch'egli abbia voluto ignorare un principio così generalmente ammesso, non vi resta che riconoscerne l'esistenza e, fino a quando la questione non sia stata risolta nel diritto positivo dall'autorità normalmente competente, spetta a voi definire le sue modalità d'applicazione.

In primo luogo occorre determinare quale dev'essere il termine di prescrizione da applicare in materia di ammende.

Su questo punto, le parti vi hanno prospettato tre soluzioni. È stato detto che si doveva applicare a ciascuna impresa la sua legge nazionale, come avete deciso nella sentenza Nold, relativa alla determinazione della capacità di stare in giudizio; oppure, ci si doveva riferire alle norme vigenti negli Stati membri in materia di concorrenza e, in tal caso, trovare un denominatore comune o adottare la legislazione che sembrasse la più moderna e progressista. Quanto alla Commissione, essa osserva che dall'esame delle varie legislazioni non risulta l'esistenza di una norma comune che possa essere recepita nel diritto comunitario. Dal silenzio del regolamento si dovrebbe inferire che non si è voluto vincolare la Commissione, almeno per il periodo iniziale, e che ad essa è stata attribuita la facoltà di fissare, sotto il vostro controllo, certi limiti che non devono essere superati. Questo ragionamento che sembra fondarsi sull'idea di un « termine ragionevole » da stabilire in funzione delle circostanze particolari, ha trovato un certo appoggio nella dottrina. Si è fatto riferimento alla lettera dell'articolo 15 del regolamento (la Commissione *può* ... infliggere), per affermare che, nella fissazione del termine, si dovrà tener conto delle particolari circostanze di fatto (gravità dell'infrazione — possibilità o impossibilità di recidiva — attualità o meno dell'infrazione — spontaneità della sua cessazione, ecc.) [1].

Non si può trovare una soluzione soddisfacente se non risalendo alla ratio legis, e tenendo conto al tempo stesso della funzione della prescrizione in qualsiasi ordinamento giuridico, di quella delle ammende nella legislazione sulla concorrenza, e infine di quella delle norme sulla concorrenza nel sistema comunitario.

Benché la certezza del diritto non sia ciò che giustifica l'esistenza della prescrizione, essa è tuttavia inseparabile da quest'ultima. A meno di non togliere alla prescrizione gran parte del suo interesse, è inammissibile un termine di prescrizione che venga stabilito caso per caso, in funzione di elementi inerenti a una determinata questione. Il termine deve assolutamente essere fissato in anticipo, il che esclude l'idea del « termine ragionevole », come la necessità di applicare uniformemente il diritto comunitario basta ad escludere che ciascuno venga trattato secondo il suo diritto nazionale.

In secondo luogo, sappiamo dall'articolo 15 che le ammende non hanno carattere penale, il che dovrebbe essere ammesso anche se il testo non lo dicesse, in quanto gli Stati membri non hanno delegato alla Comunità alcuna competenza penale nel senso stretto della parola. Se vi possono essere delle infrazioni all'articolo 85 che danno luogo ad ammende, queste infrazioni non sono tuttavia dei delitti e queste ammende non sono delle pene. Ai sensi dell'articolo 87 del trattato, esse hanno lo scopo di garantire l'osservanza dei

1 — Gleiss e Kleinmann — *Keine Verjährung von Ordnungswidrigkeiten im Europäischen Kartellrecht* (N.J.W. 1967, pag. 2097).

divieti di cui agli articoli precedenti, cioè di reprimere le infrazioni e al tempo stesso di prevenire il loro ripetersi, il che spiega perché, diversamente dalle penalità di mora, esse possono essere inflitte per fatti già cessati al momento in cui la Commissione decide di colpirli con una sanzione. D'altra parte, l'importo ch'esse possono raggiungere, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento, è oltremodo elevato, il che dimostra a sufficienza la gravità di tali infrazioni agli occhi del legislatore comunitario.

Infatti, ed è l'ultimo punto da prendere in considerazione, il diritto della concorrenza nell'ordinamento comunitario non ha soltanto gli scopi ad esso generalmente attribuiti nell'ambito degli ordinamenti nazionali, ma deve inoltre e soprattutto permettere di abolire l'isolamento dei vari Stati e di attuare un mercato comune. La Commissione non è quindi in torto se pensa che la violazione del diritto della concorrenza può presentare in questa sede pericoli maggiori che non nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali. Si aggiunga infine che l'accertamento delle infrazioni è tanto più difficile in quanto la Comunità dipende largamente, in proposito, dagli Stati membri, e non se addirittura, come nel nostro caso, dai paesi terzi.

