CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JEAN-PIERRE WARNER DEL 10 GENNAIO 1978 [1]

Signor Presidente,
signori Giudici,

La presente causa è stata promossa, a norma dell'art. 173 del Trattato CEE, dalla Miller International Schallplatten GmbH (in prosieguo «Miller») contro la decisione 1° dicembre 1976 (76/915/CEE, GU n. L 357/40 del 29. 12. 1976) con cui la Commissione (art. 1) ha dichiarato che alcune restrizioni alle esportazioni imposte dalla Miller ai suoi acquirenti «costituiscono delle infrazioni all'art. 85, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità economica europea» e, (art. 2) inflitto alla Miller, per dette infrazioni, un'ammenda di 70 000 u.c. «ovvero» di 256 200 DM.

Gli antefatti, esposti nella decisione e integrati da dati incontestati prodotti in giudizio, si possono così riassumere.

La Miller ha sede in Quickborn, presso Amburgo, e produce registrazioni musicali a basso prezzo (dischi, nastri, cassette). La gamma di prodotti si compone come segue: circa il 45 % di musica leggera tedesca, ivi comprese le «canzoni del giorno» tedesche e canzoni popolari tedesche, circa il 43 % di vari tipi di registrazioni per l'infanzia, per lo più in tedesco, ma alcune anche in olandese; circa il 6 % di musica classica, il 5 % di musica popolare in inglese ed il resto (meno dell'1 %) di materiale documentario.

La Miller appartiene al 100 % alla società americana MCA Records Inc., che a sua volta è affiliata ad un'altra società americana, la MCA Inc. di Universal City, California.

L'11 giugno 1971 la Miller stipulava un contratto di esclusiva con una ditta di Strasburgo, la Sopholest SA, per la vendita dei suoi prodotti in Alsazia e in Lorena (zona definita sulla cartina di cui all'allegato 2 dell'atto introduttivo). La clausola n. 5 dell'accordo stabiliva che i prodotti Miller, di norma, non potevano venir esportati dall'Alsazia-Lorena in altri paesi.

Il 15 novembre 1973 la Miller stipulava un accordo analogo con una ditta olandese, la Delta BV di Haarlem, per la vendita dei suoi prodotti nei Paesi Bassi (allegato 3 all'atto introduttivo). La clausola 9 dell'accordo, stipulato in inglese, stabiliva che:

«In confirming [sic] with the EEC regulations pertaining to title and reshipping rights of goods Delta and Miller agree the following: In that Miller is giving an exclusive right to the territory to Delta, Delta will in the spirit of the agreement refrain from shipping the subject goods outside of the Netherlands without an express understanding from Miller that it will not have a harmful effect on Miller's other importers or licensees in areas other than the Netherlands».

(«Conformemente ai regolamenti comunitari relativi ai diritti di proprietà e di riesportazione delle merci, la Delta e la Miller convengono quanto segue: la Miller concede l'esclusiva territoriale alla Delta, la quale, secondo lo spirito dell'accordo, si impegna ad astenersi dall'esportare i prodotti di cui trattasi dai Paesi Bassi senza l'espressa assicurazione della Miller che ciò non avrà effetti dannosi per gli altri importatori licenziatari della Miller in zone diverse dai Paesi Bassi».)

La clausola 11 disponeva tra l'altro:

«This agreement shall be construed and binding unto the parties in accordance

1 — Traduzione dall'inglese.

with the laws of the Federal Republic of Germany and under existing commercial codes as prescribed by the regulations of the European Economic Community.»

(«Il presente accordo va interpretato e vincolerà le parti a norma del diritto della Repubblica federale di Germania e secondo le norme di diritto commerciale vigenti, come stabilito dai regolamenti della Comunità economica europea».)

Di fatto la clausola n. 9 veniva completamente invalidata da un'altra clausola, aggiunta prima che l'accordo entrasse in vigore. Essa non rientra tra gli illeciti di cui la Commissione fa carico alla Miller. La Commissione la ritiene importante in quanto essa proverebbe che la Miller, allora, sapeva che il diritto comunitario non era indifferente di fronte a clausole di tal fatta. Ciò ha rilevanza quanto all'importo dell'ammenda.

Quanto agli altri paesi della Comunità, la Miller aveva distributori esclusivi in Belgio, Danimarca e Lussemburgo, ma senza accordi formali. Per l'Italia essa aveva dato la concessione esclusiva ad una ditta di Brebbia, presso Varese, per la produzione e la vendita delle registrazioni sotto il suo marchio. Non effettuava esportazioni in Irlanda e nel Regno Unito. In effetti oltre la metà delle sue esportazioni andava in Austria e Svizzera.

