CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE MARCO DARMON

presentate il 25 maggio 1988 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Con ordinanza 16 dicembre 1987, avete deciso di riunire, ai fini della fase orale e della sentenza, le dieci cause che hanno ad oggetto l'annullamento della decisione 85/202/CEE della Commissione, del 19 dicembre 1984, relativa ad una procedura ai sensi dell'art. 85 del trattato CEE [1]. Cinque mesi prima, l'8 luglio 1987, avevate giudicato opportuno separare dal merito, che verteva su intese nell'industria della pasta per carta che sarebbero state stipulate dai destinatari della decisione, tutti stabiliti in paesi extracomunitari, il problema della competenza comunitaria in fatto di applicazione delle norme sulla concorrenza del trattato nei confronti di imprese facenti parte di Stati terzi e quello, specifico di una di queste cause, relativo ai rapporti tra l'accordo di libero scambio con la Finlandia e l'art. 85 del trattato [2].

2. Le parti e il governo del Regno Unito, ammesso, con ordinanza 9 ottobre 1985, ad intervenire a sostegno della Commissione nelle sei cause nelle quali la competenza di questa è stata contestata sin dalla proposizione del ricorso, sono state sentite il 12 gennaio 1988 su questo punto. Anche le mie conclusioni odierne riguardano questo punto.

3. È il fondamento dato dalla Commissione alla propria competenza nella decisione impugnata — l'ubicazione degli effetti [3] — quello che è contestato dalle ricorrenti e disapprovato dal governo del Regno Unito. Indipendentemente dall'atteggiamento assunto in proposito in altri contesti e anche se, come taluni hanno osservato, la Commissione nelle memorie ha invocato l'ubicazione talvolta degli effetti, talvolta del comportamento anticoncorrenziale, è sotto il profilo del primo fondamento che mi pare vada risolta la questione della competenza comunitaria.

4. In questo non concordo col governo britannico che vi ha chiesto di risolvere la presente lite considerando che nella fattispecie si tratta di una manifestazione dell'esercizio di una competenza territoriale, ammesso tanto dal diritto comunitario quanto dal diritto internazionale.

5. Sono argomenti tratti da queste due discipline quelli che gli oppositori della teoria degli effetti svolgono per combatterla. L'obiezione comune mossa contro la decisione

* Tradotto dal francese.

1 — GU L 85 del 26.3.1985, pag. 1.

2 — Oltre all'argomento relativo all'accordo di libero scambio con la Finlandia, specifico della loro causa, le ricorrenti nella causa 89/85, come la maggior parte delle altre ricorrenti, contestano la competenza, della Commissione ad applicare le norme di concorrenza comunitarie sulla sola base della teoria dell'« ubicazione degli effetti ». Osservo tuttavia che la ricorrente nalla causa 104/85 ha contestato la competenza della Commissione solo all'udienza, la ricorrente nella causa 116/85 non ha sollevato eccezioni sulla competenza della Commissione spiegando, con lettera 29 ottobre 1987, la propria passività iniziale con la considerazione che la Corte avrebbe dovuto sollevare la questione d'ufficio, ma associandosi su questo punto agli argomenti svoltzi dalle altre ricorrenti. All'udienza ha confermato questo atteggiamento rimettendosi al prudente apprezzamento della Corte su tale questione. la ricorrente nella causa 117/85 non ha sollevato eccezioni di incompetenza e, all'udienza, ha condiviso gli atteggiamenti delle altre ricorrenti.

3 — Punto 79 della decisione impugnata.

della Commissione si articola su due assi: né il diritto comunitario, né il diritto internazionale autorizzerebbero l'applicazione delle norme del diritto sulla concorrenza comunitaria alle imprese stabilite fuori della Comunità a motivo dei soli effetti prodotti all'interno della stessa.

6. Dopo aver esaminato questi due aspetti, sarà opportuno ricordare gli insegnamenti tratti dalla giurisprudenza americana, particolarmente ricca in questo settore. Vi proporrò poi i criteri da seguire per dare fondamento alla competenza comunitaria nei confronti di imprese stabilite fuori della Comunità, e in particolare alla luce di questi, esaminerò la situazione specifica della KEA. Infine, tratterò del problema specifico della relazione tra l'accordo di libero scambio con la Repubblica di Finlandia e l'art. 85 del trattato CEE.

I — La teoria degli effetti nei confronti del diritto comunitario

7. Indipendentemente dalle particolarità di ciascuna delle cause, la contestazione della competenza comunitaria ad applicare il diritto della concorrenza alle imprese stabilite fuori della Comunità si basa su due considerazioni. In primo luogo, si sostiene che nulla nel tenore dell'art. 85 del trattato consente di estenderlo alle imprese extracomunitarie a motivo dei soli effetti anticoncorrenziali prodotti nel territorio della Comunità. In secondo luogo, si ritiene di poter trarre dalla giurisprudenza della Corte la condanna della teoria degli effetti. Dichiaro fin d'ora che vi proporrò di non accogliere né l'una né l'altra di queste due obiezioni.

1) *Il tenore dell'art. 85*

8. La lettura dell'art. 85 del trattato consente in generale di sostenere che il diritto della concorrenza comunitaria si applica, per la sua stessa natura, dal momento che effetti anticoncorrenziali sono prodotti nel territorio della Comunità. Il pregiudizio per il commercio fra Stati membri costituisce il criterio di separazione tra le competenze comunitarie e quelle nazionali in materia. Sono gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate che hanno « per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune » quelle che sono vietate e dichiarate incompatibili col trattato.

9. Alla luce di questa norma, la maggior parte della dottrina ritiene che né la cittadinanza né l'ubicazione geografica dell'impresa, bensì l'ubicazione dell'effetto anticoncorrenziale costituisca il criterio per l'applicazione del diritto comunitario sulla concorrenza [4].

10. In realtà, non è certo che la nozione d'effetto contenuta nell'art. 85 del trattato sia, a rigor di termini, il fondamento della competenza. Questa nozione, come del resto quella di oggetto [5], consente con certezza di accertare un'infrazione del diritto

4 — G. Bernini, *les règles de concurrence* in « Trente ans de droit communautaire », ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1982, pag. 345 e, in particolare, pag. 375, B. Goldman, *les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), pag. 635, in particolare pag. 676 e seguenti; del medesimo autore, *les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence*, RMC, 1972, pag. 612, in particolare pagg. 614 e 615; J. M. Bischoff e R. Kovar, *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, JDI (Clunet), 1975, pag. 675, in particolare pag. 684; J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis, 1984, pag. 245; J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes, M. Waelbroeck, *Le droit de la Communauté économique européennes*, volume 4: Concurrence, éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, pagg. 110 e 111; J. Soufflet, *la compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, JDI (Clunet), 1971, pag. 487, in particolare pag. 491.

5 — L. Focsaneaunu, RMC, 1966, pag. 862.

sostanziale sulla concorrenza nel caso in cui la competenza comunitaria sia a sua volta incontestabile. Però può essere usata per un altro scopo, in quanto criterio di competenza, e il suo contenuto non è allora necessariamente identico a quello dell'effetto in diritto sostanziale. Tornerò su questo punto.

2) *L'insegnamento tratto dalla giurisprudenza della Corte*

11. Dal fatto che la vostra giurisprudenza non abbia finora sancito la teoria degli effetti a proposito dell'applicazione del diritto della concorrenza alle imprese esterne non si può dedurre che la condanniate.

12. La causa più frequentemente citata in questa discussione è quella detta dei *coloranti*[6]. Nelle sentenze 14 luglio 1972, benché l'avvocato generale Mayras vi invitasse ad accogliere il criterio degli effetti, indubbiamente qualificati, per dare fondamento alla competenza comunitaria nei confronti delle imprese esterne, avete preferito basarla sull'unità dell'impresa. Ciò non significa affatto che l'ubicazione degli effetti non sia un criterio di competenza sufficiente[7]. Come ha osservato, giustamente a proposito di questa pronunzia, il prof. Goldman, « non si devono far parlare i silenzi della Corte »[8].

