CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PIETER VERLOREN VAN THEMAAT del 19 giugno 1985 *

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Premessa

1.1. *Le questioni proposte dal Bundesgerichtshof*

Nell'ambito di una controversia relativa al pagamento di compensi arretrati per una licenza, una concessionaria (franchisee) tedesca deduceva con successo in sede d'appello, contro la concedente (franchisor) francese, la nullità, con riguardo al diritto comunitario della concorrenza, del contratto di franchising che la legava ad essa. Secondo il giudice d'appello, l'art. 85 del trattato CEE vieta i contratti di franchising come quello controverso poiché comportano restrizioni della concorrenza che non sono sottratte, in base all'art. 85, n. 3, del trattato CEE ed al regolamento n. 67/67/CEE, del 22 marzo 1967, (GU 1967, L 57, pag. 849), al divieto stabilito nel n. 1 dello stesso art. 85.

La concedente impugnava la sentenza del giudice d'appello dinanzi al Bundesgerichtshof, il quale, considerando che detta sentenza sollevava talune questioni relative al diritto comunitario, proponeva alla Corte di giustizia una domanda di pronunzia pregiudiziale con ordinanza 15 maggio 1984.

Come emerge dalla dottrina, i sistemi di distribuzione basati su contratti di franchising hanno, in generale, cominciato a prendere piede nei vari Stati membri solo dopo il 1970. Essi si sono però sviluppati molto rapidamente ed attualmente occupano un posto importante accanto ad altri sistemi di distribuzione. Pertanto, anche qualora la Corte limitasse la soluzione della questione sottopostale ai contratti di franchising aventi le caratteristiche di quelli controversi, la sua pronunzia potrà, indirettamente, avere importanza per la validità di decine di migliaia di contratti. L'importanza della soluzione che fornirete al giudice nazionale è accresciuta dal fatto che la Commissione, come risulta dalle osservazioni scritte e orali che essa ha presentato nell'ambito del presente procedimento, non ha ancora definito una chiara politica in materia.

Le questioni del Bundesfinanzhof sono formulate come segue:

1) Se l'art. 85, n. 1 del trattato CEE sia applicabile ai contratti di franchising come quelli stipulati tra le parti della causa, che vertono sulla messa in atto di un sistema di distribuzione particolare, nel cui ambito il concedente cede al concessionario, oltre alle merci, anche il nome commerciale, il marchio, attrezzature per l'esposizione della merce ed altri servizi.

2) Qualora la questione sub 1) venga risolta affermativamente: se il regolamento n. 67/67/CEE della Commissione, del 22 marzo 1967, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del trattato a talune categorie di accordi di distribuzione esclusiva (regolamento relativo all'esenzione per categorie) si applichi a siffatti contratti.

* Traduzione dall'olandese.

3) Qualora la questione sub 2) venga risolta affermativamente:

a) Se il regolamento relativo all'esenzione per categorie vada applicato anche qualora una delle parti contraenti sia costituita da più imprese giuridicamente autonome, ma economicamente interdipendenti, e che sotto il profilo contrattuale costituiscono un'unica entità economica.

b) Se il regolamento relativo all'esenzione per categorie, in particolare nell'art. 2, n. 2, lett. c), si riferisca all'obbligo del concessionario di far pubblicità solo previo accordo del concedente e solo in modo consono alla sua pubblicità e impiegando materiale pubblicitario messo a disposizione da quest'ultimo e, in generale, di applicare i metodi commerciali dello stesso. Se a questo proposito sia rilevante il fatto che il materiale pubblicitario del concedente contenga i suoi prezzi indicativi non vincolanti.

c) Se il regolamento relativo all'esenzione per categorie, in particolare negli artt. 1, n. 1, lett. b), 2, n. 1, lett. a) e 2, n. 2, lett. b), si riferisca all'obbligo del concessionario di vendere le merci oggetto del contratto esclusivamente o almeno prevalentemente in un locale determinato, specificamente allestito a questo scopo.

d) Se il regolamento relativo all'esenzione per categorie, in particolare nell'art. 1, n. 1, lett. b), si riferisca all'obbligo del concessionario — sostanzialmente vincolato a rifornirsi solo presso il concedente — di acquistare la parte « libera » della merce oggetto del contratto unicamente presso fornitori approvati dal concedente.

e) Se il regolamento relativo all'esenzione per categorie consenta l'obbligo del concedente di appoggiare il concessionario sotto il profilo commerciale, pubblicitario e professionale.

1.2. *Le principali clausole dei contratti stipulati nella fattispecie dalla concessionaria*

Dai tre contratti stipulati tra le parti nella causa principale e prodotti dopo l'udienza su invito della Corte emerge che la concedente si impegna:

— a non concedere a terzi nelle zone contrattuali (Amburgo, Oldenburg e Hannover) il diritto di usare il marchio Pronuptia de Paris (art. 1, n. 1);

— a non aprire altri negozi Pronuptia nella zona contrattuale (art. 1, n. 2);

— a non fornire a terzi merci o servizi nella zona suddetta (art. 1, n. 2);

— a prestare assistenza alla concessionaria per quanto riguarda gli aspetti commerciali e pubblicitari della sua attività, l'allestimento e la decorazione del negozio, l'addestramento del personale, le tecniche di vendita, la moda e i prodotti, il marketing e, in generale, ad aiutare la concessionaria ad aumentare il fatturato e la redditività del suo esercizio commerciale (art. 3, n. 1).

La concessionaria (che, in base all'art. 3, n. 5, resta proprietaria esclusiva del negozio, si assume per intero le alee a questo connesse e trattiene, del pari per intero, tutti gli utili) è, fra l'altro tenuta:

— a vendere le merci oggetto del contratto usando il nome commerciale e il marchio Pronuptia de Paris esclusivamente nel negozio menzionato nell'art. 1, che

dev'essere allestito principalmente per la vendita di articoli di moda nuziale e in modo consono all'immagine della Pronuptia de Paris (artt. 3, n. 3, e 4, n. 1);

— ad acquistare dalla concedente l'80% degli abiti da sposa e accessori nonché una percentuale di abiti da cocktail e da ricevimento da stabilirsi dalla stessa concedente (art. 3, n. 6);

— ad acquistare la restante quota di abiti da sposa e accessori e di abiti da cocktail e da ricevimento esclusivamente presso fornitori approvati dalla concedente (art. 3, n. 6);

— a pagare alla concedente, per la durata del contratto, un compenso per la licenza pari al 10% del suo fatturato complessivo, compreso il fatturato relativo a prodotti diversi degli articoli Pronuptia (art. 5, n. 1);

— ad astenersi, per tutta la durata del contratto e nell'anno successivo alla scadenza di questo, da qualsiasi atto concorrenziale nei confronti di negozi Pronuptia e, in particolare, dalla vendita specializzata di abiti da sposa e accessori nella Repubblica federale di Germania, in Berlino-ovest e in qualsiasi zona in cui la Pronuptia sia già rappresentata (artt. 6, n. 6, e 9);

— a prefiggersi come scopo principale la vendita delle merci oggetto del contratto (art. 6, n. 6);

— a svolgere la sua attività commerciale in un locale sito in un luogo ben determinato e ad allestire detto locale principalmente per la vendita di articoli di moda nuziale, in modo consono all'immagine della Pronuptia de Paris e secondo le indicazioni della stessa (artt. 1, n. 3, 3, n. 3, e 4, n. 1);

— a svolgere la sua attività commerciale, e in particolare a vendere le merci oggetto del contratto, usando il marchio e il nome commerciale Pronuptia de Paris esclusivamente nel suddetto negozio (art. 3, n. 3, e 4, n. 1);

— ad usare nella pubblicità il marchio Pronuptia de Paris solo col previo consenso della concedente ed a conformare la sua pubblicità a quella della Pronuptia usando il materiale pubblicitario messo a sua disposizione dalla Pronuptia e contenente prezzi indicativi (artt. 1, n. 1, e 6, n. 1);

— a fare pubblicità, a distribuire col massimo impegno il materiale pubblicitario e, in generale, ad applicare i metodi commerciali della concedente (art. 6, n. 5);

— a rispettare scrupolosamente tutti i diritti di proprietà industriale o commerciale della Pronuptia e informare immediatamente la Pronuptia di qualsiasi violazione dei suoi diritti da parte di terzi di cui venga a conoscenza (art. 14).