Nella Repubblica federale di Germania, la Miller aveva oltre 4 000 acquirenti, tra i grossisti, supermarket, catene di negozi, grandi magazzini, distributori di giornali, «venditori volanti», dettaglianti normali, privati ed esportatori.

Dal 1970 circa, le condizioni generali di vendita della Miller per il mercato tedesco contenevano una clausola (n. 9) che stabiliva:

«Nessuna registrazione contrassegnata con il nostro marchio può venir esportata. In caso di trasgressione, ci riserviamo sospendere le forniture al venditore e di tenerlo responsabile di eventuali azioni di risarcimento esperite contro di noi all'estero relativamente a dette esportazioni».

Il 1° agosto 1974 la Miller adottava una nuova versione delle condizioni generali di vendita che conteneva una clausola (n. IX) in questi termini:

«L'acquirente dovrà di regola astenersi dell'esportare i prodotti che gli forniamo. In caso di trasgressione ci riserviamo di sospendere le forniture all'acquirente inadempiente e di agire nei suoi confronti per rivalerci di eventuali azioni di risarcimento esperite contro di noi all'estero.»

Nel corso del procedimento amministrativo, la Miller ha dichiarato alla Commissione che la nuova versione delle condizioni generali di vendita valeva per gli acquirenti tedeschi come per quelli stranieri (vedere allegato 1 b dell'atto introduttivo). Ciò è quanto ha ritenuto la Commissione (n. 6 della sua decisione). In risposta ad una domanda della Corte al termine della discussione orale, tuttavia, la Miller ha dichiarato che si trattava di un errore: agli acquirenti stranieri con cui non erano stati stipulati accordi formali venivano inviati solo i listini, non già le condizioni di vendita.

Il 7 maggio 1975, a seguito di rimostranze fatte dalla Commissione in esito ad un reclamo inviato da uno dei clienti tedeschi della Miller, questa dichiarava che non avrebbe più imposto ai propri acquirenti restrizioni all'esportazione. Nel corso dello stesso anno essa emetteva nuove condizioni di vendita fra le quali non vi era più la clausola n. IX.

In questa causa la Miller vi chiede di annullare la decisione della Commissione. In subordine chiede la riduzione dell'ammenda e l'autorizzazione a pagarla a rate. (La domanda di pagarla in moneta diversa dai DM, è stata ritirata a seguito della sentenza interpretativa della Corte relativa alla «sentenza dello zucchero» [1977] Racc. pag. 445).

Se ben comprendo, la domanda di annullamento della decisione si fonda in sostanza sull'assunto che la Commissione non ha provato e non poteva provare che le restrizioni all'esportazione di cui trattasi cadevano sotto l'art. 85, n. 1 del Trattato, in quanto la Commissione non ha dimostrato né poteva dimostrare che dette restrizioni potevano pregiudicare l'interscambio comunitario o che avevano come oggetto o come effetto di impedire, restringere o alterare la concorrenza nel mercato comune. In particolare la Miller sostiene che la Commissione ha erroneamente sopravvalutato la sua posizione sul mercato.

Data l'indole degli argomenti esposti a sostegno di detti assunti, penso sia necessario ricordare quanto questa Corte ha affermato in proposito.

Anzitutto la frase, di cui all'art. 85, n. 1, «che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri» denota che l'accordo in questione può avere conseguenze — dirette o non, reali o potenziali — sulla libertà di scambio tra Stati membri, tali da impedire, in ispecie ripartendo il mercato di alcuni prodotti tra gli Stati membri, il conseguimento dello scopo di un mercato unico che li comprenda tutti. Se un accordo abbia tale effetto sull'interscambio comunitario va stabilito in base a dati obiettivi, di diritto o di fatto — vedansi ad esempio cause 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH* (1966) Racc. pag. 261, a pag. 282 e 58/64 *Consten e Grundig/Commissione* (1966) Racc. pag. 457, a pag. 519. In secondo luogo, come si desume dalle stesse sentenze, il fatto che l'art. 85, n. 1 parli di un accordo che ha per «oggetto o per effetto» di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, indica un criterio alternativo: se è palese che un accordo ha questo oggetto, è inutile indagare sul suo effetto. Solo se l'oggetto è poco chiaro sarà necessario ricercare quali effetti abbia l'accordo, cioè quali siano le reali conseguenze.