Soltanto con estrema cautela si può quindi attingere alle legislazioni degli Stati membri : le norme ad esse comuni potrebbero servire come termine di riferimento soltanto qualora potessero essere recepite nel diritto comunitario, senza alterare i caratteri propri di quest'ultimo. Non ritornerò sull'analisi dettagliata di queste varie legislazioni ch'è stata fatta nella fase scritta del procedimento. Basti ricordare che vi sono differenze relative all'esistenza stessa di un diritto delle intese, al carattere più o meno rigoroso del regime in vigore, ed alla qualificazione delle infrazioni. Differenze si riscontrano anche circa le sanzioni e circa i termini di prescrizione. Nè le une nè gli altri sono fondati su considerazioni univoche. Per citare solo un esempio, le sanzioni sono più gravi in Francia che nei Paesi Bassi, ma la prescrizione è più lunga in quest'ultimo Paese (6 anni invece di 3), almeno quando l'infrazione viene commessa intenzionalmente. Come dice la Commissione, « la determinazione degli atti da punire, dell'entità della sanzione e del termine di prescrizione risponde a criteri di valutazione del legislatore che il diritto comunitario non può modificare ». Non esiste quindi alcun principio comune che possa essere recepito nel diritto comunitario.

Vanno dunque prese in considerazione soltanto le caratteristiche proprie di quest'ultimo nel campo della concorrenza. Quanto sopra esposto ci porta a ritenere adeguato un termine di prescrizione più lungo di quello esistente nella maggior parte delle legislazioni degli Stati membri; a mio parere, questo termine potrebbe essere di *cinque* anni. Esso è più breve di quello che viene applicato nei Paesi Bassi alle infrazioni commesse intenzionalmente, ed è d'altra parte lo stesso che l'articolo 43 dello statuto della Corte di giustizia della CEE stabilisce per le azioni contro la Comunità in materia di responsabilità extracontrattuale.

— Una volta fissato questo punto, occorre determinare quali atti possono interrompere la prescrizione.

La decisione impugnata considera come tali i controlli effettuati presso talune imprese, alle condizioni stabilite dall'articolo 14 del regolamento n. 17. Questo punto di vista ci sembra esatto. Ai sensi del suddetto articolo, la Commissione può procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese, mediante propri agenti incaricati a tal fine; il campo delle indagini, definito nel testo, è molto vasto, e gli agenti incaricati assolvono il loro compito su *presentazione* di un mandato scritto che precisa l'oggetto e lo scopo dell'accertamento.

Nella fattispecie, il mandato, identico per le tre imprese, porta la data del 17 luglio 1967 ed è firmato, per la Commissione, dal direttore generale

della concorrenza (la Boehringer ha contestato che questo alto funzionario fosse qualificato al riguardo, ma mi sembra che la Commissione abbia ribattuto in modo soddisfacente a tale obiezione). Il documento dice che l'agente designato è incaricato di effettuare un controllo presso una determinata impresa, al fine di accertare se la attività dell'intesa internazionale della chinina siano contrarie o meno agli articoli 85 e 86 del trattato. Esso precisa che all'agente sono conferiti i poteri di cui all'articolo 14, n. 1, del regolamento, e richiama l'articolo 15, n. 1, circa le ammende da infliggere qualora siano presentati documenti incompleti.

Poiché il controllo viene effettuato presso membri dell'intesa ed ha il preciso scopo di accertare se questa non sia in contrasto con le norme del trattato, lo si può considerare come un atto istruttorio, in grado d'interrompere la prescrizione.

A tal fine, beninteso, è necessario che gl'interessati siano informati dell'oggetto, della portata e delle eventuali conseguenze del controllo. Non ritengo quindi sufficientemente probanti le eventuali comunicazioni telefoniche fatte loro in precedenza dal funzionario; invece, la presentazione del mandato, prevista dall'articolo 14, garantisce in genere l'osservanza della suddetta condizione. Si noti che la Buchler, nella replica, nega « che il funzionario ... si sia qualificato nei confronti della ricorrente presentando un mandato di controllo scritto e firmato dal direttore generale »; questa obiezione è peraltro tardiva, in quanto l'impresa non ha opposto nulla di simile alla comunicazione degli addebiti, che si riferiva ai controlli effettuati in forza dell'articolo 14.

Quanto abbiamo detto ci porta logicamente ad ammettere che l'interruzione della prescrizione è avvenuta in diversi momenti e cioè, per ciascuna impresa, nel giorno in cui le veniva notificato il mandato di controllo. Le date sono il 17 luglio 1967 per la Nedchem, il 9 novembre 1967 per la Buchler e il 15 novembre per la Boehringer. Si può deplorare questo divario, visto che si trattava di perseguire l'attività di una sola intesa cui partecipavano le tre imprese, ma non si vede come l'inconveniente possa essere eliminato. Ne deriva la strana conseguenza che, qualora si ammetta (come vi proporrei di fare) che il gentlemen's agreement è cessato il 29 ottobre 1962, la relativa infrazione sarebbe prescritta nei confronti della Buchler e della Boehringer, ma non della Chemiefarma. Tuttavia, nella vostra veste di giudici del merito, avete senz'altro la facoltà di fissare l'ammenda irrogata a ciascuna impresa in funzione delle sue responsabilità, trascurando quanto dipende da un'anomalia puramente contingente.