In base all'art. 6, n. 1, la Pronuptia comunica alla concessionaria prezzi indicativi adeguati e (salva restando la libertà della concessionaria di fissare i prezzi) entrambe le parti considerano detti prezzi indicativi come direttive per la rivendita.

1.3. *Programma delle presenti conclusioni*

Come ho rilevato, la vostra pronuncia potrà avere ripercussioni sulla validità giuridica di altri contratti di franchising e sulla politica che la Commissione dovrà seguire in materia. Pertanto, nella seconda parte delle presenti conclusioni esporrò innanzitutto talune considerazioni di carattere generale su questo sistema di distribuzione relativamente nuovo nella Comunità. In particolare, mi propongo di accertare in quale misura esista già nel diritto positivo, nella giurisprudenza e nella dottrina, e in ispecie anche nell'am-

bito delle organizzazioni di categoria interessate, per quanto riguarda il contenuto e la natura giuridica dei contratti di franchising in materia di distribuzione, un sufficiente grado di certezza che vi consenta di emettere una pronuncia di portata più generale. I termini in cui sono formulate le questioni del Bundesgerichtshof non dovrebbero, secondo me, impedirvelo. Essi ostano soltanto a che vi pronunziate anche con riferimento ai contratti di franchising praticati già da epoca più remota nella Comunità (ad esempio, nel settore alberghiero, della ristorazione e dei pubblici esercizi) in fatto di prestazione di servizi o di produzione.

Nella terza parte delle mie conclusioni indagherò sui punti in comune e sulle differenze esistenti tra i contratti di franchising in generale — e i contratti di franchising come quelli di cui alla fattispecie in particolare — ed altri sistemi di distribuzione già familiari alla pratica giuridica comunitaria e in ispecie alla Corte, come i contratti di rappresentanza di commercio, i contratti di esclusiva di vendita o di acquisto, i sistemi di distribuzione selettiva e i « contrats de brasserie », nonché i contratti di licenza. Vedrò poi quali insegnamenti possono trarsi per la causa presente dalla vostra giurisprudenza in materia.

Nella quarta parte, infine, esporrò la soluzione che, a mio avviso, dev'essere fornita al giudice nazionale.

2. Osservazioni di carattere generale sui contratti di franchising in materia di distribuzione di merci

2.1. *Lo sviluppo del franchising come nuovo sistema di distribuzione*

Dalle pubblicazioni già relativamente copiose in materia risulta che il franchising, basato sull'esperienza americana di data più antica, ha iniziato a diffondersi nella CEE come nuovo sistema di distribuzione solo dopo il 1970. Da allora esso si è però sviluppato con estrema rapidità. Così, nel 1969 esistevano nella Repubblica federale di Germania solo pochi sistemi di franchising nel settore della distribuzione. Nel 1978 il numero complessivo di sistemi di franchising (incluse le organizzazioni di prestazione di servizi), era già salito ad 85 (con 11 000 concessionari), per aumentare, nel maggio 1982, a 200, con 120 000 concessionari e con un fatturato complessivo di 100 miliardi di DM, di cui da 65 a 75 miliardi nel settore del commercio al minuto. In Francia (dove il franchising ha del pari cominciato a prendere piede solo dopo il 1970) i sistemi di distribuzione di questo tipo ammontavano ad oltre 300 nel 1981 ed a 500 nel 1985, con 25 000 negozi interessati e con l'8% del fatturato complessivo del commercio al minuto. Nei Paesi Bassi esistevano, nel 1983, 280 sistemi di franchising. In altri Stati membri il franchising ha avuto un andamento analogo a partire dal 1970.

2.2. *Caratteristiche del franchising secondo la dottrina*

Dalle pubblicazioni dottrinali emerge inoltre — e la Commissione lo ha confermato all'udienza — che in nessun Stato membro esistono norme giuridiche riguardanti specificamente i contratti di franchising. Per di più, né nella giurisprudenza che già esiste in materia né nella dottrina può rinvenirsi una precisa definizione dei contratti di franchising in generale o di quelli relativi alla distribuzione delle merci in particolare. Tuttavia, in tutti gli Stati membri considerati gli elementi principali dei sistemi di franchising in fatto di distribuzione risultano essere i seguenti: 1) i concessionari, pur restando indipendenti ed assumendosi il rischio commerciale, sono integrati in notevole misura nella rete distributiva del concedente; 2) la strategia commerciale è basata su di un effetto di catena, realizzato attraverso la concessione, dietro compenso, di una ragione sociale, di un marchio commerciale, di un segno o di

un simbolo e spesso attraverso l'allestimento uniforme dei negozi; 3) il concessionario gode di diritti di esclusiva in una determinata zona e per determinate merci, e il concedente di diritti di esclusiva più o meno ampi relativamente alla fornitura o alla scelta delle merci che il concessionario deve vendere. La dottrina sembra ritenere unanimamente che la nozione europea di « contratto di franchising » debba essere intesa in senso molto più ristretto della nozione originaria americana, che ricomprendeva una varietà molto maggiore di sistemi di distribuzione. Tuttavia, come dirò oltre, anche nella recente dottrina americana viene attribuito a detta nozione un significato più limitato.

In un recente articolo nel « Bijblad Industriële Eigendom » (1984, n. 10, pag. 251 e seguenti) E. M. Kneppers-Heynert ha condensato i risultati di una sua indagine di diritto comparato nella seguente definizione che mi sembra abbastanza rappresentativa:

« Il franchising è una forma di collaborazione commerciale tra imprenditori indipendenti, disciplinata mediante contratto, nell'ambito della quale una parte, il concedente, o franchisor, concede ad una o a più altre parti, concessionari, o franchisees, il diritto di usare il suo nome commerciale e/o il suo marchio, ed eventualmente altri segni distintivi nella vendita di merci o nella prestazione di servizi, che vengono effettuate in base ad un concetto (o sistema, o formula) esclusivo di marketing elaborato dal concedente e per il quale questo riceve un compenso; il concedente controlla l'uso dei diritti da parte del concessionario per garantire la presentazione uniforme al pubblico e la qualità costante delle merci e/o della prestazione di servizi. »

Nel codice europeo di deontologia del franchising, redatto dalla Federazione europea del franchising e dalle otto associazioni nazionali che ne fanno parte (di cui 6 della CEE) e prodotto all'udienza, sono menzionate, fra l'altro, le seguenti sei caratteristiche del contratto di franchising:

« 1) La proprietà di una ragione sociale, un marchio commerciale, logotipo o segno distintivo di una attività commerciale o di un servizio, ed un know-how (insieme delle tecniche e delle conoscenze necessarie), che vengono messe a disposizione della o delle imprese franchisees. La disponibilità di una serie di prodotti e/o servizi presentati con una formula riconoscibile ed originale, che devono essere adottati ed utilizzati dal franchisee, essendo tale formula basata su un insieme di specifiche tecniche commerciali preventivamente sperimentate, che vengono continuamente perfezionate e controllate con riguardo alla loro validità ed efficacia.