Ciò basta a scalzare quegli assunti che la Miller ha esposto dinanzi a voi e che erano esplicitamente fondati sul presupposto che una restrizione alle esportazioni negli altri Stati membri non si può ritenere incompatibile con l'art. 85, n. 1, a meno che non sia provato che detta restrizione ha effettivamente provocato un pregiudizio all'interscambio comunitario ed ha ostacolato la concorrenza nel mercato comune in misura rilevante. Così la Miller si è dilungata a dimostrare che i suoi clienti tedeschi non intendevano né erano organizzati per le vendite all'estero (pur se è stato proprio uno di essi, pare, a presentare il reclamo alla Commissione da cui è scaturita la causa odierna ed anche se — come la Commissione ha rilevato — pare improbabile che, ad esempio, un grossista di Aquisgrana preferisca indirizzare ad un distributore di Bruxelles un dettagliante di Eupen piuttosto che rifornirlo direttamente). Analogamente altri argomenti sono stati svolti dalla Miller per dimostrare che i suoi clienti all'estero non avevano interesse ad esportare in altri paesi, o a riesportare in Germania (pur se la stessa Miller ha ammesso che la Sopholest SA aveva trovato conveniente inviare prodotti da Strasburgo in Svizzera ed in Austria e che la Delta BV aveva fatto altrettanto da Haarlem per il mercato belga). Questi argomenti hanno acceso una polemica tra la Miller e la Commissione circa i motivi per cui i prezzi praticati dalla Miller erano maggiori in Germania che sui mercati esteri e in particolare sull'esatto ammontare della differenza. Mi scuso con le parti, ma questo punto non presentava alcun interesse. Salvo le eccezioni che ricorderò tra poco, l'art. 85, n. 1 vieta che nei contratti commerciali siano incluse clausole che restringono espressamente l'interscambio comunitario e la concorrenza nel mercato comune e ciò indipendentemente dal fatto che in realtà questi scambi e questa concorrenza siano scambi e concorrenza cui le parti interessate desiderano o meno

partecipare o nei quali possono o meno intervenire.

La Miller ha dichiarato di aver concesso facilmente la dispensa dalle clausole in questione. Non ne dubito, però l'irregolarità che l'art. 85, n. 1 intende colpire è il fatto che a priori si impongano le limitazioni, non il particolare rigore con cui si fanno osservare. E non può essere diversamente, se non altro per il fatto che dette clausole hanno un effetto inibitorio imprevedibile sul momento. È impossibile stabilire, ad esempio, quanti clienti della Miller, in quante occasioni, abbiano rinunciato ad esportare, senza pensare di chiedere la dispensa. Invero, se l'effetto inibitorio di tali clausole potesse venir trascurato, l'art. 85, n. 2, che ne sancisce la nullità, sarebbe di per sé sufficiente a garantire gli obiettivi dell'art. 85, n. 1. Tuttavia, tale supposizione sarebbe chimerica. In un caso come il nostro, la larghezza nel concedere dispense è indubbiamente un elemento che può influire sull'entità dell'ammenda, ma resta privo di pertinenza quanto all'esistenza o meno della trasgressione.

Ho parlato di eccezioni.

Le più importanti sono naturalmente quelle contemplate dall'art. 85, n. 3, ma questa disposizione non è stata invocata in questa sede.

C'è poi un'eccezione implicita nello stesso art. 85, n. 1. Se è provato che — in mancanza di una determinata restrizione della concorrenza — un determinato commercio non si svolgerebbe affatto, detta restrizione non cade sotto il divieto dell'art. 85, n. 1. Così, nella sentenza *Technique Minière* questa Corte ha affermato che la restrizione della concorrenza contenuta in un accordo di esclusiva può esulare dalla sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1 se — senza la restrizione — il produttore interessato non potrebbe affatto affermarsi nella zona contemplata dal contratto d'esclusiva. Così pure nelle cause 19 e 20/74, le cause *«della potassa»* (Racc. 1975, pag. 499) la Corte ha affermato che l'art. 85, n. 1, non si applica ad un accordo che consenta ad un'impresa di vendere le eccedenze di produzione alla concorrenza se, ove non vi fosse tale possibilità, detti prodotti risulterebbero invendibili. La Miller non ha cercato di trarre profitto da detta eccezione.

Vi è infine un'eccezione, di cui la Miller cerca di valersi, nel senso che un accordo esula dal divieto di cui all'art. 85, n. 1 se la posizione delle parti contraenti sul mercato è tanto debole che l'accordo può nuocere al libero gioco della concorrenza e all'interscambio comunitario solo in misura trascurabile. Questa eccezione è stata sancita nelle sentenze della Corte nelle cause 5/69 *Völk/Vervaecke* (Racc. 1969, pag. 295), 1/71 *Cadillon/Höss* (Racc. 1971, pag. 351) e 22/71 *Béguelin Import/G. L. Import Export* (ibidem pag. 949). A titolo di cronaca, questa eccezione pare scaturita dall'ultima sentenza, giacché la *Völk/Vervaecke* era simile alla causa *Technique Minière*. In verità l'avvocato generale Gand era chiaramente d'avviso che nella pronunzia *Völk/Vervaecke* si dovessero seguire le orme di quella *Technique Minière* (Racc. 1969, pag. 305). L'eccezione però ha acquistato una vita propria e mi pare che, come eccezione autonoma, si possa solo basare sul principio «de minimis non curat lex» o, se preferite, «de minimis non curat praetor». Per di più, pur se le cause *Völk/Vervaecke, Cadillon-/Höss* e *Béguelin* vertevano tutte su un contratto di esclusiva, non vedo perché, l'eccezione che da esse si desume non possa trovare applicazione generale. Ma mentre la tesi difensiva, quando viene invocata l'eccezione *Technique Minière* e *«potassa»*, e: «la mia colpa non è una colpa giacché senza di essa non potrei commerciare», nel nostro caso la tesi è: «la mia colpa va negletta perché è minima». Per accogliere un simile argomento, la violazione dell'art. 85, n. 1, deve veramente essere irrilevante.

