CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO

presentate il 27 ottobre 1993 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Nella presente procedura, ritengo che la Corte debba pronunciarsi su due questioni, entrambe inerenti all'applicazione dell'art. 85, n. 1, ai sistemi di distribuzione selettiva:

— se un sistema di distribuzione selettiva sia incompatibile con l'art. 85, n. 1, per il fatto che il produttore non riesce ad assicurarne l'*ermeticità*, per mancanza di ermeticità intendendosi che il produttore non riesce ad impedire che i prodotti contrattuali siano venduti, su uno stesso mercato, oltre che dai concessionari autorizzati, anche da distributori non facenti parte della rete di distribuzione ufficiale;

— se, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, un fabbricante abbia il diritto di limitare la propria garanzia ai soli prodotti venduti attraverso la rete ufficiale, con esclusione quindi dei prodotti commercializzati, peraltro legittimamente, da operatori esterni alla rete.

2. Preciso *in limine* che le due questioni concernono il sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso, gli orologi Cartier. Può darsi, tuttavia, che i criteri definiti dalla Corte vengano ad acquisire — specie per quanto riguarda la portata dell'impegno di garanzia del produttore — una rilevanza di carattere generale, applicandosi anche ad altre importanti categorie di prodotti, spesso commercializzati attraverso reti di distribuzione selettiva.

I fatti

3. Le due questioni summenzionate si inquadrano nell'ambito di una controversia che oppone una società del gruppo Metro — gruppo che esercita, in diversi Stati europei, un'attività di commercio all'ingrosso self-service organizzata secondo il principio del «cash and carry» — all'impresa Cartier, leader mondiale per talune categorie di prodotti di lusso.

I fatti che sono all'origine della controversia sono abbastanza semplici. Cartier procede alla commercializzazione dei suoi prodotti, a suo dire in tutto il mondo, mediante una rete di distribuzione selettiva. Tale sistema si basa su un contratto tipo, stipulato dalle filiali nazionali del gruppo (o, in mancanza, dall'importatore grossista) con i vari concessionari autorizzati.

* Lingua originale: l'italiano.

Metro, pur non facendo parte della rete ufficiale di vendita, è riuscita ad approvvigionarsi di prodotti Cartier (soprattutto orologi) con una certa continuità ed a commercializzarli nei propri magazzini.

4. Nel giudizio nazionale non è stato accertato quale sia la fonte di approvvigionamento di Metro. In udienza, rispondendo ad una mia domanda, Metro ha precisato di acquistare gli orologi Cartier in Svizzera, da intermediari commerciali indipendenti, i quali, a loro volta, si riforniscono presso concessionari autorizzati svizzeri della rete Cartier; il diritto svizzero consentirebbe, infatti, questo tipo di forniture.

Ad ogni modo, non è contestato (né in sede nazionale, né dinanzi alla Corte) che l'acquisto e la messa in commercio dei prodotti Cartier da parte di Metro si siano svolti in modo *lecito*. Inoltre, dalle cifre sottoposte alla Corte risulta che il commercio di prodotti Cartier svolto da Metro abbia raggiunto, specie in Germania, una consistenza non trascurabile (in un anno, circa il 10 % del volume totale delle vendite Cartier).

Sino al 1984, Cartier ha eseguito prestazioni in garanzia sugli orologi venduti da Metro. Successivamente, anche a seguito di una modifica intervenuta negli accordi con i distributori autorizzati, Cartier ha rifiutato di fornire la propria garanzia gratuita per gli orologi acquistati al di fuori della rete ufficiale di distribuzione. Per tali orologi, Cartier ha eseguito egualmente le riparazioni richieste, ma a carico del cliente.