2) In ogni accordo di franchising, è implicito che ci sarà da parte del franchisee il pagamento al franchisor sotto una qualsivoglia forma di un corrispettivo per il servizio fornito da questo, il quale concede il proprio marchio, formula, tecnica e know-how.

3) Il franchising è pertanto qualcosa di più di un contratto di vendita, di una concessione o di un contratto di licenza, in quanto entrambe le parti sottoscrivono impegni importanti nei propri confronti, in aggiunta ed al di sopra di quelli stabiliti da un rapporto commerciale di tipo convenzionale.

4) Il franchisor garantirà la validità dei suoi diritti sul marchio, segni distintivi, slogans, ecc. e concederà alle imprese franchisees l'uso incondizionato di quei

simboli che avrà messo a loro disposizione.

5) Il franchisor selezionerà ed accetterà solo i candidati in possesso dei requisiti richiesti dal programma di franchise. Ogni eventuale discriminazione basata su tendenze politiche, sulla razza, lingua, religione, o sesso, dovrà essere eliminata dai requisiti.

6) Il contratto di franchise specificherà in particolare i punti seguenti essendo sottinteso che le disposizioni dovranno rispettare le vigenti leggi nazionali e/o comunitarie:

— i modi e le condizioni di pagamento di commissioni e/o royalties;

— la durata del contratto e le condizioni per il suo rinnovo, epoca e durata del preavviso;

— i diritti del franchisor prima della cessione, da parte del franchisee, della propria attività;

— la definizione delle " esclusive territoriali aperte " concesse al franchisee ivi comprese le eventuali opzioni se accordate su territori limitrofi;

— le condizioni sulla destinazione dei beni oggetto della franchise, in caso di cessazione del contratto;

— gli accordi di distribuzione relativi al rifornimento delle merci, ivi compresa la responsabilità del trasporto e costi relativi;

— le condizioni di pagamento;

— i servizi forniti dal franchisor: assistenza marketing, promozione e pubblicità — tecnologia e know-how — consulenza gestione amministrativa e commerciale — consulenza finanziaria e fiscale — condizioni per la fornitura di questi servizi e relativi costi — addestramento;

— gli obblighi del franchisee: fornire statistiche contabili ed operative, ricevere adeguato addestramento ed accettare le procedure di controllo ».

Per quanto riguarda l'addestramento e l'assistenza, il codice di deontologia contiene ancora un gran numero di disposizioni particolari, delle quali però solo le seguenti mi sembrano rilevanti per la valutazione, con riguardo all'art. 85 del trattato CEE, di un contratto di franchising del tipo contemplato da detto codice:

« — Il franchisor assisterà il franchisee fornendogli una guida costante circa i costi operativi ed i margini che dovrà realizzare in ogni momento della sua attività.

(...)

— Ogni eventuale patto di non concorrenza applicabile dopo la violazione o cessazione del contratto, dovrà essere indicato e definito nel contratto in termini precisi con riguardo alla durata ed ai limiti territoriali ».

2.3. *Giurisprudenza*

Soltanto in Francia le definizioni stabilite dalle organizzazioni di categoria sono state in maggiore o minore misura adottate dalla giurisprudenza: si vedano tribunal de grande instance di Bressuire, 19 giugno 1973 (SVPNAS/Billy); tribunal correctionnel di Parigi, 4 marzo 1974 (Maje Distribution); cour d'appel di Parigi (quinta sezione), 28 aprile 1978 (Morvan/Intercontinents); cour d'appel di Parigi, 10 maggio 1978 (Télélfleurs/Interflora, *Cahier de droit de l'entreprise*, giugno 1978); cour d'appel di Douai, 22 aprile 1982, *Gazette du Palais*

1982, « doctrine », pag. 565); cour d'appel di Colmar (prima sezione civile), 9 giugno 1982 (Felicitas/Georges, Dalloz 1982, Racc. pag. 553). Tratto caratteristico di questa giurisprudenza è che i diritti di esclusiva non sono sempre considerati essenziali (cour d'appel di Colmar e cour d'appel di Douai), mentre lo sono la messa a disposizione del nome commerciale, di segni o di simboli e l'applicazione di metodi di vendita uniformi. Inoltre, data la mancanza di una definizione legale, i contratti di franchising sono sempre valutati, in concreto, esclusivamente in base alle loro clausole.

Nell'ambito della Comunità ho potuto rinvenire una pronunzia giudiziaria sugli aspetti dei contratti di franchising rilevanti sotto il profilo del diritto delle intese solo in una sentenza 23 marzo 1982 del Bundesgerichtshof (Meierei-Zentrale, Wirtschaft und Wettbewerb 1982, pag. 781). Nella suddetta sentenza, il divieto di imporre verticalmente prezzi, sancito dall'art. 15 della legge tedesca sulle intese (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) è stato considerato valevole per un contratto di franchising in cui erano fissati prezzi di rivendita. Tuttavia, nella relazione « *Full-Line Forcing & Tie-In-Sales* » del 1981 la « Monopolies and Mergers Commission » britannica ha ritenuto che anche degli obblighi di esclusiva di acquisto fossero rilevanti, a seconda dei casi, dal punto di vista del diritto delle intese.

Negli Stati Uniti la nozione di contratto di franchising era inizialmente intesa, come ho già detto, in un senso molto ampio. Secondo la più recente concezione restrittiva (che è soprattutto servita di modello per il sistema sviluppatosi in Europa), il franchising consiste invece nella concessione, da parte del titolare, di un marchio commerciale o di un nome commerciale, attraverso la quale viene consentito ad un'altra persona di vendere merci o di prestare servizi con detto marchio o con detto nome commerciale (*Black's Law Dictionary*, 5a edizione, 1979, e von Kalinowski, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, vol. 2, § 6H.01/suppl. 1981).

Come nel Regno Unito, gli obblighi di esclusiva di acquisto contemplati da contratti di franchising non vengono considerati senz'altro, negli Stati Uniti, « tying-arrangements » vietati dal diritto delle intese. Possono però esserlo in talune situazioni di mercato. Sin dalla sentenza Sylvania del 1977 la « rule of reason » è applicata alle clausole di restrizione territoriale verticale per accertare se esisteva una restrizione (specie orizzontale) della concorrenza. Le clausole relative ai prezzi di rivendita del concessionario sono considerate vietate in sé e per sé qualora risulti che non si tratta semplicemente di prezzi raccomandati, ma che il concedente tenta di costringere in un modo o nell'altro il concessionario ad applicare i suoi suggerimenti o le sue raccomandazioni. Nella sentenza Sylvania delle restrizioni territoriali, e in particolare delle restrizioni relative ai locali di vendita, come quelle di cui trattasi nella causa Pronuptia, sono state anch'esse assoggettate all'applicazione della « rule of reason » nonostante le restrizioni della concorrenza che esse implicavano tra i rivenditori della Sylvania. Le restrizioni « verticali » della concorrenza, come quelle di cui si tratta nella causa Sylvania, sono state ritenute utili per la concorrenza *tra* marchi malgrado le concomitanti restrizioni della concorrenza *nell'ambito* del marchio. Siffatte restrizioni verticali della concorrenza potrebbero essere considerate ricadere sotto il divieto generale sancito dalla normativa americana sulle intese soltanto in determinati casi, in ragione dei loro effetti economici reali. Tenuto conto anche della successiva pratica giuridica americana, l'esistenza o l'assenza di una concorrenza effettiva con altre merci sul mercato dei prodotti considerati sembra avere, a questo proposito, importanza determinante. Per quanto riguarda detta pratica giuridica americana, rilevo subito che il problema dei

mercati nazionali distinti, con prezzi di regola molto divergenti tra loro, proprio della CEE, non esiste negli Stati Uniti. Laggiù il mercato unico interno è ormai da molto tempo una realtà e quindi non esiste il problema degli ostacoli per le importazioni parallele.