13. Dalle vostre sentenze in proposito non si possono nemmeno trarre argomenti significativi a favore della teoria degli effetti, neppure se talune contengono affermazioni che si possono intendere in questo senso. Ad esempio, quando dichiarate nella sentenza Beguelin che « il fatto che una delle imprese partecipanti all'accordo si trovi in un paese terzo » non impedisce l'applicazione « dell'art. 85 del trattato, ove l'accordo produca effetti nel territorio del mercato comune »[9], non si deve del tutto trascurare il fatto che si trattava, in questa causa, di un accordo di esclusiva nel quale una delle parti era stabilita nella Comunità.

14. Ciò significa che la vostra giurisprudenza *relativa al diritto della concorrenza* non consente di concludere né per l'accoglimento né per la condanna dell'ubicazione degli effetti, in quanto criterio per l'applicazione del diritto comunitario alle imprese situate fuori della Comunità.

15. Al contrario, si può trovare sostegno per l'applicazione della teoria degli effetti nella sentenza Walrave e Koch. Pronunziata a proposito del principio di non discriminazione a causa della cittadinanza in relazione alle disposizioni del trattato riguardanti la libertà di circolazione dei lavoratori e di prestazioni dei servizi, avete dichiarato:

« il principio di non discriminazione, in ragione del suo carattere imperativo, costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico purché questo, in considerazione sia del luogo in cui sorge, *sia del luogo in cui spiega i suoi effetti,* possa essere ricondotto al territorio della Comunità »[10].

6 — Causa 48/69, Imperial Chemical Industries, Racc. 1972, pag. 619, causa 52/69, J. R. Geigy AG, Racc. 1972, pag. 787; causa 53/69, Sandoz AG, Racc. 1972, pag. 845.

7 — Vedasi J.-M. Bischoff e R. Kovar, articolo già ricordato, pag. 684.

8 — B. Goldman, *International law association,* New York, 1972, pag. 128.

9 — Causa 22/71, sentenza 25 novembre 1971, Racc. pag. 958, n. 11 delle motivazione.

10 — Causa 36/74, sentenza 12 dicembre 1974, Racc. pag. 1420, n. 28 delle motivazione, i corsivi sono nostri.

16. Questa causa verteva su una norma dell'Union cycliste internationale con sede in Ginevra. Dinanzi alla Corte, questo ente ha ritenuto poter trarre argomento dalle vostre sentenze Geigy [11] e Continental Can [12] contro la teoria dell'ubicazione degli effetti, in quanto questo criterio non era stato accolto in dette sentenze.

17. Quest'argomento conferisce particolare risalto alla vostra pronunzia. Taluni ne hanno tratto la conclusione che l'ubicazione degli effetti costituisce un fondamento di competenza comunitaria che, benché enunciato in un altro settore, può esser fatto valere in quello della concorrenza [13]. Se la massima della sentenza Walrave e Koch è trasponibile al diritto della concorrenza, e non vedo perché non lo sarebbe, si può sostenere che, lungi dal condannare la teoria degli effetti, non esitate a farla vostra.

18. Non si può tuttavia accontentarsi di questo risultato. In una siffatta materia, infatti, occorre verificare se un criterio del genere sia o meno conforme alle esigenze e alla prassi del diritto internazionale.

II — La teoria degli effetti nei confronti del diritto internazionale

19. Due basi della competenza statuale sono incontestate nel diritto internazionale: la *territorialità* e la *cittadinanza* [14]. La prima attribuisce giurisdizione ad uno Stato allorché la persona o il bene vi sono ubicati oppure l'evento vi si è svolto. La seconda sancisce analoga competenza nei confronti dei cittadini dello Stato.

20. La territorialità ha a sua volta dato origine a due principi di competenza distinti:

— la territorialità *soggettiva*, che consente ad uno Stato di disciplinare atti che sono iniziati nel suo territorio anche se la loro conclusione è avvenuta all'estero;

— la territorialità *oggettiva* che gli consente, al contrario, di conoscere di atti la cui esecuzione è iniziata all'estero ma il cui compimento, quanto meno parziale, è avvenuto nel suo territorio.

21. Il principio di territorialità oggettiva ha avuto importanza decisiva per l'estensione della competenza nazionale in fatto di concorrenza. Da questo deriva la teoria dell'ubicazione degli effetti che, per disciplinare questi ultimi, dà fondamento alla competenza di uno Stato, anche se, nel suo territorio, non vi è stato alcun comportamento che li abbia generati.

22. Questa ubicazione costituisce un titolo di competenza conforme alle norme di diritto internazionale? Per risolvere la questione è opportuno anzitutto prendere in considerazione la natura stessa di questo. Esso attribuisce forse competenza nel senso che lo Stato che intende esercitare la propria giurisdizione deve provare l'esistenza di una norma di diritto internazionale che glielo consenta? Si tratta invece di un diritto che, rispettando la pienezza della competenza dello Stato — corollario della sovranità — si limita a fissare determinati limiti all'eserci-

11 — Causa 52/69, sentenza 14 luglio 1972, Racc. pag. 826.

12 — Causa 6/62, sentenza 21 febbraio 1973, Racc. pag. 241.

13 — Ph. Delannay, *Observations sous l'arrêt 36/74*, Walrave e Koch CDE, 1976, pag. 209, in particolare pag. 224.

14 — Vedasi, ad esempio, R. Higgins, The legal bases of jurisdiction, in « C. J. Olmstea (ed) *Extra-territorial application of laws and responses thereto* », Oxford, ILA e ECS, 1984, pag. 3.

zio della stessa la quale, se non vi sono norme di divieto, rimane intatta?

23. A questo proposito la dottrina è discorde. La discussione si è svolta essenzialmente sul significato e sulla portata della sentenza Lotus, pronunziata il 7 settembre 1927 dalla Corte permanente di giustizia internazionale [15]. Questa pronunzia, adottata in forza del voto preponderante del presidente, afferma in particolare che il diritto internazionale non vieta ad uno Stato

« di esercitare, nel proprio territorio, la propria giurisdizione in qualsiasi controversia in cui si tratta di fatti che si sono svolti all'estero e in cui non può basarsi su una norma permissiva di diritto internazionale. Una tesi del genere sarebbe sostenibile unicamente se il diritto internazionale vietasse, in linea generale, agli Stati di assoggettare alle loro leggi e di sottoporre alla giurisdizione dei loro giudici soggetti beni ed atti fuori del territorio e se, in deroga a questa norma generale di divieto, consentisse agli Stati di farlo in casi appositamente determinati. Orbene, questo non è certo lo stato attuale del diritto internazionale. Lungi dal vietare in via generale agli Stati di estendere le loro leggi e la loro giurisdizione a soggetti, beni e atti fuori del territorio, esso lascia loro, in proposito, un'ampia libertà, che è limitata solo in taluni casi da norme di divieto; per gli altri casi ciascuno Stato rimane libero di adottare i principi che ritiene migliori e più convenienti. Proprio questa libertà che il diritto nazionale lascia agli Stati è quella che spiega la varietà di norme che essi hanno potuto adottare senza opposizione o reclami degli altri Stati; (...) tutto quello che si può chiedere ad uno Stato è di non oltrepassare i limiti che il diritto internazionale pone alla sua competenza; entro questi limiti, il fondamento della giurisdizione che esso esercita si trova nella sua sovranità » [16].

Questa affermazione acquista il suo pieno valore quando la si accosta a quella con cui la Corte permanente dichiara che « il diritto internazionale disciplina i rapporti tra Stati indipendenti » e proclama che « le limitazioni dell'indipendenza degli Stati di conseguenza non si presumono » [17].

24. La posizione del diritto internazionale in proposito è stata ripetuta e affinata da Sir Gerald Fitzmaurice nel parere personale relativo alla sentenza pronunziata dalla Corte internazionale di giustizia il 5 febbraio 1970 nella causa Barcelona Traction:

« È vero che attualmente il diritto internazionale non impone agli Stati alcuna norma precisa che delimiti il settore della loro competenza nazionale in siffatte materie (e ve ne sono evidentemente anche altre: ad esempio, le questioni di trasporto marittimo, la normativa antitrust, ecc.), ma lascia loro a questo proposito grande latitudine. Ciononostante: a) esso postula l'*esistenza* di limiti, anche se in ciascuna fattispecie spetta eventualmente al giudice stabilirli ai fini della causa di cui deve conoscere; b) prescrive agli Stati l'obbligo di dar prova di moderazione e di misura circa l'estensione della competenza che si attribuiscono i suoi giudici nelle cause che implicano un fattore straniero e di evitare di sconfinare indebitamente nella competenza di un altro Stato quando questa ha miglior fondamento o può essere esercitata in modo più idoneo » [18].