5. Il rifiuto di Cartier di garantire gli orologi venduti da Metro ha dato luogo ad un lungo e complesso contenzioso dinanzi ai giudici nazionali, che si trova precisamente sintetizzato nella relazione di udienza. In particolare, il Bundesgerichtshof (BGH) — chiamato a pronunciarsi per la seconda volta sul ricorso proposto avverso la decisione del giudice di merito — ha sottolineato che il rifiuto di garanzia cesserebbe di essere lecito qualora si inquadrasse nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva privo di ermeticità, nell' ambito di un sistema, dunque, in cui operatori esterni alla rete — come Metro — hanno la possibilità di rifornirsi lecitamente di prodotti contrattuali. Il BGH ha quindi rimesso gli atti al giudice di merito, l'Oberlandesgericht di Düsseldorf (OLG), perché procedesse al necessario accertamento dei fatti.

6. In esito a tali rilievi, l'OLG ha posto alla Corte il seguente quesito pregiudiziale:

«Se un sistema di distribuzione selettiva CEE per prodotti pregiati (orologi di alto prezzo e di lusso) che esclude l'applicazione dell'art. 85, nn. 1 e 2, del Trattato CEE non sia legittimo solo perché in paesi al di fuori della Comunità europea un sistema di distribuzione dalle analoghe modalità contrattuali non esiste o non è completo, per cui le merci vincolate nella CEE al sistema di distribuzione possono essere liberamente acquistate in tali paesi da persone estranee a detto sistema e legittimamente immesse nel mercato comune».

L'oggetto della procedura

7. La delimitazione dell'oggetto della procedura pone qualche difficoltà. A stretto rigore, l'OLG interroga la Corte sulla sola rilevanza del criterio dell'ermeticità ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 1. Si deve tuttavia sottolineare che l'OLG pone questa domanda al fine di potersi pronunciare sulla vera questione oggetto della controversia principale, vale a dire sulla legittimità del rifiuto di garanzia opposto da Cartier per i prodotti venduti fuori rete. Il giudice infatti ritiene che un'eventuale illegittimità del sistema Cartier, per difetto di ermeticità, renderebbe del pari illegittimo il rifiuto di garanzia.

È tuttavia abbastanza evidente che la questione della garanzia può essere esaminata anche in via autonoma e non solo in funzione della legittimità del sistema di distribuzione in cui si inserisce. Ci si può cioè chiedere se il rifiuto di garanzia possa costituire *di per sé*, indipendentemente dalla legittimità del sistema Cartier, una violazione dell'art. 85, n. 1. Le due prospettive sono strettamente collegate, il che è del resto confermato dalla circostanza che (con la sola eccezione del governo ellenico) tutte le parti che hanno presentato osservazioni hanno esaminato, in modo approfondito, entrambi gli aspetti.

Limitarsi pertanto al solo problema dell'ermeticità, tralasciando di prendere in considerazione la compatibilità con l'art. 85, n. 1, del rifiuto della garanzia in quanto tale, equivarrebbe a fornire al giudice a quo una risposta certo più semplice e rapida, ma largamente incompleta e di ben limitata utilità ai fini della soluzione della controversia che gli è sottoposta. Una tale limitazione, inoltre, sarebbe tanto più ingiustificata in quanto il dibattito processuale si è principalmente incentrato, sia nella fase scritta sia in udienza, proprio sulla questione della garanzia, permettendo quindi alla Corte di acquisire tutti gli elementi di valutazione al riguardo necessari. Anche ragioni di economia processuale, dunque, inducono a ritenere che sia opportuno che la Corte esamini *ex professo* la questione della garanzia nell'ambito della presente procedura.

Considero pertanto che nella specie, tenuto conto dell'oggetto della controversia principale e onde fornire al giudice a quo gli elementi di interpretazione del diritto comunitario indispensabili a risolvere la questione di diritto che gli è sottoposta, sia pertinente esaminare — così come hanno fatto, del resto, quasi tutte le parti nel corso del dibattito processuale — se la limitazione della garanzia possa costituire *di per sé* una violazione dell'art. 85, n. 1.