La Miller si è richiamata alla comunicazione della Commissione del 27 maggio 1970 «in merito ad accordi, decisioni e pratiche concordate che non ricadono sotto il disposto dell'art. 85, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la CEE» (GU n. C 64/1 del 2. 6. 1970). Non penso però che tale richiamo possa giovare alla Miller. Come aveva osservato l'avvocato generale Dutheillet de Lamothe nella causa *Cadillon/Höss* (Racc. 1971, pag. 360) e di nuovo in quella *Béguelin* (ibidem pag. 966), lo stesso tenore della comunicazione rivelava che essa aveva carattere indicativo e non normativo. La comunicazione era redatta come un parere della Commissione, diceva che «la definizione in termini quantitativi del concetto di sensibilità [1] non ha valore assoluto» ed osservava che in caso di dubbio le imprese interessate «hanno la possibilità di richiedere un'attestazione negativa o di notificare l'accordo». Cosa ancora più importante, essa dichiarava che «la presente comunicazione lascia tuttavia impregiudicata l'interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee». Non potrebbe essere altrimenti, giacché la Commissione non ha facoltà di modificare la disciplina istituita dall'art. 85, n. 1, del Trattato. Nell'ipotesi in cui un'impresa, basandosi in buona fede sul testo della comunicazione, avesse agito ritenendo che un accordo cui aveva aderito esulasse dal divieto di cui all'art. 85, n. 1, è possibile che insorga una specie di preclusione (estoppel) per la Comissione di multare in seguito detta impresa per il motivo che l'accordo cadeva in realtà sotto il divieto. Tale preclusione però non sussiste nella fattispecie, poiché nulla fa presumere che la Miller abbia fatto in qualche modo affidamento sulla comunicazione. Invero è difficile immaginare come avrebbe potuto farlo in buona fede. La comunicazione risulta redatta con riferimento agli accordi «orizzontali» tra produttori o distributori. Il suo testo non si adatta agevolmente all'ipotesi, come è la presente, di un produttore che impone la stessa restrizione a tutti i suoi clienti distributori. In un caso del genere, dove sono le «imprese partecipanti all'accordo» i cui fatturati «comprendenti l'insieme dei prodotti e dei servizi» (unitamente a quelli delle loro affiliate o società madri) vanno sommati per stabilire se superino il limite prescritto? Forse la risposta è la seguente: nella fattispecie si sarebbero dovuti sommare i fatturati della Miller, di tutti i suoi acquirenti e di tutte le loro rispettive affiliate o madri (inclusa la MCA Records Inc.). Sicuramente nessuno ci ha provato.

Devo forse ricordare, per amor di completezza, che la comunicazione è stata recentemente sostituita da un'altra analoga del 19 dicembre 1977 (GU n. C 313/3 del 29. 12. 1977). Le precedenti osservazioni varrebbero anche per l'ultima comunicazione, qualora essa fosse rilevante; penso però che essa non lo sia nel nostro caso, se non altro perché la legittimità di una decisione adottata dalla Commissione nel dicembre 1976 non può venir influenzata da un atto emanato dalla Commissione nel dicembre 1977 e, naturalmente, tenuto conto di quanto dispone l'art. 173 del Trattato, in questa parte della causa vi dovete occupare solo della legittimità della decisione della Commissione al momento della sua adozione.

Quello che posso forse chiamare l'argomento «de minimis» è stato trattato dalla Commissione nei nn. 12-15 della sua decisione in questi termini:

«12. Considerando che per definire l'importanza della restrizione di concorrenza in esame, la parte di Miller del mercato dei supporti musicali, non costituisce una base di giudizio sufficiente.

Considerando che, Miller produce soprattutto dischi, nastri e cassette di musica leggera; che, per le loro caratteristiche, musica leggera e musica classica non sono intercambiabili che in

1 — Leggasi «rilevanza» (N.d.T.).

minimo grado; che quindi i dischi, nastri e cassette di musica leggera costituiscono ancora un mercato distinto; che se si considera che in Germania circa il 90 % delle vendite sul mercato interno riguarda la musica leggera, la parte di mercato controllata da Miller, che sarebbe del 6,07 % per l'insieme dei supporti musicali, è del 6,7 % per il mercato della musica leggera.