15 — *Raccolta delle sentenze*, pubblicazioni della Corte permanente di giustizia internazionale, serie A-J 10.

16 — *Ibidem*, pag. 19.

17 — *Ibidem*, pag. 18.

18 — Corte internazionale di giustizia, *Raccolta delle sentenze*, « Pareri consultativi e ordinanze », 1970, pag. 65, specialemnte pag. 105.

25. Un altro brano della sentenza Lotus è stato invocato da taluni autori per attenuarne la portata circa il riconoscimento della teoria degli effetti in quanto fondamento di competenza statuale. La Corte permanente vi precisava che anche i giudici degli Stati che aderiscono ad una concezione strettamente territoriale delle leggi penali interpretano queste in modo da includere nel loro campo d'applicazione dei reati, anche commessi all'estero, se nel territorio nazionale « si è prodotto uno degli elementi costitutivi del reato e soprattutto i suoi effetti » [19]. Più avanti, nella sentenza, la Corte permanente osserva che nella fattispecie tra l'atto e i suoi effetti « vi è un'indivisibilità giuridica assoluta » [20], il che ha portato taluni autori a sostenere che solo circostanze del genere consentono ad uno Stato di esercitare la propria competenza in forza del principio della territorialità obiettiva.

26. Ma anche supponendo che la Corte permanente abbia, così facendo, voluto limitare la competenza dello Stato tratta dalla territorialità obiettiva al caso in cui l'effetto manifestato nel suo territorio fosse a sua volta un elemento costitutivo dell'infrazione, ciò non avrebbe alcuna incidenza sull'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza alle imprese stabilite fuori della Comunità. Ripeto, l'art. 85 del trattato vieta qualsiasi accordo, decisione o pratica concordata che abbia per effetto « di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ». Un effetto del genere non è necessariamente un elemento costitutivo dell'infrazione? [21]. Questo è il parere dell'avvocato generale Mayras quando dichiara che « nel diritto delle intese " si deve " ammettere che l'effetto stesso dell'infrazione è uno dei suoi elementi costitutivi e, probabilmente, l'elemento essenziale » [22].

27. Quindi, anche se per altri motivi ci si è potuto chiedere se la « Lotus navighi sempre » [23], non mi pare esistano dubbi che il principio così posto, certo criticato nella dottrina ma non contraddetto fino ad oggi dalla giurisprudenza internazionale, consente di concludere che è conforme alle norme del diritto internazionale il tener conto dell'ubicazione degli effetti in quanto fondamento di competenza statuale [24]. E quanto è così attribuito agli Stati deve del pari esserlo alla Comunità, in quanto soggetto di diritto internazionale, nei casi in cui la competenza comunitaria subentra a quella degli Stati membri.

28. La competenza così riconosciuta è una « jurisdiction to prescribe », potere dello Stato di « emanare norme generali o individuali tramite i propri organi legislativi, esecutivi o giurisdizionali » [25]. Essa non può intendersi nel senso di « jurisdiction to enforce », « potere di cui dispone uno Stato di mettere in atto una norma generale o un provvedimento individuale mediante atti concreti di esecuzione che possono giungere fino all'esercizio del potere coercitivo dello Stato » [26]. Questa opinione è ampiamente condivisa da coloro che ammettono che la

19 — *Ibidem*, pag. 23.

20 — *Ibidem*, pag. 30.

21 — M. Akehurst, *Jurisdiction in International law*, BYIL 1972-1973, pag. 145. particolarmente pagg. 195 e 196; B. Goldman, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), pag. 635, particolarmente pag. 701.

22 — Conclusioni nelle cause 48/69, 52/69 e 53/69, già ricordate, pag. 669, particolarmente pag. 700.

23 — P. Julliard, *L'application extraterritoriale de la loi économique* in l'application extraterritoriale du droit économique, Cahiers du Cedin, già ricordato, pag. 13, particolarmente pag. 24.

24 — A questo proposito, P. Demaret scrive: « La sentenza Lotus è stata pronunziata con il minimo dei voti di maggioranza. Ma l'*affermazione* citata in precedenza corrisponde alla realtà internazionale nel 1927 e indubbiamente anche a quella odierna » (*L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de dorit ou de diplomatie?* CDE, pag. 1, particolarmente pag. 26).

25 — B. Stern, *Quelques observations sur les regles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit*, AFDI, 1986, apag. 7, particolarmente pag. 11.

26 — *Ibidem*.

teoria degli effetti possa dare fondamento alla competenza statuale. D'altro canto, è essenzialmente contro i provvedimenti adottati in forza della competenza esecutiva che circa venti Stati hanno adottato leggi dette di blocco [27]. Ma in questo caso sorge la questione se il potere di infliggere un'ammenda rientri nella competenza normativa o in quella esecutiva.

29. Quando si dichiara illegittima un'intesa e viene inflitta un'ammenda, si è generalmente concordi nel ritenere che si tratta dell'esercizio della competenza normativa. Quello che il diritto internazionale vieta ad uno Stato è, per dirla con la sentenza Lotus, « salvo che vi sia una norma permissiva contraria, qualsiasi esercizio del suo potere nel territorio di un altro Stato » [28].

30. Quello che è escluso sono i provvedimenti concreti di esecuzione e di coercizione. Ma, come si è scritto, « comandare non significa costringere » [29]. Dal canto mio, concordo col seguente parere del prof. Goldman:

« la condanna ad un'ammenda, dal momento che reprime fatti che ricadono sotto la lex fori per gli effetti che producono nel territorio del foro (...), è indissolubilmente legata, come il venire in essere o l'accertamento della nullità, all'applicazione della legge per ipotesi competente, e negare al giudice di irrogarla equivarrebbe a svuotare di senso questa " competenza legislativa " » [30].

Proprio in questo senso si è pronunziato l'avvocato generale Mayras nelle conclusioni per le cause dei *coloranti*:

« il fatto di irrogare una sanzione pecuniaria, mirante a reprimere un comportamento anticoncorrenziale, oppure ad impedirne la continuazione o la ripetizione, si deve distinguere dalla riscossione dell'ammenda inflitta che, se non è volontariamente versata dall'impresa condannata, deve avvenire mediante esecuzione forzata » [31].

31. Fatte queste precisazioni, è senza dubbio il diritto americano quello che fornisce l'esempio delle considerazioni e dei tentativi più spinti per determinare le circostanze che consentano ad uno Stato di esercitare la propria competenza normativa in situazioni che implicano elementi di estraneità. E ciò non sorprende. Lo Sherman Act risale al 1890. Ha dato origine ad una giurisprudenza e ad una dottrina abbondanti, che rispecchiano l'intento di conciliare interessi nazionali legittimi con esigenze del diritto e dei rapporti internazionali. Questo è il motivo che mi induce a richiamarne le decisioni più salienti.

III — Gli insegnamenti del diritto americano

32. In un primo tempo i tribunali americani si sono attenuti alla rigorosa applicazione del criterio di territorialità. Una delle

27 — Vedasi ad esempio J. R. Atwood, *Blocking statutes and sovereign complusion: Recent developments and the proposed Restatement*, « in BE Hawk » (ed) *Antirust and Trade Policies in the United States and the European Community*, Annual Proceeding of the Forsham Corporate Law Institute, New York, Matthew Bender, 1986m fascucolo 16, pag 327; L. Collin, *Blocking and clawback statutes: The United Kingdom approach*, « Journal of business law », 1986, pagg. 372 e 452.

28 — Già ricordato, pag. 18.

29 — B. Goldman e A. Lyon-Caen, *Droit commercial européen*, Dalloz, 4ª edizione, 1983, pag. 886.

30 — B. Goldman, *Observations sous les arrêts « matières colorantes »*, JDI (Clunet), 1973, pag. 935.