8. Nella sua memoria, Metro, oltre a contestare la non ermeticità del sistema distributivo Cartier e l'illegittimità del rifiuto di garanzia, ha anche formulato una serie di ulteriori obiezioni nei confronti degli accordi di distribuzione selettiva che legano Cartier ai suoi concessionari. A suo avviso, infatti, il sistema Cartier violerebbe l'art. 85, n. 1, per quattro motivi:

— perché i concessionari ufficiali non possono rifornirsi presso altri concessionari ufficiali stabiliti al di fuori della CEE (divieto di forniture incrociate dai paesi terzi);

— perché le forniture incrociate all'interno della CEE sarebbero in realtà ostacolate;

— perché i criteri di selezione dei concessionari sarebbero ingiustificati e dunque troppo restrittivi;

— perché sarebbe privo di oggettività e condurrebbe ad una selezione che non è «puramente qualitativa».

9. Deve la Corte valutare il merito di queste censure? Ritengo che a questa domanda debba rispondersi negativamente. I profili appena elencati riguardano solo indirettamente l'oggetto della controversia principale, quale è stato dianzi descritto. Inoltre, non risulta che detti profili siano mai stati apprezzati dai giudici interni nell'ambito delle varie fasi del giudizio. Essi, infine, non hanno formato oggetto di un vero dibattito processuale neanche dinanzi alla Corte: nella fase scritta, solo Metro ha svolto delle considerazioni al riguardo e, in udienza, sono stati sostanzialmente ignorati.

10. Considero pertanto che detti profili siano estranei all'ambito della presente procedura. Tale soluzione, peraltro, lascia — com'è ovvio — del tutto impregiudicata la facoltà di Metro di proporre le sue obiezioni nei confronti del sistema distributivo Cartier sia dinanzi al giudice nazionale, che è competente a valutarne la rilevanza alla stregua dell'art. 85, nn. 1 e 2, sia alla Commissione, in forma di denuncia inoltrata ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 17/62 del Consiglio.

La «non ermeticità» del sistema Cartier

11. Metro sostiene che il sistema Cartier non sia ermetico; e che non lo sia in misura rilevante. Un volume cospicuo di prodotti Cartier sarebbe commercializzato da operatori indipendenti, non appartenenti cioè alla rete ufficiale. Ne deriverebbe una distorsione di concorrenza fra distributori ufficiali e distributori indipendenti: entrambi commercializzano gli stessi prodotti sugli stessi mercati, i primi tuttavia sono soggetti ad oneri (inerenti alla concentrazione del loro assortimento e della loro attività sui prodotti contrattuali) che non gravano, viceversa, sui secondi.

12. Cartier sostiene, per contro, che il suo sistema di distribuzione è ermetico sia da un punto di vista teorico sia da un punto di vista pratico. La commercializzazione dei prodotti sarebbe infatti affidata, in tutto il mondo, ad una rete di distributori selezionati che sono contrattualmente tenuti a rivendere i prodotti stessi vuoi a consumatori finali vuoi a commercianti *facenti parte della rete ufficiale*. In quest'ultima ipotesi, peraltro, le vendite sono soggette ad uno speciale regime di registrazione. Il sistema, quindi, sarebbe organizzato in modo da garantire che la circolazione dei prodotti avvenga esclusivamente nell'ambito della rete ufficiale e non mediante operatori indipendenti. Di fatto, secondo Cartier, l'unico fenomeno di vendite indipendenti manifestatosi sul mercato europeo sarebbe quello di Metro, che si avvale dei mezzi consistenti di cui dispone, per rifornirsi, in paesi terzi, di piccoli quantitativi di prodotti Cartier, che vengono poi, di volta in volta, concentrati nei diversi magazzini del gruppo. Occorre tuttavia sottolineare che

Cartier ha rinunciato a *provare* l'ermeticità della sua rete su scala mondiale.

Inoltre, come già rilevato, Cartier, nel giudizio in cui è convenuta, non ha dedotto che l'acquisto e la messa in commercio dei suoi prodotti da parte di Metro costituiscano atti illeciti e, in particolare, atti di concorrenza sleale.