2.4. *Osservazioni conclusive*

Tenuto conto della dottrina e della giurisprudenza nella Comunità, del punto di vista della Federazione europea del franchising e della più recente definizione americana dei contratti di franchising come quelli di cui trattasi in questa sede, ritengo che, oltre alla natura autonoma delle imprese interessate, l'esistenza di una licenza per l'uso di una ragione sociale, di un nome commerciale, di emblemi o altri simboli e di un patrimonio di cognizioni e di tecniche (know-how) in senso lato, accompagnata da un modo di presentazione uniforme, avente come contropartita caratteristica un compenso versato dal concessionario per le licenze concessegli, costituisca l'elemento decisivo del contratto di franchising in fatto di distribuzione di merci. Per la valutazione con riguardo al diritto delle intese, sono rilevanti nella giurisprudenza americana soprattutto la posizione delle imprese interessate sul mercato e la distinzione fra il rapporto verticale tra il concedente e il concessionario e il rapporto orizzontale tra ciascun concessionario e i suoi concorrenti. In particolare, l'esistenza o l'assenza di concorrenza tra marchi sembra essere considerata più importante (salvo che in situazioni particolari di mercato) della concorrenza nell'ambito dello stesso marchio per la conservazione di un'effettiva concorrenza. Tanto negli Stati Uniti quanto nella Repubblica federale di Germania l'imposizione verticale dei prezzi al concessionario da parte del concedente sembra essere considerata contrastante, di per sé, con il divieto degli accordi sui prezzi sancito dalle norme in fatto di intese. Per il resto, sia nella giurisprudenza americana sia in quella di tre dei grandi Stati membri della CEE ciascun contratto viene valutato in sé e per sé, tenendo conto delle sue clausole specifiche e (purché il giudizio verta su aspetti rilevanti per il diritto delle intese) delle circostanze specifiche del mercato. Quest'ultimo criterio sembra valere, in particolare, per la valutazione delle varie clausole di esclusiva che possono figurare nei contratti di franchising.

3. Analogie e differenze fra i contratti di franchising e altri sistemi di distribuzione trattati nella giurisprudenza della Corte

3.1. *I rappresentanti esclusivi*

Poiché nella dottrina e nella giurisprudenza riguardanti i contratti di franchising la qualità di imprenditore autonomo o il fatto che il concessionario agisca in nome proprio e a proprio rischio sono costantemente considerati caratteristiche essenziali, ritengo che — contrariamente a quanto sostiene la Pronuptia — non sia pertinente alla soluzione delle questioni del Bundesgerichtshof un raffronto tra questa nuova specie di contratti e i contratti di rappresentanti di commercio ai sensi della comunicazione della Commissione 24 dicembre 1962 (GU 1962, pag. 2921). Come emerge dal precitato art. 3, n. 5, dei contratti di cui trattasi, questi non si scostano, sotto tale profilo, dalla figura generale.

3.2. *Contratti di distribuzione esclusiva*

I contratti in esame hanno un maggior numero di punti in comune con i contratti di distribuzione esclusiva. In particolare, i diritti di esclusiva di acquisto del concessionario, contemplati dall'art. 1, nn. 1 e 2, ed i (limitati) diritti di esclusiva di fornitura del concedente, stabiliti nell'art. 3, n. 6, presentano a prima vista un'evidente analogia con le caratteristiche che, a norma dell'art. 1, n. 1, sono determinanti ai fini del regolamento

n. 67/67/CEE, del 22 marzo 1967, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del trattato CEE a talune categorie di accordi di distribuzione esclusiva. È pertanto comprensibile che nel caso presente il giudice di rinvio abbia sollevato specifiche questioni circa l'applicazione del predetto regolamento.

Per quanto riguarda la prima questione del giudice a quo sull'applicazione, in via di principio, dell'art. 85 ai contratti di franchising, mi sembra soprattutto importante l'analogia con l'impostazione data al problema dalla Corte nella sentenza 13 luglio 1966 nella causa 32/65 (Italia/Commissione, Racc. 1966, pag. 295). In particolare, un punto della sentenza, figurante a pag. 321, si presterebbe eventualmente — e con riserva delle differenze tra i contratti di franchising e i contratti « classici » di distribuzione esclusiva, delle quali parlerò tra poco — ad un'applicazione per analogia nella soluzione della prima questione.

Il punto suddetto recita:

« (...) non si potrebbe contestare l'applicabilità dell'art. 85 a un contratto di concessione esclusiva, sostenendo che concedente e concessionario non sono in concorrenza fra loro.

La concorrenza di cui parla l'art. 85, paragrafo 1, non è infatti solo quella che potrebbero farsi i contraenti dell'accordo, ma anche quella che si può svolgere fra uno di essi e i terzi.

Ciò risulta dal fatto che, con un accordo del genere, le parti potrebbero mirare, ostacolando o limitando la concorrenza fatta da terzi al prodotto, a creare o garantire a proprio profitto un vantaggio ingiustificato, a danno del consumatore o dell'utente, contrario agli obiettivi generali dell'art. 85.

È quindi possibile che, senza implicare un abuso di posizione dominante, un accordo tra operatori economici che agiscono in fasi diverse sia suscettibile di pregiudicare il commercio fra Stati membri ed abbia al tempo stesso lo scopo o l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, sì da ricadere sotto il divieto dell'art. 85, paragrafo 1.

Gli artt. 85 e 86 hanno ciascuno una propria funzione e sono quindi indifferentemente applicabili a vari tipi di accordi, qualora ricorrano i rispettivi presupposti ».

Nel punto successivo viene respinto il paragone con la rappresentanza commerciale ed altre forme di distribuzione integrata, in cui il produttore integra nella propria azienda la sua rete di distribuzione (e in cui, pertanto, non ricorrono accordi fra più imprese indipendenti).

L'importanza del punto della sentenza prima citato risiede in particolare, a mio avviso, nel fatto che esso sembra valere, mutatis mutandis, per tutti gli accordi bilaterali verticali. Inoltre, come nella giurisprudenza americana, nel punto suddetto sembrano essere considerate determinanti, per l'applicabilità dell'art. 85, n. 1, soprattutto le possibili restrizioni orizzontali della concorrenza, e non tanto le reciproche restrizioni della libertà commerciale delle parti legate tra loro da un rapporto verticale.

Questa conclusione non è infirmata dal fatto che nella sentenza Grunding-Consten (cause riunite 56 e 58/64, Racc. 1966, da pag. 457 a pag. 520) la Corte ha considerato (a proposito dell'argomento secondo cui

l'accordo favoriva la concorrenza tra prodotti analoghi di marche diverse) che, « se la concorrenza tra i produttori è in genere più appariscente di quella tra distributori della stessa marca, ciò non significa che un accordo diretto a restringere quest'ultima sia sottratto al divieto dell'art. 85, paragrafo 1, per il solo fatto che esso potrebbe incrementare la prima ». Nella stessa sentenza la Corte ha poi osservato che « ai fini dell'applicazione dell'art. 85, paragrafo 1, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza ».