31 — Racc. 1972, pag. 701.

espressioni più celebri al riguardo è quella del giudice Oliver Wendell Holmes a proposito della causa American Banana [32]: « All legislation is prima facie territorial » (« Qualsiasi legislazione è a priori territoriale »). E continua affermando che, secondo un principio generale, per non dire universale, la legalità o l'illegalità di un atto è esclusivamente determinata dal diritto dello Stato nel cui territorio viene compiuto.

33. Si è dovuti giungere al 1945 e alla sentenza Alcoa [33] perché venisse sancita la teoria degli effetti nella sua forma più assoluta. Fino a questa pronunzia, imprese stabilite all'estero sono state condannate negli Stati Uniti solo a motivo del loro comportamento nel territorio di questo paese e il principio della territorialità obiettiva, noto ad altri rami del diritto, non era stato invocato nelle liti vertenti sulle intese [34]. Risolta da un tribunale costituito ad hoc, la causa Alcoa ha consentito al giudice Learned Hand di affermare che, nell'interpretazione della normativa interna relativa alle intese, è opportuno tener conto dei limiti generalmente osservati dagli Stati nell'esercizio della loro competenza. Learned Hand continua con queste parole la cui eco non si è ancora spenta dato il vigore con cui portano all'estremo la teoria degli effetti:

« It is settled law (...) that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct autside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends; and these liabilities other states will ordinarily recognize » (« E una norma giuridica consolidata (...) quella secondo cui qualunque Stato può imporre obblighi anche a persone che non sono soggette alla sua sovranità, per atti compiuti fuori dai confini che, all'interno di questi, abbiano conseguenze che lo Stato condanna; e normalmente gli altri Stati riconosceranno questi obblighi ».

Secondo il giudice Hand, una siffatta applicazione della norma statuale in materia di concorrenza ad imprese stabilite all'estero presuppone che sussistano un elemento intenzionale ed un elemento sostanziale. L'atto è quindi punito solo se volontario e ha prodotto effetto, indipendentemente dall'entità dello stesso.

34. Pronunzie di questo genere sono rare, forse perché le ipotesi che non forniscono alcun elemento di collegamento diverso dall'effetto prodotto sono a loro volta eccezionali. Ricorderò tuttavia la causa dell'Horlogerie suisse [35]. Il giudice Cashin, richiamandosi espressamente alla teoria degli effetti, ha affermato la competenza delle autorità americane nei confronti di questa convenuta stabilita all'estero, dal momento che il comportamento della stessa aveva un effetto diretto e sostanziale negli Stati Uniti. Sottolineo sin d'ora l'importanza di qualificare gli effetti.

35. Questa giurisprudenza, particolarmente nella sua espressione più spinta quale quella risultante dai termini in cui si esprime il giudice Hand, non poteva non suscitare critiche e reazioni. Per evitare i conflitti che possono derivare, in particolare, dall'esercizio di competenze concorrenti, dall'applicazione indiscriminata della teoria degli effetti, negli Stati Uniti sono state fatte varie proposte. Al riguardo citerò il *Restatement of*

32 — 213 US 347 (1909).

33 — 148 F. 2ª 416 (1945).

34 — A.D. Neale e M.L. Stephens, *International Business and National jurisdiction*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pag. 167.

35 — *Trade cases*, 1965, paragr. 71352; *Trade cases*, 1963, paragr. 70600.

foreign relations law of the United States, pubblicato nel 1965 dall'American Law Institute, e l'*Antitrust guide for international operations*, pubblicato nel gennaio 1977 per iniziativa del Ministero americano della giustizia. Quest'ultimo documento si richiama alla nozione d'effetto sostanziale e prevedibile. Questa stessa nozione d'effetto sostanziale ricompare nel *Tentative draft of the Restatement (revised)*, pubblicato nel 1985 che prescrive, inoltre che il comportamento all'estero abbia o abbia avuto l'intenzione di produrre un effetto sostanziale all'interno del territorio. L'elemento intenzionale è, secondo alcuni, equivalente al presupposto dell'effetto prevedibile [36].

36. Nella stessa prospettiva mirante a limitare la teoria degli effetti è opportuno citare la pronunzia del giudice Choy nella causa Timberlane Lumber [37]. Pur accogliendo le sentenze Alcoa e Horlogerie suisse, il giudice Choy ritiene che quanto finora fatto per ridurre la portata della teoria degli effetti sia poco soddisfacente. Da un lato, la nozione d'effetto sostanziale gli pare difficilmente definibile in un contesto internazionale, dall'altro, la distinzione tra effetti diretti ed indiretti gli pare inadeguata in quanto non consente di tener conto degli interessi di altri paesi.

37. Il giudice Choy conclude che, in talune circostanze, gli interessi degli Stati Uniti sono nel contempo troppo inconsistenti e l'esigenza di moderazione onde preservare l'armonia dei loro rapporti internazionali troppo tassativa per giustificare la rivendicazione di competenza extraterritoriale. Per stabilire se siffatta competenza vada esercitata, egli ha elaborato tre criteri cumulativi, i due primi di legalità, il terzo di opportunità che egli formula in tre domande:

1) L'asserito pregiudizio per la concorrenza incide o era destinato ad incidere sul commercio estero degli Stati Uniti?

2) La sua natura e la sua entità consentono di considerarlo un'infrazione dello *Sherman Act*?

3) Tenuto conto del rispetto dovuto alla cortesia internazionale ed alla « fairness », per porvi rimedio è il caso di esercitare la competenza extraterritoriale degli Stati Uniti?

38. Questa terza condizione, che si risolve in una *norma di ragione* in fatto di competenza, include sette fattori il cui elenco non è esauriente. Questi sono in particolare:

— l'entità del conflitto con una norma straniera;

— la cittadinanza delle parti e l'ubicazione del luogo principale d'attività delle imprese di cui trattasi;

— l'entità rispettiva degli effetti negli Stati Uniti e all'estero;

— fino a qual punto vi è stata espressa volontà di nuocere o di incidere sul commercio degli Stati Uniti e la probabilità di detto effetto.

39. Ricordo ancora la sentenza Mannington Mills [38] nella quale il giudice Weis, richiamandosi alla sentenza Timberlane e inter-

36 — Vedasi A.-D. Neale e M.-L. Stephens, *op. cit.*, pag. 167.

37 — 549 F. 2ª 597 (9 Cir. 1977).

38 — 595 F. 2ª 1287 (3 Cir. 1979).

pretandola, aggiunge ai criteri così enunciati altri fattori alcuni dei quali sono espressamente connessi a considerazioni di politica estera. In poche parole, risulta che questa posizione, senza contestare il principio della competenza extraterritoriale, ne amplia le condizioni relative l'opportunità del suo esercizio. Rilevo tuttavia che in occasione di questa stessa causa, il giudice Adams ha fornito un'altra interpretazione degli stessi criteri che, a suo parere, mirano a dimostrare l'esistenza stessa della competenza e non a definirne le condizioni d'esercizio.

40. L'orientamento attuale del diritto americano parte da due principi. Secondo il primo, la competenza degli Stati Uniti sussiste quando gli effetti per il commercio di questo paese sono diretti, sostanziali e prevedibili. In forza del secondo, il giudice procede ad una « balance of interests » per garantire la ragionevolezza dell'esercizio di una siffatta competenza [39].

41. La norma del « judicial interest balancing » in fatto di competenza non va esente da critiche. Una delle più notevoli è quella mossa dal giudice Wilkey nella causa Laker Airways [40]. A suo giudizio, il « contemperamento degli interessi » ad opera del giudice, affinché l'esercizio della competenza sia conforme alla norma di ragione, è una tecnica inadeguata. Questa lo obbliga a scegliere tra una legge nazionale, destinata a tutelare gli interessi nazionali, ed una legge straniera che mira a farla disapplicare in quanto lesiva degli interessi stranieri.