13. Considerando che occorre tener conto del fatto che la produzione di Miller è costituita per la metà circa del repertorio per bambini e che su tale mercato ristretto Miller detiene nella Repubblica federale di Germania una posizione pilota.

14. Considerando che, sebbene circa la metà del catalogo dell'impresa consti di dischi per bambini in lingua tedesca e il resto sia rappresentato essenzialmente da rassegne di successi e da musica folcloristica tedesca, i clienti di Miller avrebbero potuto farle concorrenza esportando i prodotti di cui trattasi negli altri paesi della CEE, perché lo smercio di tali prodotti non è circoscritto per ragioni di lingua al territorio della Repubblica federale di Germania, come dimostra la partecipazione di Miller alle esportazioni tedesche di dischi con una quota pari nel 1975 al 3,25 %; che fra i paesi importatori vanno annoverati gli altri paesi della Comunità dato che in generale, in quelle popolazioni, quanto meno quelle residenti nelle zone confinanti con la Germania, si registra una comprensione sufficiente della lingua tedesca.

Considerando che ai fini dello smercio, negli altri paesi della Comunità, di supporti contenenti rassegne di successi e musiche folcloristiche (per esempio, canzoni in dialetto e ariette da carnevale) tedesche, la comprensione della lingua tedesca in tali paesi dovrebbe avere un'importanza decisamente limitata; che è inoltre possiblile che degli acquirenti negli altri paesi della Comunità abbiano interesse a reimportare in Germania i prodotti di Miller.

15. Considerando che risulta di conseguenza una sensibile restrizione del gioco della concorrenza.»

Le cifre del 6,07 % per la parte della Miller sul mercato tedesco per l'insieme delle registrazioni sonore e del 3,25 % per la parte delle esportazioni tedesche sono in effetti state indicate dalla stessa Miller alla Commissione durante il procedimento amministrativo, pur se, devo ammettere, con l'avvertimento, almeno per la prima cifra, che essa poteva essere superiore al valore reale della parte della Miller sul mercato in quanto si basava su statistiche pubblicate dal Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V. (Associazione di categoria delle case d'incisione) che non comprendevano la produzione di alcuni produttori abusivi (vedi allegato 1 c dell'atto introduttivo). In sede processuale la Commissione ha dimostrato che, tenendo conto della produzione non ufficialmente rilevata, la parte della Miller si poteva ancora con ragione presumere superiore al 5 % (vedere controricorso pag. 9).

Queste percentuali riguardano la quantità. Poiché la Miller produce per lo più a basso prezzo, la sua percentuale sulle vendite, in termini pecuniari, è evidentemente inferiore. La Commissione ha indicato una stima, accettabile, del 3,75 % (vedi controricorso pag. 8/9).

Queste cifre sono comunque molto diverse, ad esempio, dello 0,2 % e 0,5 % indicate nella causa *Völk/Vervaecke* (Racc. 1969, pag. 303). Non penso tuttavia che, nell'applicare il principio «de minimis», si debbano considerare solo le percentuali sulle vendite. Bisognerebbe tener conto pure della produzione e del fatturato in termini assoluti della o delle imprese interessate. In proposito sappiamo che nel 1975, la produzione della Miller è giunta quasi a 10 milioni di registrazioni ed il fatturato

ha superato i 34 milioni di DM. Non posso considerare queste cifre come trascurabili: l'art. 85, n. 1, non si applica solo ai giganti. Si deve pure tener conto dell'ampiezza della restrizione criticata: nel nostro caso è stata imposta a tutti i clienti della Miller, almeno sul mercato interno.

Nel corso della causa le parti hanno molto discusso sul senso — nella fattispecie — del termine «mercato in questione» sotto l'aspetto geografico, da un lato, e qualitativo dall'altro. Ad un certo punto il patrono della Miller è giunto a sostenere che il mercato in questione, geograficamente, era costituito dall' intera Comunità e ciò nonostante le sue asserzioni, in un contesto diverso, che nella Comunità non vi era un mercato sostanziale per i prodotti Miller fuori dalla Germania e dalle zone di altri Stati membri con essa confinanti ove si parla comunemente tedesco. La Miller ha pure sostenuto che il mercato delle registrazioni era indivisibile. Si è affermato che la Commissione ha commesso un errore nell'esaminare la pratica partendo dal presupposto che esistevano mercati separati per le registrazioni di musica leggera e di musica classica o mercati separati per le registrazioni per l'infanzia e le registrazioni per adulti o mercati separati per registrazioni a buon mercato e quelle a prezzo elevato. Nella presente situazione non mi pare necessario esprimere un parere in merito. Osservo però che la Commissione non ha fondato la sua decisione sull'esistenza di un mercato specifico per le registrazioni a basso prezzo, benché avesse sollevato il problema nel corso del procedimento amministrativo e in questa sede abbia mostrato per esso un nuovo interesse.