Da un esame più attento della sentenza Grunding-Consten nel suo complesso emerge, secondo me, che in effetti anche in quella sede la Corte si riferiva concretamente alle restrizioni della concorrenza tra il venditore esclusivo e i terzi (nel caso di specie importatori paralleli di prodotti della stessa marca), cioè alle limitazioni intenziona-li della concorrenza sul piano orizzontale. A questo proposito, rinvio in ispecie al quarto capoverso della pag. 520. In maggior misura che nella recente giurisprudenza americana, però, viene considerata importante anche la concorrenza orizzontale nell'ambito dello stesso marchio, in particolare quando si tratti della protezione dei mercati nazionali contro le importazioni parallele.

Nella sentenza 30 giugno 1966 nel procedimento pregiudiziale 56/65 (Société technique minière/Maschinenbau Ulm, Racc. 1966, pag. 261) la Corte ha inoltre utilmente precisato (pagg. 281, in fine, e 282) che « per stabilire (...) se un contratto contenente una clausola che concede un diritto esclusivo di vendita debba considerarsi vietato in ragione del suo oggetto o del suo effetto, si devono considerare in ispecie la natura e la quantità limitata o meno di prodotti che costituiscono oggetto dell'accordo; la posizione e l'importanza del concedente e quella del concessionario sul mercato dei prodotti di cui trattasi; il carattere isolato dell'accordo litigioso o, al contrario, la sua posizione in un complesso di accordi; il rigore delle clausole destinate a garantire l'esclusiva o, al contrario, le possibilità lasciate ad altre correnti commerciali degli stessi prodotti, attraverso riesportazioni ed importazioni parallele. »

3.3. *I « contrats de brasserie »*

Gli accordi di distribuzione esclusiva oggetto della vostra giurisprudenza si riferivano prevalentemente agli importatori esclusivi e, come emerge da quanto asserito dalla Commissione all'udienza, ciò valeva in generale per gli accordi di distribuzione esclusiva notificatile. In particolare, in quei casi non erano interessati direttamente — diversamente dalla fattispecie — decine di commercianti al minuto. Tuttavia, la vostra giurisprudenza relativa ai cosiddetti « contrats de brasserie » è certamente importante al riguardo. La Corte, basandosi su di un brano del punto sopra citato della sentenza nella causa STM c/ Maschinenbau Ulm, affermò già nella prima sentenza Haecht (causa 23/67, Racc. 1967, da pag. 479 a pag. 490), a proposito des « contrats de brasserie » di cui allora trattavasi (che stabilivano l'obbligo di rifornirsi esclusivamente presso un produttore di birra), che

« onde stabilire se una convenzione è vietata dall'art. 85, n. 1, non è (...) possibile isolarla da detto contesto, vale a dire dalle circostanze di fatto o di diritto che fanno sì che l'atto impedisca, restringa o falsi il gioco della concorrenza.

in vista di questo scopo, l'esistenza di contratti analoghi può essere presa in considerazione qualora il complesso dei contratti di questo genere sia atto a limitare la libertà del commercio. »

A mio avviso, questo punto della sentenza, combinato con quello successivo, comporta, in caso di applicazione per analogia ai contratti di franchising, che l'art. 85, n. 1, si applica qualora un concedente di uno Stato membro A occupi sul mercato dello Stato membro B una posizione che gli consenta di rendere notevolmente più difficile l'accesso al suddetto mercato ad altri produttori o grossisti a mezzo (delle sue affiliate e) di una serie di contratti di franchising con commercianti indipendenti.

Dal punto 5 della vostra sentenza nella causa Bilger/Jehle (43/69, Racc. 1970, pag. 127) emerge che, quando si tiene conto di altri contratti analoghi, occorre prendere in considerazione non solo i contratti analoghi stipulati da un gran numero di commercianti al minuto con lo stesso produttore (o grossista), ma anche contratti di esclusiva di acquisto del genere stipulati con altri produttori dello stesso Stato. Nel caso dei « contrats de brasserie » un siffatto effetto complessivo di scompartimentazione del mercato potrà infatti risultare in particolare dall'insieme di tali contratti fra commercianti al minuto di uno Stato membro e produttori dello stesso Stato. A quanto ho potuto verificare, la vostra giurisprudenza ha finora avuto ad oggetto soltanto « contrats de brasserie » del genere stipulati tra un produttore di birra ed acquirenti professionali di un solo Stato membro. Tuttavia, secondo me, nel caso dei contratti di franchising la scompartimentazione del mercato (come altre limitazioni della concorrenza sul piano orizzontale) può risultare, in via di principio, anche dall'effetto globale di contratti di franchising aventi ad oggetto merci analoghe, indipendentemente dal luogo in cui il produttore o il grossista siano stabiliti.

Per quanto riguarda i « contrats de brasserie », mi sembra inoltre rivestire una certa importanza per la soluzione della seconda questione sollevata dal Bundesgerichtshof nella causa Pronuptia la vostra sentenza 1° febbraio 1977 nella causa 47/76 (coniugi de Norre - de Clercq/NV Brouwerij Concordia, Racc. 1977, pag. 65). Nella suddetta sentenza la Corte ha, in particolare, dichiarato che, nonostante talune differenze, da lei accertate, rispetto agli accordi di distribuzione esclusiva tradizionali, per i quali era stato emanato a suo tempo il regolamento n. 67/67/CEE, questo regolamento si applica anche ai « contrats de brasserie », cioè agli « accordi cui partecipano solo due imprese aventi sede nello stesso Stato membro, in virtù dei quali l'una s'impegna nei confronti dell'altra ad acquistare determinati prodotti soltanto presso quest'ultima, per rivenderli, e che non possiedono le caratteristiche elencate nell'art. 3 del regolamento n. 67/67/CEE (...) nei limiti in cui, se non fruissero di esenzione, sarebbero vietati a norma dell'art. 85, n. 1, del trattato CEE ». Questa pronunzia, come emerge dal punto 13, è basata in ispecie sulla constatazione che « gli accordi di cui trattasi possiedono i requisiti di cui all'art. 1, n. 1, lett. b), del regolamento n. 67/67/CEE », nonché (come risulta dai punti da 16 a 33) sulla vostra sentenza nella causa Roubaix-Wattrelos (63/75, Racc. 1976, pag. 111).

Anche in considerazione di questa sentenza, si deve in via di principio ritenere, secondo me, che per stabilire se sia o no possibile un'applicazione per analogia nella causa Pronuptia non abbia importanza essenziale il fatto che la sentenza concerna soltanto accordi cui partecipino solo due imprese aventi sede nello stesso Stato membro. A

mio avviso, nulla nella sentenza, indica che la Corte non avrebbe giudicato il regolamento n. 67/67/CEE applicabile a un « contrat de brasserie » tra un commerciante al minuto stabilito nello Stato membro A ed un produttore di birra dello Stato membro B.

Tuttavia, la sentenza lascia naturalmente del tutto aperta la questione se altre caratteristiche dei contratti di franchising come quelli di cui trattasi nel presente procedimento ostino all'applicabilità del regolamento n. 67/67/CEE. Come rileverò più dettagliatamente nella parte seguente delle mie conclusioni, penso che la soluzione debba essere negativa.