42. In questo contesto, il contemperamento degli interessi sarebbe ostacolato da due fattori. Vi sarebbero anzitutto limiti notevoli quanto alla capacità del giudice di procedere, così stando le cose, alla valutazione obiettiva degli interessi contrapposti. Il giudice Wilkey esprime in proposito gravi dubbi sulla misura in cui il giudice è in grado di effettuare un'adeguata valutazione dei problemi e delle precedenze [41]. In secondo luogo, egli sostiene che siffatto metodo non può consentire di raggiungere lo scopo che è quello di garantire l'osservanza della cortesia internazionale. A proposito di questa, egli ritiene che l'efficacia del contemperamento degli interessi, in quanto mezzo destinato ad identificare l'esercizio più ragionevole della competenza normativa, non sia stata dimostrata. Questo modo di procedere, ha dichiarato in particolare, ha trovato solo un punto di sostegno temporaneo nel diritto nazionale [42].

43. Osservando che i giudici americani rifiutano spesso di seguire questo metodo e che la critica della dottrina si è acuita nei suoi confronti, il giudice Wilkey d'altro canto ha osservato che non è dimostrato che il contemperamento degli interessi costituisca una norma di diritto internazionale [43]. Questo non esclude le competenze concorrenti. Dal momento che due affermazioni di competenza sono giustificate sotto il profilo del diritto internazionale, nessuna norma di questo diritto consentirebbe di ignorarne una a vantaggio dell'altra in quanto « più ragionevole » [44].

44. Ricordo infine che il *Tentative draft of the Restatement* del 1985 enumera otto criteri che consentono di stabilire in quali casi l'esercizio di competenza va considerato ragionevole. Fra questi rientrano la natura so-

39 — A. D. Neal e M. L. Stephens, *op. t.*, pag. 177.

40 — 731 F. 2ª 909 (DC. Cir. 1984). Il giudice Wilkey ha pure criticato la judicial balance of interests nell'articolo: American Antitrust: Adjusting conflicts with other legal systems, pubblicato in « *Private Investors abroad* », New York, Matthew Bender, 1985, citato da A. D. Neale e M. L. Stephens, *op. cit.*, pag. 179, nota 14.

41 — *Ibidem*, pag. 78.

42 — *Ibidem*, pag. 80.

43 — *Ibidem*.

44 — *Ibidem*, pagg. 83 e 84.

stanziale, diretta e prevedibile dell'effetto, la conformità della norma alle tradizioni del sistema internazionale, l'interesse eventuale di altri Stati e la probabilità di conflitto che ne può derivare.

45. Non pare quindi che, in pratica, il contemperamento degli interessi secondo i criteri formulati nelle sentenze Timberlane e Mannington Mills abbia consentito di elaborare una norma di ragione in fatto di competenza. Salvo eccezione, osserva un autore americano, nessun giudice si è astenuto dall'esercitare la propria competenza dopo aver effettuato l'esame auspicato da queste pronunzie [45]. Il prof. Mann ritiene dal canto suo che il contemperamento degli interessi sia in diritto « una guida cattiva e malfida » (« bad and misleading guide ») [46]. Secondo questo autore, il giudice non può avere un potere discrezionale per decidere circa l'esercizio della propria competenza. Se, vista alla luce del diritto internazionale, una legge va applicata, il giudice non può disapplicarla. Se le norme del diritto internazionale escludono la sua applicazione, il giudice non ha alcun potere discrezionale per applicarla. Di conseguenza, la distinzione tra l'esistenza e l'esercizio di una competenza e l'attribuzione di un potere discrezionale che consenta di non esercitarla costituirebbe un passo erroneo da non effettuare [47].

46. È evidente che, per quanto sottile e fecondo, il diritto americano, che consente di chiarire la problematica in questione, non fornisce a quanto pare criteri di competenza abbastanza precisi e solidi per poter essere puramente e semplicemente adottati. Spetta quindi a voi, in particolare basandovi sulla dottrina in materia, definire le circostanze nelle quali possa essere affermata la competenza della Comunità ad applicare le proprie norme sulla concorrenza ad imprese stabilite fuori del suo territorio.

IV — I criteri di competenza proposti

47. Le difficoltà incontrate nella nostra materia indicano chiaramente che la territorialità, in quanto fattore di collegamento, non consente di risolvere tutti i problemi connessi alle dimensioni e alle caratteristiche del commercio internazionale contemporaneo. Un principio rigoroso di territorialità non è più seguito nel mondo moderno, ha osservato il prof. Mann [48]. Nello stesso senso ricorderò il prof. Prosper Weil

« Abbiamo l'immagine — scrive — di una società internazionale costituita di alveoli contigui, separati da confini; la nozione di territorio, che costituisce il nucleo del concetto di territorialità, illustra questa suddivisione in entità separate, mediante limiti fisici e geografici. Ma è evidente (...) che i confini non sono solo ostacoli, ma sono anche punti di passaggio e che la vita economica si fa beffe di questo tipo di ostacoli » [49].

48. Questa constatazione ha indotto vari autori ad elaborare criteri diversi in fatto d'applicazione extraterritoriale delle leggi. Così ad esempio, Sir Robert Jennings ritiene che in diritto internazionale uno Stato abbia

45 — J. P. Griffin, *Possible resolution of international dispules over enforcement of US antirust laws,* « 18 Stanford Journal of International Law », Edizione n. 2, 1982, citato da A. D. Neale e M. L. Stephens, *op. cit.,* pag. 76, nota 14.

46 — F. A. Mann, *The doctrine of international jursidiction revisited after twenty years,* RCADI, 1984 (III), pag. 12, particolarmente pagg. 30 e 31.

47 — F. A. Mann, *ibidem,* pagg. 87 e 88.

48 — Corso già ricordato RCADI 1964, pag. 126.

49 — P. Weil, in *L'application extraterritortiale du droit économique,* Cahiers de Cedin, Montchrestien, 1987, pag. 11.

il diritto di esercitare la competenza extraterritoriale quando i suoi interessi legittimi sono in gioco, ma che non può abusare di questo diritto. Vi sarebbe abuso nel caso in cui l'esercizio della competenza extraterritoriale costituisse un'ingerenza nell'esercizio della competenza territoriale locale [50]. Secondo il prof. Mann, il vero problema è quello di identificare quanto egli definisce i « legally relevant facts » (« fatti pertinenti in diritto ») [51] e lo Stato il cui rapporto con questi è tale da rendere giusta e ragionevole l'attribuzione di competenza [52]. Auspicando di basare la competenza sull'« immediatezza del rapporto » (« closeness of connection »), questo autore osserva

« that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of State, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence) » [53].

E il prof. Mann precisa subito che il semplice interesse politico, economico, commerciale o sociale non costituisce un « rapporto immediato ». Nel caso più specifico del diritto della concorrenza, ritiene che l'effetto voluto, prevedibile e, a fortiori, imprevisto, non possa creare un rapporto di questo genere [54].

49. Altri autori propongono di ammettere la competenza dello Stato nel quale l'effetto principale (« the primary effect ») dell'atto si verifica [55]. Onde determinare se l'effetto sia principale o secondario, è opportuno prendere in considerazione un duplice fattore: l'effetto prodotto nello Stato è più diretto e più sostanziale di quello verificatosi in altri Stati. E si ritiene che questo metodo consenta l'esercizio di competenze dei soli Stati che vi abbiano un legittimo interesse [56]. Infine, è generalmente ammesso che il diritto internazionale non vieta le competenze concorrenti. Rilevo tuttavia che, secondo alcuni, lo sviluppo del diritto internazionale consuetudinario metterebbe in luce limitazioni specifiche dell'esercizio extraterritoriale della competenza statuale. Ad esempio, il diritto internazionale vieterebbe l'applicazione extraterritoriale del diritto nazionale qualora possa generare obblighi contraddittori [57], oppure suscitare conflitti di competenza [58].

50. Queste varie preoccupazioni mi pare siano state sostanzialmente tenute presenti quando si adottò il criterio dell'effetto qualificato. Dato che non è in contrasto con alcuna norma di divieto del diritto internazionale, questo criterio è ampiamente accolto nella prassi degli Stati [59]. Inoltre, per motivi obiettivi, è particolarmente opportuno tenuto conto della specificità del diritto della concorrenza [60]. Questa deriva dalla sua qualità di diritto del mercato mirante alla tutela dell'ordine pubblico economico [61]. Sono queste le considerazioni in base alle quali e

50 — R. Y. Jennings, *Extraterritorial jurisdiction and the United States antitrust laws*, BYIL, 1957, pag. 146, particolarmente pag. 153.