Nella replica la Miller ha sostenuto che l'inattendibilità delle statistiche disponibili e le altre difficoltà che si frapponevano all'accertamento dei fatti relativi alle vendite erano tali che era impossibile stabilire esattamente quale fosse in realtà la parte di mercato in questione da essa detenuta e che quindi la Commissione era nell'impossibilità di fornire la prova che detta parte fosse rilevante. Questo assunto mi pare sovverta il diritto. In un caso in cui, a giudicare dall'accordo in questione, vi è violazione dell'art. 85, n. 1, non si può escludere cionondimeno l'applicazione dello stesso articolo a meno che i fatti da stabilire siano tali da consentire alla Commissione di provare che il principio «de minimis» non è pertinente.

Passo ora alle domande presentate in subordine dalla Miller e relative alla riduzione dell'ammenda ed alla concessione del pagamento a rate. Queste domande si basano su quattro elementi:

1) un presunto errore della Commissione, che ha ritenuto che la Miller abbia violato intenzionalmente l'art. 85, n. 1;
2) l'irrilevanza della violazione di detto articolo commessa dalla Miller;
3) la posizione finanziaria della Miller e, in particolare, il suo basso margine di utile e la sua indisponibilità di liquido (imputabile, a detta della Miller, a forti stanziamenti per investimento); e
4) il fatto che le nuove condizioni generali di vendita adottate dalla Miller nel 1974 erano state elaborate da un avvocato di Amburgo, il sig. Kirchner.

Quanto al primo di questi argomenti, gli addebiti della Commissione erano in realtà stati formulati come segue (n. 21 della decisione):

«Considerando che Miller ha violato intenzionalmente le disposizioni dell'art. 85, paragrafo 1; che essa ha consapevolmente voluto che il divieto di esportazioni imposto ai propri acquirenti impedisse loro di esercitare, con i prodotti oggetto dell'accordo, una concorrenza negli altri Stati della Comunità; che l'impresa sapeva che il divieto di esportare violava il diritto della Comunità, o quanto meno non si è fatta scrupolo di possibili dubbi in proposito.»

L'addebito che la Miller aveva quantomeno deliberatamente ignorato i dubbi eventuali circa gli effetti dell'art. 85, n. 1 si fondava sul contenuto della clausola n. 9 dell'accordo tra la Miller e la Delta BV e, più specialmente, sull'ammissione da parte di uno dei direttori della Miller, durante il procedimento amministrativo, che essi sapevano che il diritto comunitario vietava, quanto meno, le proibizioni assolute di esportare (vedi allegato 1 all'atto introduttivo). Data la situazione, mi pare che questo addebito sia giustificato. È interessante osservare che la Miller, pur se nelle sue argomentazioni ha indicato numerose prove su vari altri punti, su questo punto specifico non ne ha indicata alcuna.

Se si può muovere una critica al n. 21 della decisione della Commissione, questa è che la Commissione nel prosieguo di questo punto, si è espressa in termini che fanno pensare che gli operatori economici nella Comunità dovrebbero conoscere tutte le decisioni della Commissione in materia di concorrenza, anche quelle individuali. Penso che gli operatori nella Comunità dovrebbero presumersi a conoscenza del diritto sancito dai trattati, dai regolamenti che ne scaturiscono e forse dalle sentenze di questa Corte. Ma è troppo pretendere che essi si tengano al corrente di tutte le decisioni della Commissione nei casi singoli. Queste decisioni non sono costitutive di diritto. Il neo nell'iter logico della Commissione, comunque, non mi pare possa inficiare la validità dell'addebito della Commissione quanto all'atteggiamento della Miller. Per di più, come mostrerò, la Commissione ha stabilito in realtà l'entità dell'ammenda inflitta alla Miller considerando l'infrazione come dovuta a negligenza anziché a dolo.

Veniamo alla questione dell'irrilevanza: quanto ad essa credo si debba tener presente il tenore dell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17 (GU n. L 204 del 21. 2. 1962), che, per quanto ci riguarda, recita:

«2. La Commissione può ... infliggere alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende che variano da un minimo di mille unità di conto ad un massimo di un milione, con facoltà di aumentare quest'ultimo importo fino al 10 per cento del volume d'affari realizzato durante l'esercizio sociale precedente da ciascuna delle imprese che hanno partecipato all'infrazione, quando intenzionalmente o per negligenza:

a) commettano una infrazione alle disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1 ... del Trattato.»