3.4. *Sistemi di distribuzione selettiva*

In questo procedimento la Pronuptia si è richiamata anche alla vostra sentenza Metro (causa 26/76, Racc. 1977, pag. 1875). Nel punto 20 di detta sentenza, avete, fra l'altro, considerato che

« in particolare, nel settore della produzione dei beni di consumo durevoli, di alta qualità e tecnicità, nel quale un numero relativamente ridotto di produttori, grandi e medi, offre una gamma ampia di apparecchi facilmente intercambiabili, quanto meno agli occhi dei consumatori, la struttura del mercato non è incompatibile con l'esistenza di canali distributivi differenziati adeguati alle caratteristiche rispettive dei vari produttori ed alle esigenze delle varie categorie di consumatori;

in questa luce la Commissione, a ragion veduta, ha ammesso che sistemi di distribuzione selettiva costituivano uno degli elementi di concorrenza conformi all'art. 85, n. 1, purché la scelta dei venditori avvenga secondo criteri oggettivi di indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti, questi requisiti siano richiesti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio. »

Orbene, già il fatto che i contratti di franchising di cui trattasi siano improntati, oltre che a criteri qualitativi, a rigidi criteri di indole quantitativa osta, secondo me, all'applicazione per analogia, nella presente causa, dell'ultimo capoverso citato.

Una certa importanza indiretta per il caso in esame rivestono piuttosto il capoverso precedente del punto 20 e il penultimo capoverso del punto 21, a tenore del quale,

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

Anche il secondo capoverso del punto 22 mi sembra in certa misura importante per la causa Pronuptia. Esso così recita:

« Spetterà (...) alla Commissione vegliare a che la (certa) rigidità (accertata nel primo capoverso) di questa struttura (dei prezzi) non venga accresciuta, fenomeno possibile se si moltiplicassero le reti di distribuzione selettiva per la distribuzione dello stesso prodotto » (le precisazioni tra parentesi sono mie).

Infine, nel punto 24 sono menzionate la clausole non considerate restrittive della concorrenza dalla Commissione.

Nella causa 31/80 (L'Oreal, Racc. 1980, pag. 3775) la Corte ha considerato quanto segue (punto 17):

« Allorché l'accesso ad una rete di vendita selettiva è subordinata a condizioni che vanno oltre una semplice selezione oggettiva di carattere qualitativo, specie allorché è imperniato su criteri quantitativi, il sistema di distribuzione è — in linea di massima — vietato a norma dell'art. 85, n. 1, se, come la Corte ha dichiarato nella sentenza 30 giugno 1966 (causa 56/65, STM, Racc. 1966, pag. 261), le sue caratteristiche dipendono non tanto dalla sua natura giuridica, quanto dalla sua incidenza sul " commercio tra Stati membri " e sul " gioco della concorrenza" ».

Questi criteri sono precisati nei punti successivi della sentenza (nel punto 18 si specifica che occorre tener conto soprattutto delle conseguenze dell'accordo sulla possibilità di importazioni parallele e nel punto 19 si fa, tra l'altro, rinvio ai passi già citati della prima sentenza Haecht). la Corte aveva già espresso, nella sentenza della causa Lancôme (99/79, Racc. 1980, pag. 2511), un punto di vista analogo a quello figurante nel punto 17. I punti richiamati hanno anch'essi una certa importanza per la causa attualmente pendente.

Relativamente all'illiceità delle « clausole relative ai locali commerciali » come quella contenuta nell'art. 4 dei contratti di cui ci occupiamo, la Commissione si è inoltre richiamata al punto 51 della sentenza 21 febbraio 1984 nella causa 86/82 (Hasselblad, Racc. 1984, pag. 883). Nel punto suddetto la Corte, dopo aver ribadito che i criteri di selezione quantitativa sono vietati, afferma che « la clausola 28 (...) consentiva (...) alla ricorrente di limitare la possibilità di un rivenditore, anche autorizzato, di stabilirsi in una località in cui essa ritenesse la sua presenza in grado di influenzare la concorrenza tra rivenditori ». Nel punto 52 la Corte conferma poi l'illiceità, fra l'altro, di detta clausola.

3.5. *Contratti di licenza*

Poiché le licenze svolgono un ruolo determinante anche nei contratti di franchising, le sentenza nelle cause Nungesser (258/78, Racc. 1982, pag. 2015) e Coditel II (262/81, Racc. 1982, pag. 3381) assumono del pari rilievo per il caso presente. Nel punto 58 della sentenza Nungesser la Corte, « tenendo conto della specificità dei prodotti di cui trattasi », ha considerato che, « in un caso come quello di specie, la concessione di una licenza esclusiva aperta, cioè di una licenza che non riguardi la situazione di terzi, come gli importatori paralleli ed i licenziatari per altre zone, non è di per sé incompatibile con l'art. 85, n. 1, del trattato, ». Nel punto 61 della stessa sentenza essa ha ricordato, richiamandosi alla sua costante giurisprudenza, che « la protezione territoriale assoluta a favore di un licenziatario, destinata a permettere il controllo e l'esclusione delle importazioni parallele, porta all'artificiale mantenimento di mercati nazionali distinti, incompatibile col trattato ». L'importanza determinante di questa posizione è confermata nel punto 78.

Nella sentenza Coditel II la Corte ha dichiarato che « il contratto che concede un diritto esclusivo di rappresentazione di un film per un periodo determinato nel territo-

rio di uno Stato membro, da parte del titolare del diritto d'autore su tale opera, non è colpito di per sé dai divieti contemplati dall'art. 85 del trattato, ma spetta, se del caso, al giudice nazionale verificare di volta in volta se le modalità d'esercizio del diritto esclusivo concesso con tale contratto si inseriscano in un contesto economico o giuridico avente lo scopo o l'effetto d'impedire o di restringere la distribuzione di pellicole cinematografiche o di alterare la concorrenza sul mercato cinematografico, tenuto conto della peculiarità di questo ». Dal punto 19 della sentenza emerge però che l'esercizio del diritto esclusivo di rappresentazione di un'opera cinematografica non può creare, tra l'altro, la « possibilità di corrispettivi che vadano oltre la giusta remunerazione degli investimenti fatti, o un'esclusiva di durata eccesiva rispetto a tali esigenze ». Questo punto, soprattutto, ha una certa importanza per il presente procedimento, poiché la causa principale riguarda in ispecie i corrispettivi.

4. Soluzione delle questioni sollevate dal giudice nazionale

4.1. *Osservazioni di carattere generale*

Tutte le sentenze sopra citate contengono, secondo me, taluni elementi senza dubbio importanti ai fini della soluzione delle questioni sottopostevi.