13. Cartier — sostenuta dai governi francese e greco, nonché, con qualche riserva, dalla Commissione — afferma poi che, in ogni caso, per il diritto comunitario l'ermeticità di un sistema di distribuzione selettiva non è un requisito essenziale di legittimità del sistema stesso. Anzi, un certo grado di non ermeticità — che si traduce nella presenza, sul mercato di uno o più Stati membri, di un certo volume di vendite di prodotti contrattuali da parte di operatori indipendenti — deve considerarsi come un elemento di stimolo della concorrenza e quindi come un fattore di compatibilità, e niente affatto d'incompatibilità, del sistema stesso rispetto all'art. 85, n. 1.

14. Al riguardo, va anzitutto rilevato che, conformemente ad una ben nota e costante giurisprudenza, i sistemi di distribuzione selettiva sono considerati compatibili con l'art. 85, n. 1, allorché la selezione dei distributori sia giustificata da esigenze attinenti alla natura del prodotto di cui trattasi e sia operata sulla base di criteri oggettivi di natura qualitativa inerenti alle qualificazioni professionali del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti; tali criteri debbono inoltre ricevere un'applicazione uniforme, e non discriminatoria, per tutti i rivenditori potenziali (v., per tutte, sentenza 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal, Racc. pag. 3775).

15. In via di principio, l'istituzione di un sistema di distribuzione selettiva è senz'altro giustificata per prodotti — quali gli orologi Cartier — che rientrano nella categoria dei prodotti di lusso e di elevate qualità di manifattura. In questo settore, la canalizzazione della distribuzione attraverso operatori selezionati ed impegnati nelle vendite della marca è un requisito importante per la promozione dell'immagine e della reputazione commerciale del prodotto.

16. Stabilito che è in principio giustificata l'istituzione di un sistema di distribuzione selettiva per prodotti quali gli orologi Cartier, occorre poi determinare se la *non ermeticità* del sistema stesso possa inficiarne la legittimità.

17. In proposito va anzitutto precisato che il criterio dell'ermeticità è un criterio di diritto nazionale. Dal fascicolo emerge che la sua rilevanza nell'ambito dell'ordinamento tedesco è duplice. Sotto un primo profilo, di natura processuale, tale criterio vale ad invertire l'onere della prova nelle azioni di concorrenza sleale introdotte da un produttore, che abbia istituito un sistema di distribuzione selettiva, nei confronti dei terzi, distributori esterni alla rete, che abbiano commercializzato i suoi prodotti. In questa ipotesi, se il sistema di distribuzione è ermetico, si *presume* che il distributore fuori rete abbia agito in modo sleale, vuoi inducendo un concessionario autorizzato a commettere una violazione del contratto, vuoi avvalendosi semplicemente di una tale viola-

zione. La presunzione del carattere sleale dell'azione del terzo consentirà quindi al produttore di ottenere la cessazione della rivendita dei prodotti da parte del terzo ed il risarcimento del danno sofferto.

Sotto un secondo profilo, di natura sostanziale, il criterio dell'ermeticità vale a condizionare l'*efficacia* delle clausole del contratto di distribuzione selettiva che impongono al concessionario determinati obblighi, quali, segnatamente, l'obbligo di non vendere i prodotti contrattuali ad un prezzo inferiore al prezzo minimo imposto dal fabbricante, ovvero di non vendere i prodotti stessi a distributori esterni alla rete. Se il sistema non è ermetico, e se dunque il concessionario autorizzato si trova esposto alla concorrenza di terzi indipendenti, il concessionario stesso potrà sottrarsi all'esecuzione di detti obblighi formulando, nei riguardi del produttore, l'eccezione di *esercizio illecito del diritto*, eccezione che priva di effetti giuridici le clausole contrattuali invocate dal produttore. Per tal via, il sistema, di cui sia stata accertata la non ermeticità, viene in buona sostanza a perdere ogni effettiva portata vincolante nei confronti dei concessionari.

Peraltro, come mi pare sia emerso dalla discussione orale, anche nell'ordinamento tedesco il criterio della ermeticità non verrebbe direttamente in rilievo ai fini dell'applicazione del diritto nazionale delle intese.