Quindi il potere discrezionale della Commissione circa l'entità dell'ammenda può ritenersi variare nella fascia che va da 0 a 10 % del fatturato dell'impresa interessata. Nel dire ciò non dimentico le parole, di cui all'art. 15, n. 2, «da un minimo di 1 000 u.c. ad un massimo di 1 000 000 di u.c.», però il Consiglio non può aver inteso dire con questa espressione, che un'impresa con un fatturato inferiore ai 10 000 000 di u.c. può essere proporzionalmente multata più pesantemente di una con un giro d'affari superiore ai 10 000 000 di u.c. Il limite minimo va inteso, credo, nel senso che qualora l'ammenda adeguata sia di importo inferiore, non si dovrebbe infliggere alcuna ammenda.

Di conseguenza, un'ammenda pari al 10 % del fatturato può considerarsi adeguata in caso di violazione intenzionale della massima gravità e di notevole durata. All'altro estremo della gamma, una multa inferiore all'1 % è giusta per violazioni puramente colpose, di pochissima gravità e di breve durata, nei casi in cui, tuttavia, la situazione imponga di infliggere un'ammenda.

Nel nostro caso, come ha calcolato la stessa Miller, l'importo dell'ammenda corrispondeva allo 0,73 % del suo fatturato. A norma dell'art. 17, del regolamento n. 17, la Corte ha, naturalmente, giurisdizione anche di merito per modifi-

care le decisioni con cui la Commissione infligge le ammende. Mi pare però che, qualora la Commissione abbia inflitto il minimo dell'ammenda, sarebbe poco rispettoso nei confronti dell'esercizio del potere discrezionale da parte della Commissione se la Corte riducesse ulteriormente l'ammenda per il solo fatto che l'infrazione era minima.

In considerazione di un ulteriore argomento svolto in subordine dalla Miller, ritengo opportuno rilevare che la Commissione (al n. 22 b della sua decisione) ha espressamente dichiarato che, tra i fattori di cui ha tenuto conto nel determinare l'entità dell'ammenda vi era il fatto che la «Miller ha saputo di alcuni casi di esportazioni in altri paesi della CEE, senza peraltro adottare delle sanzioni in tali occasioni».

Quanto alla situazione finanziaria della Miller, la Corte (valendosi delle facoltà conferitele dall'art. 45, n. 2 b del regolamento di procedura) ha chiesto alla Miller di produrre il proprio bilancio per gli anni 1974/76, particolarmente per stabilire quali fossero i suoi margini di utile e le sue disponibilità di liquido. La Miller ha chiesto di esser dispensata da simile produzione, giacché intendeva tener segreti questi dati. La Corte non ha insistito, però, come si è capito dalla risposta data dal suo patrono ad una domanda rivoltagli da un membro della Corte durante l'udienza, la Miller si rendeva conto che, col suo comportamento rinunziava alla possibilità che la Corte, alla luce di questi dati, mitigasse l'ammenda. Salvo alcune dichiarazioni in termini generici fatte dalla Miller, la Corte non dispone di alcun elemento in proposito.

Il fatto che la nuova versione delle condizioni di vendita della Miller fosse opera di un avvocato non era stato menzionato alla Commissione durante il procedimento amministrativo, né se ne fa cenno nell'atto introduttivo. Solo nella replica se ne parla, con la giustificazione che la documentazione relativa era fino ad allora stata dimenticata in archivio. Vi dirò che questo è l'aspetto della causa che più mi ha dato da pensare. Non dubito che il fatto che un profano abbia seguito il parere di un legale, benché non sia in genere una valida eccezione né in un'azione civile né in un'azione penale, qualora non sussista malafede, deve costituire una buona attenuante se si tratta di infliggere un'ammenda anche se dichiaratamente non di carattere penale (art. 15, n. 4, regolamento n. 17).

La Commissione si fonda anzitutto sull'art. 42, n. 2 del regolamento di procedura della Corte che recita:

«È vietata la deduzione di mezzi nuovi in corso di causa, a meno che essi si basino su elementi di diritto e di fatto emersi durante la fase scritta.»

Mi pare che la Commissione tenda ad un'interpretazione oltremodo rigida di questa norma. Se sono esatte le delucidazioni della Miller, i «mezzi nuovi» dedotti nella fattispecie consistono in una circostanza di fatto emersa nel corso della fase scritta, anche se forse priva di relazioni con quanto già dedotto. Per di più l'art. 42, n. 2 va interpretato unitamente all'art. 42, n. 1 che recita:

«Le parti possono, anche nella replica e controreplica, proporre nuovi mezzi di prova a sostegno delle loro argomentazioni dei mezzi suddetti.»