Il tipo di contratti cui si riferiscono dette questioni corrisponde, a mio avviso, alla definizione che, come si è visto, danno del franchising la dottrina e la giurisprudenza, in quanto il diritto di usare il nome commerciale e il marchio o segno Pronuptia de Paris, la fornitura del « know-how » in senso lato e l'obbligo di allestire il negozio in un determinato modo conformemente all'immagine di marca e secondo le istruzioni del concedente costituiscono elementi essenziali dei suddetti contratti (artt. 1, n. 3, 3, nn. 1 e 3, e 4, nn. 1 e 14). Lo stesso carattere essenziale possiede anche il compenso pattuito per la licenza, pari al 10% del fatturato complessivo del concessionario (art. 5, n. 1). Il concessionario, in base all'art. 3, n. 5, del contratto, si assume però tutte le alee della sua attività commerciale. Secondo me, sotto il profilo commerciale sono soprattutto queste caratteristiche a rendere il franchising straordinariamente allettante, come nuovo metodo di distribuzione, per il concedente. Visto dall'esterno, un negozio allestito e gestito conformemente al contratto dà l'impressione d'essere una filiale. Orbene, contrariamente a quanto accade nel caso della filiale, il concedente non deve effettuare investimenti. Né occorre che egli effettui ricerche di mercato nella zona in cui il negozio dev'essere installato poiché, in caso di vendite insufficienti (e in particolare qualora il rapporto tra le spese e gli incassi relativi al negozio considerato sia sfavorevole), non si assume alcun rischio, ma anzi ha diritto al 10% del fatturato complessivo, compenso tutt'altro che trascurabile.

Considerato il suo fulmineo sviluppo, il nuovo sistema sembra essere vantaggioso anche per il concessionario, probabilmente perché, in particolare, gli consente l'accesso (di regola esclusivo) a merci di qualità aventi già un solido valore di mercato. Detto valore di mercato sussiste segnatamente quando — come nella fattispecie e, secondo il concessionario, anche in altri sistemi di franchising da lui indicati nominativamente — il concedente abbia già proprie filiali in altre parti dello Stato membro considerato ed il sistema di franchising costitui-

sca quindi un ampliamento del sistema di filiali del concedente già collaudato sul mercato.

Infine, l'esistenza di un sistema di franchising accanto ad altri sistemi di distribuzione può essere interessante per i consumatori, per motivi analoghi, ma anche in base a presupposti analoghi a quelli indicati nel punto 20 della sentenza Metro relativamente ai sistemi di distribuzione selettiva. Qualora l'ammissione del concessionario al sistema sia subordinata a restrizioni quantitative (ad esempio, mediante l'ammissione di un solo concessionario in una determinata zona, come nella fattispecie), ritengo, in base alle citate sentenze nelle cause L'Oréal, Lancôme e Hasselblad, che l'art. 85, n. 1, debba essere in via di principio considerato applicabile al contratto in esame, purché ricorrano i presupposti generali da voi elaborati nelle succitate sentenze nelle causa 32/65, 56 e 68/64, 56/65, 23/67, 43/69, 47/76, 26/76 e 258/78.

Secondo me, dalle predette sentenze si possono segnatamente evincere i seguenti criteri, importanti per valutare i contratti di franchising come quelli di cui trattasi nella fattispecie:

a) Poiché, come emerge dalle vostre citate sentenze, l'applicabilità dell'art. 85, n. 1, dipende dagli effetti orizzontali di contratti verticali (ad esempio, l'esclusione di determinati concorrenti, come gli importatori paralleli), la questione se un contratto di franchising comporti o no un'equa ripartizione di oneri e di vantaggi fra concedente e concessionario non mi sembra, di per sé, importante per stabilire se l'art. 85, n. 1, si applichi o no. Ritengo che lo stesso valga, in via di principio, per gli obblighi particolari del concessionario nei confronti del concedente, come gli obblighi relativi alla specializzazione (artt. 3, n. 3, 4, n. 1, e 6, n. 6), alla pubblicità (artt. 1, n. 1, e 6, nn. 4 e 5) ed all'allestimento e alla gestione del negozio (artt. 3, n. 3, e 4, n. 1). Per quanto riguarda siffatti obblighi verticali, l'art. 85, n. 1, può, secondo me, trovare applicazione soltanto qualora in un caso concreto si possa dimostrare che essi hanno conseguenze dannose per terzi (concorrenti, fornitori o compratori), il che può raramente verificarsi quando esistano altri adeguati canali di distribuzione per prodotti analoghi.

b) Siccome, quindi, assumono importanza particolare gli effetti « orizzontali » o, per meglio dire, gli effetti del contratto nei confronti di terzi, occorre segnatamente, secondo la vostra giurisprudenza, accertare se le importazioni parallele restino possibili (si vedano ad esempio le sentenze Grunding/Consten, Bilger/Jehle e Nungesser), se, tenuto conto della posizione sul mercato dei fornitori interessati, l'accesso al mercato sia limitato per altri fornitori o rivenditori (si vedano i punti citati delle sentenze nelle causa 56/65, 23/67, 43/69, 26/76 e 31/80) e se il contratto determini l'aumento dei prezzi (sentenze Metro e Coditel II) o addirittura istituisca un sistema di prezzi verticalmente imposti mediante obblighi contrattuali o intese di fatto tra il concedente, le sue affiliate ed i vari concessionari.

Per quanto riguarda quest'ultimo criterio, ritengo però, contrariamente alla giurisprudenza americana e a quella tedesca, sopra citate, che solo qualora esistano una posizione economica dominante sui mercati lo-

cali interessati o un sistema di prezzi verticalmente imposti applicato anche dai concorrenti si debba applicare la vostra giurisprudenza generale in materia di prezzi verticalmente imposti ed altre intese sui prezzi. Del pari, alla luce dei punti 21 e 22 della sentenza Metro, ritengo che l'effetto — quasi certamente notevole — di incremento dei prezzi prodotto dalle clausole dei contratti controversi relative al compenso delle licenze costituisca, di per sé, motivo per considerare applicabile l'art. 85, n. 1, solo qualora un concedente dello Stato membro A svolga un ruolo determinante nella formazione dei prezzi su un numero notevole di mercati locali dello Stato membro B od occupi ivi altrimenti una posizione economica dominante.

In base ai criteri summenzionati, mi sembra possibile fornire alla prima questione del giudice di rinvio una soluzione abbastanza chiara da consentirgli di statuire nel caso specifico. A questo proposito ritengo senz'altro auspicabile che detta soluzione sia più concreta di quella suggerita dalla Commissione.

Perché, per motivi che indicherò più oltre, sono dell'avviso che il regolamento n. 67/67/CEE non si applichi ai contratti di franchising come quelli in esame, non è necessario, secondo me, risolvere direttamente la terza questione. Voi potreste però precisare eventualmente che obblighi come quelli specificati in detta questione sub b), d) ed e), non possono essere considerati, salvo che in circostanze eccezionali, restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1.

4.2. *Soluzione della prima questione*

Alla luce dei criteri che ho evinto dalla vostra giurisprudenza e che ho appena riassunto, credo che per la soluzione della prima questione rivestano importanza, in particolare, gli artt. 1, nn. 1 e 2, 3, n. 3, 4, n. 1, 5, n. 1, e 6, nn. 1 e 6, dei contratti versati al fascicolo. Dato che, come emerge dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la natura dei contratti di franchising non è definita, vi suggerisco di limitare la vostra soluzione della prima questione del Bundesgerichtshof ai contratti di franchising aventi il contenuto di quelli stipulati nella fattispecie. È quindi molto importante per gli operatori del diritto che riassumiate detto contenuto nell'emananda sentenza.