Seguendo il mio ragionamento, avrete constatato che, salvo per quanto riguarda il gentlemen's agreement nelle cause 44 e 45-69, le infrazioni non sono cadute in prescrizione. Dovete quindi pronunciarvi sull'ammenda.

B — Questa presuppone che l'infrazione sia stata commessa *intenzionalmente* o per negligenza.

Su questo punto non mi soffermerò a lungo.

Dal giorno in cui, dopo aver modificato un accordo per adeguarsi all'invito del Bundeskartellamt, le ricorrenti hanno incominciato a discutere il progetto di gentlemen's agreement, esse non possono più invocare la propria buona fede e sono tanto più responsabili in quanto, poco dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 17, è stata richiamata la loro attenzione sull'illegittimità dell'intesa dal punto di vista del diritto comunitario.

Quanto all'importo dell'ammenda, secondo l'articolo 15 esso deve tener conto della gravità e della durata dell'infrazione. La Commissione espone in modo chiaro e completo le considerazioni su cui si è basata in proposito, e la sua decisione non richiederebbe osservazioni se non considerasse, fra gli accordi che hanno contribuito a

restringere la concorrenza sotto tutti i principali aspetti, quelli relativi alla determinazione delle quote e alla perequazione quantitativa, che a mio avviso come vi ho già detto, non erano più stati applicati dopo l'estinzione del gentlemen's agreement.

La decisione fissa, in base a criteri che sono stati illustrati nella discussione orale e che si devono considerare ammissibili, l'ammenda da infliggere a ciascuna impresa. Al riguardo, la Commissione viene criticata sotto un triplice profilo : per aver inflitto gravi ammende, pur essendo la prima volta ch'essa applicava una sanzione (ciò rientra, tuttavia, nei suoi poteri discrezionali, e si può ritenere giusto che, fin dall'inizio, essa non abbia privato l'ammenda ti tutta la sua forza di dissuasione); per aver fissato un importo globale di 500 000 u.c., ed averlo poi ripartito fra le imprese, invece di fissare individualmente le ammende (in ciò non si può ravvisare alcun illecito, se la ripartizione avviene poi tenendo ragionevolmente conto della rispettiva situazione delle singole imprese, come mi sembra sia avvenuto nella fattispecie); infine, ciascuna delle tre ricorrenti si è lamentata di aver subito un trattamento sfavorevole rispetto alle altre due. Già in base al carattere contraddittorio di tali censure si potrebbe dubitare della loro fondatezza. In particolare, mi sembra giustificato che l'importo delle ammende inflitte alla Nedchem e alla Boehringer sia press'a poco lo stesso (rispettivamente, 210 000 e 190 000 u.c.) : la prima infatti, benché si sia dichiarata più volte favorevole a prezzi relativamente bassi, esercitava tuttavia un'influenza preponderante nell'ambito dell'intesa e controlla una parte molto rilevante del mercato dei prodotti litigiosi; quanto alla seconda, essa aveva una posizione di forza nell'approvvigionamento di materie prime. Per ragioni diverse, la loro situazione e la loro responsabilità possono quindi apparire abbastanza simili. Per la Buchler, infine, l'ammenda di 65 000 u.c., inferiore a quella che corrisponderebbe alla sua quota, tiene sufficientemente conto della sua influenza ridotta nell'ambito dell'intesa.

Tuttavia, su un piano più generale, tra le infrazioni che hanno limitato la concorrenza sino all'inizio del febbraio 1965, la decisione include la determinazione delle quote. Queste erano un elemento importante del sistema restrittivo della concorrenza nel mercato comune; ritengo perciò che le ammende vadano ridotte in propozione uguale per tutti, ad esempio del 20 %.

Ricorderò infine che la Boehringer, condannata ad un'ammenda di 80 000 $ da un giudice americano per infrazione delle leggi anti-trust, e la Buchler, per la quale è in corso un giudizio dinanzi ad un giudice americano per lo stesso motivo, chiedono ambedue che dall'ammenda inflitta loro dalla Commissione venga detratta quella irrogata o che sarà irrogata dai tribunali degli Stati Uniti. Per varie ragioni, a queste domande la Corte, per il momento, non può dare seguito.

Nelle cause 41, 44 e 45-69, le mie conclusioni sono le seguenti :

— le ammende inflitte alla Nederlandse Combinatie voor Chemische Industrie, alla Boehringer Mannheim e alla Buchler vanno ridotte del 20 % dell'importo fissato dalla decisione della Commissione 16 luglio 1969;

— le restanti conclusioni delle ricorrenti vanno respinte;

— in ciascuna causa, le spese vanno poste per i 4/5 a carico della ricorrente e per il resto a carico della Commissione.