È plausibile la tesi che l'unico «mezzo» nel nostro caso riguarda la gravità della violazione commessa dalla Miller e che quel che essa cerca di fare è fornire ulteriori prove a sostegno del suo punto di vista.

In ogni caso sarei restio ad escludere quanto possa contribuire a mitigare un'ammenda, solo per motivi procedurali così lievi.

Né più persuasiva mi sembra l'obiezione formulata dalla Commissione, secondo cui questo nuovo argomento contraddice quelli esposti in precedenza dalla

Miller la quale ha sostenuto che, se aveva trasgredito il diritto comunitario, lo aveva fatto nell'ignoranza della legge e perché non disponeva di un ufficio legale che la mettesse in guardia contro possibili inosservanze. Se la Commissione aveva ragione nel sostenere che in realtà, la Miller ha deliberatamente ignorato la piena efficacia del diritto comunitario, questo tipo di argomento è manifestamente irrilevante.

Sono invece colpito dall'esame condotto dalla Commissione circa il modo in cui la Miller ha ricevuto dall'avv. Kirchner la bozza della nuova versione delle condizioni di vendita.

Le prove allegate alla replica della Miller cominciano con una lettera della Miller all'avv. Kirchner, in data 25 settembre 1973, firmata per la ditta da un certo Müller. Nella lettera si ricorda che in varie occasioni, nel corso di litigi in cui il Kirchner aveva rappresentato la Miller, egli aveva criticato la redazione delle condizioni di vendita della Miller, quindi gli si chiedeva ora di rielaborarle (allegato 14 alla replica). Segue una lettera del Kirchner alla Miller, il 14 novembre 1973, cui è allegata la bozza, nella quale la clausola IX aveva una redazione ancor più restrittiva di quella poi adottata definitivamente (allegati 15 e 16 alla replica). Dal tono della lettera si comprende che il Kirchner era soprattutto preoccupato di tutelare la Miller contro i clienti inadempienti. V'è un'ultima lettera di sollecito, del 22 novembre 1973, del Kirchner alla Miller, cui è allegata la parcella, e nella quale egli commenta pure una legge tedesca del 17 luglio 1973, che poneva in vigore in Germania la legge uniforme sulla vendita internazionale di merci. Il Kirchner osserva che le disposizioni di questa legge devono espressamente venir dichiarate inapplicabili per iscritto se si vogliono far prevalere le condizioni di vendita della Miller (allegato 17 alla replica). Mai nella corrispondenza si parla di diritto comunitario. Tuttavia, nel contempo, la Miller trattava l'accordo con la Delta BV, poi stipulato il 15 novembre 1973, e circa il quale la Miller ha ammesso di essere stata al corrente che il diritto comunitario non era indifferente di fronte a clausole come quella n. IX.

Nella replica, la Miller ha citato come testimoni il Müller e lo stesso Kirchner. La Corte ha ritenuto opportuno sentire le parti prima di decidere sull'escussione dei due testi. La Commissione sostiene che la Corte non sarebbe in grado, sulla scorta della sua scarsa conoscenza dei fatti connessi con l'elaborazione delle nuove condizioni di vendita da parte del Kirchner, di ridurre l'ammenda. Sono d'accordo. Non sappiamo per quali motivi il Kirchner abbia negletto il diritto comunitario o la Miller non gli abbia chiesto d'informarsene, o perché la clausola n. IX redatta dal Kirchner sia stata modificata.

Penso quindi che abbiate due possibilità: una è di disporre un'istruttoria, a norma dell'art. 45 del regolamento di procedura, su questi punti. L'altra è la rimessione della pratica alla Commissione affinché riesamini l'importo dell'ammenda alla luce di quanto la Miller ha ora prodotto. Un precedente di rimessione è dato dalla causa 17/74 *Transocean Marine Paint Association/Commissione* (Racc. 1974, pag. 1063), pur se ora la competenza della Corte per disporla si deve fondare non già sull'art. 176 del Trattato, ma sul combinato disposto dell'art. 172 e dell'art. 17 del regolamento n. 17. Penso che quest'ultima sia la buona soluzione, giacché così si rispetterebbe il principio secondo cui l'accertamento dei fatti rilevanti per l'entità di un'ammenda da irrogarsi a norma del regolamento n. 17 e la decisione sull'ammontare dell'ammenda stessa sono, in primo luogo, di competenza della Commissione.

Non penso però che alcuna parte delle spese debba venir accollata alla Commissione, giacché essa, a mio avviso, non si è comportata in modo biasimevole sotto alcun aspetto.

In definitiva, ritengo che dovreste:

1) Annullare l'ammenda inflitta con l'art. 2 della decisione e rinviare la pratica alla Commissione perché stabilisca, alla luce dei nuovi elementi forniti dalla Miller, quale debba essere l'importo dell'ammenda; e

2) Porre le spese processuali a carico della Miller.