51 — F. A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in International law*, RCADI, 1964, pag. 7, particolarmente pag. 45.

52 — *Ibidem*, pag. 44.

53 — Che uno Stato ha competenza (legislativa) quando il suo collegamento a un determinato complesso di fatti è così stretto, così sostanziale, così diretto, così importante che il fatto di legiferare nei loro confronti è conforme al diritto internazionale e ai suoi cari aspetti (ivi compresi la pratica degli Stati, i principi di non ingerenza e di reciprocità e le esigenze della mutua solidarietà).(*Ibidem*, pag. 49).

54 — *Ibidem*, pag. 104.

55 — In particolare M. Akejurst, articolo precitato, pag. 198.

56 — *Ibidem*, pag. 201.

57 — P. Julliard, *Application extraterritoriale de la loi économique* in « L'application extraterritoriale du droit économique », già citato, pag. 13, particolarmente pag. 31.

58 — B. Stern, articolo citato, pag. 15.

59 — L. Idot, *le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Parigi II) tesi 1981, ciclostile, particolarmente pag. 89 e seguenti.

60 — J. M. Bischoff e R. Kovar, articolo citato, pag. 700.

61 — P. Eeckman, *L'application de l'article 85 du traité de Rome aux ententes étrangères à la CEE mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun*, RCDIP, 1965, pag. 499, particolarmente pag. 519.

secondo il parametro del diritto internazionale si devono definire le caratteristiche dell'effetto la cui ubicazione giustifica l'affermazione di competenza normativa nei confronti delle imprese stabilite fuori della Comunità.

51. Secondo taluni, questi effetti dovrebbero corrispondere a quelli che sono repressi quando il pregiudizio per la concorrenza deriva da un comportamento tenuto all'interno del territorio dello Stato che afferma la competenza [62]. Ma, come ho detto, non è sicuro che la nozione d'effetto contemplata dall'art. 8 del trattato per determinare l'*esistenza* di un'infrazione delle norme di concorrenza, sia identica a quella prescritta dal diritto comunitario, e ammessa dal diritto internazionale, onde *determinare la competenza* nei confronti delle imprese stabilite fuori.

52. In diritto comunitario sostanziale, la restrizione della concorrenza dev'essere « percepibile » [63] o « rilevante » [64]. L'effetto lesivo della concorrenza può essere diretto o indiretto e obiettivamente o ragionevolmente prevedibile [65]. Queste sono le caratteristiche dell'effetto considerato come elemento costitutivo della lesione della libertà di concorrenza comunitaria.

53. Tutte queste caratteristiche non mi pare debbano ricorrere nel caso dell'effetto inteso come criterio di competenza extraterritoriale. La riserva più importante, a questo proposito, riguarda l'effetto indiretto [66]. Ricordo che l'avvocato generale Mayras ha proposto, nelle conclusioni per i *coloranti*, di accogliere il criterio dell'effetto diretto ed immediato, ragionevolmente prevedibile e sostanziale [67]. Condivido questa opinione e, per i motivi ch'egli indica, faccio mie le sue considerazioni:

« La Commissione si troverebbe disarmata se, di fronte ad una pratica concordata, la cui iniziativa è stata presa esclusivamente da imprese esterne al mercato comune, che si assumono anche la piena responsabilità dei loro atti, dovesse essere privata della possibilità di prendere decisioni nei loro confronti. Ciò significherebbe nello stesso tempo una rinuncia alla tutela del mercato comune, tutela necessaria alla realizzazione degli obiettivi più alti della Comunità economica europea » [68].

54. Gli effetti specifici sono in genere assunti come criterio di competenza. Il *Restatement* si riferisce all'effetto sostanziale e prevedibile. La International law association ha adottato, nella 55a conferenza tenuta a New York nell'agosto del 1972, una risoluzione relativa ai principi del diritto internazionale in fatto di pratiche restrittive [69]. Il suo art. 5 dichiara che uno Stato è competente ad emanare norme che disciplinano il comportamento che si tiene fuori dal suo territorio ed ha effetti all'interno dello stesso quando sussistono tre presupposti: a) il comportamento e il suo effetto sono elementi costitutivi di un'intesa; b) l'effetto è sostanziale; c) è il risultato diretto e perseguito in via principale (« direct and primarily intended result ») del comportamento esterno in questione. È interessante notare

62 — P. Demaret, articolo citato, pag. 33.

63 — J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes, M. Waelbroeck, *Le droit de la Communauté économique européenne*, editions de l'Université de Bruxelles, 1972, volume, Concurrence, pag. 20.

64 — *Ibidem*, pag. 21.

65 — B. Goldman e A. Lyon-Caen, *Droit commercial européen*, Dalloz, 4ª edizione, pag. 551.

66 — J. M. Bischoff e R. Kovar, articolo citato, particolarmente pag. 706 e seguenti.

67 — Racc. 1972, pag. 697.

68 — *Ibidem*, pag. 699.

69 — The International law association: *Report of the 55th conference held at New York, August 21st to August 26*, 1972, pag. 138.

che questa versione è stata preferita a quella proposta dal Committee on the extra-territorial application of restrictive trade practices, secondo il quale il diritto internazionale non autorizzerebbe l'affermazione o l'esercizio di competenza normativa extraterritoriale da parte di uno Stato per il solo fatto che gli effetti o le ripercussioni di un comportamento tenuto all'estero si ripercuotono nel suo territorio [70]. Quindi, in questa sede accademica, la proposta che respinge la teoria dell'effetto è stata messa da parte a favore di una risoluzione favorevole all'adozione del criterio dell'effetto qualificato.

55. Indubbiamente, nelle sue osservazioni, il governo del Regno Unito, richiamandosi al promemoria sottoposto alla Commissione il 20 ottobre 1969 a proposito della decisione *coloranti,* ha sostenuto che il fondamento territoriale è l'unico che possa giustificare la competenza comunitaria nelle presenti cause. Quindi, esso ritiene che la giurisprudenza *coloranti* vada applicata non solo alle affiliate, ma anche ad altre aziende intermedie, ubicate nella Comunità il cui comportamento all'interno della stessa vi abbia prodotto effetti anticoncorrenziali. Non si tratterebbe allora, secondo il governo britannico, che dell'esercizio della competenza territoriale.

56. Per tutti i motivi esposti sopra, non credo di potervi proporre di seguire questa via. Del resto, il collegamento territoriale con la Comunità tale da consentire a questa di considerarsi competente nei loro confronti è contestato dalle ricorrenti. Queste sostengono che qualsiasi comportamento ad esse attribuibile si sarebbe prodotto fuori della Comunità. Esse aggiungono che i loro vari rappresentanti hanno agito indipendentemente e che nessuna attività di questi può essere loro imputata. Ma, comunque sia, mi pare inutile affrontare la discussione sulla natura dei rapporti giuridici fra le ricorrenti e le loro varie aziende all'interno della Comunità.

70 — *Ibidem,* pag. 175.

57. Come abbiamo visto, non v'è alcuna norma di diritto internazionale che possa essere invocata contro il criterio dell'effetto diretto, sostanziale e prevedibile. La nozione di cortesia internazionale, di profilo incerto, non può nemmeno essa venirgli opposta [71].

58. Non essendoci questo divieto, di fronte ad una prassi statuale così diffusa, data la sua natura adatta al settore della concorrenza, vi propongo quindi di accoglierlo in quanto criterio di competenza comunitaria.

59. Restano da esaminare due problemi specifici, riguardanti rispettivamente la situazione della KEA e l'incidenza, nei confronti delle ricorrenti finlandesi, dell'accordo di libero scambio concluso dal loro paese con la Comunità.

V — La situazione della KEA

60. La KEA è l'associazione delle imprese americane alla quale la Commissione fa carico essenzialmente di raccomandazioni sui prezzi che i suoi membri avrebbero seguito e che avrebbero contribuito a rendere il mercato trasparente, favorendo così la concertazione con altri produttori estranei al-

71 — Sulla nozione di cortesia internazionale, vedasi L. Oppenheim, *International law,* 8ª edizione di H. Lauterpacht, Longmans, Green e Co., vol. 1, pag. 33 e seguenti; E. ys, *Le droit international,* 2ª edizione 1904, tomo 1°, pag. 201 e seguenti; H. E. Yntema, *The comity doctrine,* « Michigan law review », 1966-1967, vol. 65, pag. 1.

l'associazione. In via generale, questa associazione avrebbe costituito l'ambito della concertazione tra produttori.