La soluzione della prima questione potrebbe essere, secondo me, così formulata:

« L'art. 85, n. 1, del trattato CEE si applica ai contratti di franchising come quelli stipulati nella fattispecie purché, fra l'altro,

a) essi siano stipulati tra un concedente di uno Stato membro o un'affiliata da esso interamente controllata, ai sensi della questione n. 3, lett. a), ed uno o più concessionari di uno o più altri Stati membri, mentre,

b) il concedente detiene, attraverso le sue affiliate e i suoi concessionari, una parte non trascurabile del mercato dei prodotti di cui trattasi in uno o più di detti Stati membri o in una parte considerevole del loro territorio, e, inoltre, sia che

c) i contratti impediscano, restringano o mirino a restringere le importazioni parallele dei prodotti cui essi si riferiscono nella zona contrattuale o le esportazioni di detti prodotti in altri Stati membri da parte del concessionario, sia che

d) i contratti determinino, segnatamente attraverso la creazione di monopoli locali o regionali dei prodotti cui essi si riferiscono, attraverso clausole relative al compenso e attraverso clausole contrattuali o pratiche concertate sulla fissazione dei prezzi, nonché mediante l'assenza di effettiva concorrenza da parte di prodotti analoghi, la fissazione di prezzi al minuto troppo elevati, cioè prezzi che, malgrado la qualità eventualmente superiore dei prodotti oggetto dei contratti, non potrebbero essere praticati se esistesse un'effettiva concorrenza ».

Nel formulare detta soluzione ho reso chiaro che i criteri sub c) e d) devono essere considerati criteri complementari alternativi. Per quanto riguarda il criterio sub c), viene evidenziato, conformemente alla vostra consolidata giurisprudenza, l'impedimento di una protezione territoriale assoluta dei mercati nazionali, che può essere priva di effetti sensibili di restrizione della concorrenza a livello orizzontale solo in caso di quote di mercato trascurabili. Per quanto concerne il criterio sub d), viene invece sottolineato l'impedimento di aumenti monopolistici di prezzi, che di regola sono possibili solo qualora si detengano quote di mercato considerevoli sui mercati locali o regionali e siano assenti altre forme di distribuzione di prodotti analoghi, che determinano un calo dei prezzi.

4.3. *Soluzione della seconda e della terza questione*

Concordo con la Commissione e con il governo francese nel ritenere auspicabile l'esenzione per categorie nel caso dei contratti di franchising. La ritengo auspicabile soprattutto perché attualmente essi sono molto frequenti e devono in generale essere considerati globalmente positivi: infatti, di regola, i loro scopi o i loro effetti restrittivi della concorrenza possono ostare all'esenzione ex art. 85, n. 3, del trattato CEE solo in determinate situazioni di mercato (segnatamente, in caso di assenza di sistemi di distribuzione concorrenti) e qualora essi siano applicati secondo determinate modalità.

È lecito ritenere che i contratti di franchising contribuiranno, di regola, anche nell'interesse dei consumatori, al miglioramento della distribuzione delle merci poiché consentiranno la rapida penetrazione di prodotti nuovi o di prodotti aventi particolari qualità sui mercati al minuto, molto decentrati dal punto di vista territoriale. Tocca alla Commissione acquisire dapprima l'esperienza necessaria ai fini delle esenzioni per categorie mediante talune decisioni individuali in casi rappresentativi e poi precisare in un regolamento sulle esenzioni per categorie, conformemente ai quattro presupposti di cui all'art. 85, n. 3, le condizioni alle quali può essere attribuita agli effetti positivi dei contratti di franchising maggiore impor-

tanza ri- spetto alle restrizioni della concorrenza che vanno considerate inevitabili per la produzione di detti effetti.

Tuttavia, come la Commissione e il governo francese, penso anche che il regolamento n. 67/67/CEE non possa essere considerato applicabile ai contratti di franchising come quelli di cui trattasi nella fattispecie. A favore di questa conclusione militano, secondo me, le seguenti, decisive considerazioni:

In *primo luogo*, è pacifico che al momento dell'adozione del regolamento n. 67/67/CEE i contratti di franchising in materia di distribuzione di merci nella Comunità erano ancora rarissimi e che pertanto, nell'approntare detta disciplina, non era possibile prendere in considerazione i problemi affatto specifici da detti contratti sollevati. I problemi esaminati nel corso dell' elaborazione del regolamento e relativamente ai quali era stata acquisita sufficiente esperienza, come prescritto dal quarto punto della motivazione del regolamento n. 19/65/CEE riguardavano, in pratica, unicamente gli importatori esclusivi. Dalla risposta che la Commissione ha fornito all' udienza ad un mio quesito è emerso che, del pari, al momento della preparazione delle recenti, nuove esenzioni per categorie per i contratti di esclusiva di acquisto e di vendita, l'applicabilità di dette esenzioni ai contratti di franchising non è stata perorata né dagli interessati né dagli esperti dei vari governi.

In *secondo luogo*, ritengo, in base alla dottrina ed alla giurisprudenza esaminate ed al punto di vista delle organizzazioni di imprese di franchising sopra riportato, che il contenuto dei contratti di franchising sia determinato prevalentemente dall'intento di adattare per quanto possibile l'allestimento e la gestione del negozio del concessionario a quelli del concedente o delle sue affiliate attraverso licenze relative al nome commerciale, ai marchi, segni o simboli, al « know-how » in senso lato e attraverso altre clausole. Dal canto suo, il concessionario non solo si assume tutte le alee relative ai risultati della gestione aziendale, ma deve inoltre versare al concedente un compenso — nella fattispecie cospicuo — per la licenza. Gli obblighi di esclusiva di fornitura e di acquisto hanno in tale contesto solo importanza accessoria e il loro contenuto può essere valutato, dal punto di vista della politica delle intese, solo in relazione alla perseguita forma di forte integrazione del concessionario nella rete di punti di vendita, uniformemente gestiti, del concedente. Nel regolamento n. 67/67/CEE, invece, sono i contratti di licenza ad avere al massimo un'importanza accessoria.

In *terzo luogo*, i contratti di franchising aventi le caratteristiche di cui trattasi nella fattispecie sono sostanzialmente diversi dai « contrats de brasserie », ai quali la Corte ha considerato applicarsi il regolamento n. 67/67/CEE, poiché conducono alla formazione di rigidi monopoli locali o regionali delle merci interessate. A questo proposito, rinvio in particolare all'art. 1 dei contratti versati agli atti. Inoltre, la differenza — da me appena rilevata — rispetto ai contratti di esclusiva di vendita sussiste anche rispetto ai « contrats de brasserie ».

In *quarto luogo*, all'applicazione del regolamento n. 67/67/CEE osta, secondo me, l'art. 3, lett. b), dello stesso. I contratti di franchising aventi il contenuto di quelli controversi forniscono al concessionario una protezione territoriale assoluta e rendono difficile, per i commercianti, l'acquisto delle merci oggetto del contratto presso altri commercianti nel mercato comune. A questo proposito, rinvio, oltre che all'art. 1 già menzionato, anche agli artt. 3, nn. 3 e 6, e 4, n. 1, dei contratti prodotti dinanzi alla Corte.

Per questi quattro motivi, vi suggerisco di risolvere la seconda questione del giudice di rinvio come segue:

« Il regolamento 67/67/CEE, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del trattato a talune categorie di accordi di distribuzione esclusiva (regolamento sull'esenzione per categorie) non si applica ai contratti di franchising aventi un contenuto come quello dei contratti stipulati nella fattispecie ».

Di conseguenza, non è necessario risolvere la terza questione del giudice di rinvio. Tuttavia, la soluzione che ho suggerito di fornire alla prima questione, eventualmente combinata con le considerazio- ni che la Corte svolgerà, nell'emananda sentenza, circa determinate clausole del contratto non restrittive della concorrenza, potrà consentire al giudice suddetto di stabilire quali delle clausole del contratto menzionate nella terza questione debbano essere considerate pertinenti per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 85, n. 1.