61. Ammesso che sia soddisfatto, il criterio che vi propongo di accogliere è tale da giustificare in via di principio la competenza della Comunità benché la KEA non vi abbia succursali, filiali o agenzie, in altri termini quel tipo di collegamento territoriale che, secondo il Regno Unito, consentirebbe esclusivamente di dare fondamento all'esercizio della giurisdizione comunitaria.

62. La natura delle attività della KEA, che non si è direttamente data al commercio nella Comunità, non mi pare nemmeno costituisca un ostacolo per l'applicazione del diritto comunitario. Infatti, la circostanza che un'associazione d'imprese non partecipi, come tale, alla vita economica non osta all'applicazione nei suoi confronti delle norme sulla concorrenza. Ricordo a questo proposito la genericità dei termini della vostra sentenza Van Landewyck nella quale, mentre veniva criticata l'applicazione dell'art. 85, n. 1, ad una raccomandazione in quanto proveniva da un'associazione che non aveva scopo di lucro, avete dichiarato che:

« In primo luogo, come si desume dall'art. 8 degli statuti della Fedetab, le decisioni da questa adottate sono obbligatorie per tutti i suoi membri. In secondo luogo, l'art. 85, n. 1, si applica del pari alle associazioni qualora la *loro attività o quella delle imprese che vi aderiscono tenda a produrre gli effetti che esso mira a reprimere.* Dato che vari produttori hanno dichiarato espressamente di conformarsi alla raccomandazione, questa non può sottrarsi all'art. 85 del trattato per il semplice fatto di essere stata emessa da un'associazione senza scopo di lucro »[72].

63. Indubbiamente, nella fattispecie, gli statuti della KEA stabiliscono che i suoi membri sono in linea di massima liberi di non osservare i prezzi raccomandati. Ma la Commissione sostiene che l'esistenza di un procedimento da applicarsi nell'ambito dell'associazione qualora dei membri non pratichino i prezzi così fissati mal si concilia con questa natura facoltativa. Essa deduce d'altro canto che le raccomandazioni sono state rispettate nel 1975 e nel 1976. Si deve osservare qui che voi ammettete l'applicazione dell'art. 85 ad una raccomandazione di un'associazione d'imprese che si qualifica non obbligatoria, qualora emerga dagli elementi della fattispecie che « indipendentemente dalla sua precisa natura giuridica » essa costituiva « l'espressione fedele della volontà della ricorrente di coordinare il comportamento dei soci »[73]. È chiaro che si tratta di un esame che rientra nel merito della causa, ma comunque sia non potete disattendere il *principio* dell'applicazione dell'art. 85 all'associazione in questione.

64. Preciso infine che appare prematuro esaminare la censura di nullità elevata, in quanto la decisione impugnata dichiara che tutti i suoi destinatari esportano direttamente nella Comunità o vi praticano il loro commercio, mentre questo non avviene per la KEA. Non è questo, a rigor di termini, un problema di competenza, ma di motivazione che dovrà essere risolto in una fase ulteriore del procedimento.

65. La KEA è stata costituita in forza del Webb Pomerene Act. Questa legge, come è

72 — Causa 209/78, sentenza 29 ottobre 1980, Racc. pag. 3250, i corsivi sono miei. Massima analoga nella causa 96782, NVIAZ, sentenza 8 novembre 1983, Racc. pag. 3369.

73 — Causa 45/85, VDS, sentenza 27 dennaio 1987, n. 32, Racc. 1987, pag. 447.

noto, autorizza, in deroga alla legislazione antitrust americana, le associazioni per l'esportazione. Essa non mi pare tuttavia tale da inficiare la competenza normativa della Commissione, in quanto non prescrive affatto alle imprese interessate di praticare intese restrittive all'esportazione.

66. A questo proposito, il prof. Turner, nel documento prodotto in giudizio[74] dalle stesse ricorrenti, ricorda, conformemente alle norme generalmente accolte dal diritto internazionale, che è opportuno distinguere l'autorizzazione dall'obbligo: « Existing international law draws a line between sovereign compulsion and mere permission » (« Il diritto internazionale attuale fa una distinzione tra coazione statuale e semplice permesso »).

67. D'altro canto, anche se l'autore dichiara che l'autorizzazione specifica ed ufficiale di un cartello per l'esportazione costituisce una condizione decisiva per la sua immunità di fronte all'esercizio di una competenza antitrust straniera, rilevo che egli sostiene in ultima analisi il punto di vista secondo il quale

« it seems reasonable to conclude that mere permission or even specific authorization for participation in an international cartel should not suffice to immunize the cartel from antitrust attack by countries whose interests are substantially affected » (« Pare ragionevole concludere che un semplice permesso o addirittura un'autorizzazione specifica a partecipare ad un cartello internazionale non dovrebbe essere sufficiente per attribuire al cartello immunità nei confronti di un'azione antitrust esperita da paesi i cui interessi siano sostanzialmente lesi »).

74 — « Application of competition laws to foreign conduct: appropriate resolution of jurisdictionnal issues », Conferenza del Fordham corporate law institute, 3 e 4 ottobre 1985.

VI — L'accordo di libero scambio e l'applicazione dell'art. 85 del trattato

68. Le ricorrenti finlandesi contestano più specificamente la competenza della Commissione ad applicare l'art. 85 del trattato, in considerazione dell'accordo di libero scambio concluso dalla Finlandia con la Comunità[75]. Questo accordo, che contiene norme specifiche per le restrizioni della concorrenza che incidono sugli scambi di merci tra le parti contraenti, sarebbe « prevalente » sul diritto comunitario della concorrenza. Per questo motivo, la Commissione avrebbe potuto solo valersi del procedimento di cui all'art. 27 dell'accordo, vale a dire rivolgersi al comitato misto.

69. A quanto mi risulta, questa tesi della prevalenza dell'accordo di libero scambio vi è sottoposta per la prima volta. Infatti, nei due ricorsi proposti da imprese originarie di Stati firmatari di accordi di libero scambio avverso decisioni che irrogavano loro sanzioni in forza del diritto comunitario della concorrenza, la competenza della Comunità a questo proposito non è stata contestata[76]. D'altro canto, le varie ipotesi in cui la Commissione ha applicato gli artt. 85 e 86 a dette imprese non hanno dato origine a ricorsi in cui sia stata contestata l'applicazione di queste norme.

70. Sottolineo anzitutto che l'art. 23 contempla le pratiche che restringono la con-

75 — Accordo 5 ottobre 1973, GU L 328 del 28. 11. 1983, pag. 17.

76 — Causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, sentenza 13 febbraio 1979, Racc. pag. 461; causa 22/78, Hugin, sentenza 22 maggio 1979, Racc. pag. 1869.

correnza in quanto possono pregiudicare gli scambi tra la Finlandia e la Comunità. Questa norma si distingue quindi, per il suo oggetto, dalle disposizioni antitrust specifiche delle parti contraenti, ad esempio, per la Comunità, dall'art. 85 del trattato CEE che contempla gli accordi che pregiudicano la concorrenza all'interno del mercato comune.

71. Perciò il fatto che pratiche restrittive della concorrenza contravvengano simultaneamente all'accordo e alle norme vere e proprie è tale da escludere l'applicazione di queste a vantaggio esclusivo del procedimento contemplato dall'art. 27 dell'accordo? La dottrina che affronta questo problema non mette in discussione, né espressamente[77] né implicitamente[78], l'applicazione dell'art. 85 alle imprese appartenenti a paesi firmatari di accordi di libero scambio, qualora il commercio intracomunitario sia pregiudicato.

72. La tesi delle ricorrenti causerebbe una limitazione molto rilevante delle prerogative dei contraenti che richiederebbe una disposizione perfettamente chiara o, quanto meno, dovrebbe poter essere desunta dalle evidenti intenzioni delle parti. Orbene, i termini di questo non forniscono alcuna indicazione in questo senso. Del resto, siffatta interpretazione non potrebbe invocare l'« osservanza della conservazione del potere di decisione autonomo » delle parti contraenti contemplato nel preambolo.

73. Infine, le ricorrenti sostengono che la nozione di pregiudizio per gli scambi tra la Comunità e la Finlandia avrebbe, per effettuare la divisione tra l'applicazione dell'accordo e quella del trattato, un compito identico a quello della clausola interstatuale dell'art. 85, per quanto riguarda il diritto comunitario e il diritto degli Stati membri. Questo parallelismo mi pare criticabile in quanto equipara i rapporti scaturiti rispettivamente dal trattato CEE e dall'accordo. Si deve ricordare qui la vostra sentenza Polydor[79] in cui avete affermato, a proposito dell'accordo di libero scambio concluso col Portogallo, che

« le sue norme (...) non perseguono lo stesso scopo del trattato CEE in quanto quest'ultimo mira, come si è detto, alla creazione di un mercato unico che presenti caratteristiche il più possibile affini a quelle di un mercato interno ».

74. L'apparente logica del ragionamento che vi è proposto ignora questa differenza di scopi. Non si può trasporre ai rapporti tra l'accordo di libero scambio e il trattato CEE la natura di quelli che esistono tra questo e i diritti nazionali degli Stati membri. Osservo inoltre che l'argomento della ricorrente non tiene conto comunque del fatto che l'applicazione simultanea e cumulativa del diritto comunitario e del diritto nazionale alla stessa intesa non è affatto esclusa. La vostra sentenza Walt Wilhelm[80] ha formulato questa massima in termini particolarmente chiari dichiarando:

77 — Vedasi in particolare Roth, *Die Wettbewerbsregeln* in den Freihandelsabkommen der EWG in « Wettbewerb in Recht und Praxis » pag. 423; John Temple Lange, *European Community antidumping and competion laws, their actual and potential application to EFTA countries,* Tidsskrift for Rettsvitenskap, 3/87, pag. 590.

78 — H. Schröter (in *Kommentar zum EWG-Vertrag-Groeben,* di Boeckl, Thiesing, Ehlermann, vol. 1, pag. 919) ritiene che se il problema pratico dell'effetto diretto delle norme di concorrenza degli accordi di libero scambio non è sorto fino ad oggi ciò si spiega « in quanto gran parte delle intese che sono incompatibili col funzionamento corretto degli accordi di libero scambio rientrano pure nel campo d'applicazione dell'art. 85 del trattato CEE ». Vedasi inoltre Hirsch (in L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?, CDE, 1974, pag. 194), che esprime esattamente la stessa idea sotto il profilo dell'applicazione delle disposizioni elvetiche anticartello.

79 — Causa 270/80, sentenza 9 febbraio 1982, Racc. pag. 329.

80 — Causa 14/68, sentenza 13 febbraio 1969, Racc. pag. 1.

« (...) il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia d'intese considerano le intese sotto aspetti diversi; l'art. 85 considera infatti le intese sotto il profilo degli ostacoli che possono conseguirne per il commercio tra gli Stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato, considerano le intese in un ambito più ristretto; (...) ».

E avete affermato che mentre

« la distinzione tra aspetti comunitari e nazionali non può sempre costituire un criterio determinante per la delimitazione delle competenze (...), tuttavia tale interdipendenza implica che un'intesa può in linea di massima costituire oggetto di due procedimenti paralleli, l'uno dinanzi alle autorità comunitarie in applicazione dell'art. 85 del trattato CEE, l'altro dinanzi alle autorità nazionali in applicazione del diritto interno ».

Osservo perciò che l'analogia proposta dalle ricorrenti, oltre ad apparire discutibile nel suo stesso principio, si risolve per di più in una contraddizione con la tesi che essa vuole corroborare. L'applicazione esclusiva dell'accordo di libero scambio non può quindi essere accolta.

75. Si potrebbe invece considerare, di fronte ad intese che pregiudicano tanto gli scambi intracomunitari, quanto il commercio tra la Finlandia e la Comunità, che vi è l'obbligo, prima di porre in atto l'art. 85, di valersi del procedimento dinanzi al comitato misto? Mi pare estremamente improbabile che si possa inferire dall'art. 27, n. 3, lett. a), un obbligo di questo tipo a carico delle parti contraenti. L'espressione « ciascuna parte contraente *può* adire il comitato misto » induce a considerare questo procedimento come una facoltà [81]. Si può accostare questa formulazione e quelle contenute nell'art. 27, n. 3, lett. b), « per quanto riguarda l'art. 24, le difficoltà derivanti dalla situazione contemplata in tale articolo *sono* notificate per esame al comitato misto » che può adottare una decisione utile per porvi termine e, soprattutto, nell'art. 27, n. 3, lett. c), « per quanto riguarda l'art. 25 (ipotesi di dumping), si procede ad una consultazione in sede di comitato misto prima che la parte contraente interessata adotti le misure necessarie ». Non si possono considerare indifferenti queste chiare divergenze di terminologia.

76. Ma, comunque, le ricorrenti possono forse far carico alla Commissione di non aver adito il comitato misto onde cercare una soluzione negoziata in quanto quest'atteggiamento porrebbe in non cale tanto gli artt. 23 e 27 dell'accordo di libero scambio, quanto la particolare natura dei rapporti tra Finlandia e Comunità, sottolineata dalla dichiarazione allegata all'accordo?

77. Per ribattere a quest'argomento basta sotto questo profilo ricordare quanto avete deciso nella sentenza Adams [82]:

« la decisione di sottoporre o meno la cosa al comitato misto (...) può essere adottata unicamente per la tutela degli interessi generali della Comunità, in seguito ad una valutazione essenzialmente politica che il singolo non può impugnare in giudizio ».

78. Osservo infine che è pacifico che la Repubblica di Finlandia è stata consultata nel-

81 — M. Hunnings, « A more permissive provision » in *Enforceability of the EEC-EFTA free trade agreements*, 2 EL Rev., 1977, pag. 63.

82 — Causa 53/84, sentenza 7 novembre 1985, Racc. pag. 3595.

l'ambito della raccomandazione dell'Ocse del 1979 sulle pratiche restrittive della concorrenza, pur se le ricorrenti sostengono che ciò verteva sul tenore della decisione, già adottata. Si osserverà che lo Stato contraente non ha ritenuto utile far convocare una riunione del comitato misto, come l'avrebbe autorizzato a fare l'art. 31.2, n. 2, dell'accordo.

79. Infine, le ricorrenti sostengono che si tratta solo degli effetti « dell'aver concordato i loro prezzi con quelli delle altre parti nel procedimento », fatto che avrebbe al massimo potuto pregiudicare gli scambi di merci tra la Comunità e la Finlandia « ed i cui eventuali effetti indiretti sugli scambi di merci intracomunitari » non bastano per giustificare l'applicazione dei divieti del trattato CEE. Dal canto suo la Commissione sostiene di aver inteso colpire un'intesa mondiale lesiva per il commercio intracomunitario, posta in essere dalle ricorrenti finlandesi, non solo fra loro, ma anche con altri produttori.

80. L'accertamento dell'esistenza e dell'intensità del pregiudizio per gli scambi intracomunitari presuppone l'esame del merito che effettuerete in seguito.

81. Alla fine di queste osservazioni, ritengo quindi che la Commissione, nella decisione impugnata, abbia con ragione dichiarato che l'accordo di libero scambio non contiene alcuna disposizione che le impedisca di applicare immediatamente l'art. 85, n. 1, qualora il commercio tra Stati membri sia pregiudicato.

82. Concludo quindi proponendovi di respingere

— da una parte, la censura formulata dalle ricorrenti nei confronti della decisione impugnata, in quanto contesta il criterio degli effetti come fondamento della decisione stessa; sarà vostro compito poi, per stabilire se la Commissione abbia con ragione esercitato la propria competenza nei confronti delle ricorrenti, accertare se gli effetti del comportamento che essa allega fossero sostanziali, diretti e prevedibili;

— dall'altra, il mezzo secondo il quale l'accordo di libero scambio concluso dalla Comunità con la Repubblica di Finlandia osterebbe all'applicazione dell'art. 85 nei confronti delle ricorrenti finlandesi.