18. Ad ogni modo, quale che sia la rilevanza del criterio dell'ermeticità sul piano interno, la questione cui occorre rispondere è se *sul piano comunitario* il sistema di distribuzione selettiva debba ritenersi incompatibile con l'art. 85, n. 1, per il semplice fatto di non essere ermetico.

19. In proposito, è stato sottolineato che né la Commissione né la Corte hanno mai contemplato l'ermeticità nel novero delle condizioni cui è subordinata la legittimità di un sistema di distribuzione selettiva. È evidente, tuttavia, che tale osservazione non è in sé determinante. Ciò che conta, viceversa, è la considerazione che la trasposizione di detto criterio nel quadro dell'art. 85 del Trattato non appare giustificata da alcuna effettiva esigenza di tutela della concorrenza.

20. Al riguardo, mi sembra opportuno muovere da un elemento di carattere fattuale. Come è stato giustamente sottolineato da Cartier, è del tutto normale che i sistemi di distribuzione presentino un certo grado, più o meno elevato, di non ermeticità. Basti pensare che detti sistemi sono concretamente istituiti con una certa gradualità: essi possono coprire, in un primo tempo, determinate aree geografiche, ed essere poi estesi, solo in un secondo tempo, ad altre aree. Ciò può in particolare verificarsi nell'ambito del mercato europeo: in tale mercato può benissimo accadere che un produttore riesca a creare una rete di distribuzione selettiva solo in alcuni Stati, dove i suoi prodotti sono più conosciuti ed accreditati agli occhi dei consumatori e dove quindi è più agevole trovare dei distributori disposti ad assumersi gli impegni e gli oneri propri di un contratto di distribuzione selettiva; mentre, in altri Stati, si procede, almeno per un certo periodo, ad una distribuzione attraverso operatori indipendenti. In questa ipotesi, è del tutto normale che, ove ne sussistano i presupposti economici, commercianti indipendenti stabiliti nei

paesi ove vi è distribuzione selettiva si riforniscano parallelamente presso commercianti indipendenti stabiliti nei paesi in cui non c'è viceversa una rete selettiva di vendita.

Inoltre, in generale il fenomeno delle vendite fuori rete può essere più difficilmente evitato qualora si tratti di prodotti commercializzati attraverso un numero elevato di rivenditori. Così, se non è escluso che si possa controllare ed assicurare la tenuta del sistema di distribuzione selettiva nel caso dei prodotti di lusso, che vengono solitamente distribuiti attraverso una rete alquanto limitata (ancorché proprio l'esempio di Metro sembri dimostrare il contrario), sicuramente più arduo è evitare che si producano falle nella struttura distributiva di prodotti a larga diffusione, come ad esempio l'elettronica amatoriale o i piccoli elettrodomestici, per i quali ci si avvale di regola di una commercializzazione ben più capillare.

21. Tenuto conto di questo sfondo fattuale, condizionare la legittimità di un sistema di distribuzione selettiva alla ermeticità del sistema stesso su scala europea, o addirittura su scala mondiale, rischierebbe di pregiudicare il gioco della concorrenza e non di preservarlo.

In primo luogo, infatti, imporre l'ermeticità come requisito essenziale finirebbe col limitare in misura notevole l'autonomia delle parti. Il produttore ed i suoi partners commerciali si troverebbero confrontati ad una scelta drastica ed in molti casi del tutto avulsa dalla realtà economica: o istituire un sistema a tenuta stagna dovunque o rinunciare del tutto alla distribuzione selettiva. In pratica, ciò varrebbe ad introdurre un elemento di rigidità nei rapporti commerciali, impedendo alle parti di determinare liberamente, e secondo il proprio apprezzamento, l'assetto ottimale della distribuzione. Ora, nella misura in cui proprio l'assetto integrato della distribuzione si rivela in taluni settori — come quello in causa — uno strumento importante per la promozione dei prodotti di cui trattasi, impedire al produttore di far ricorso alla distribuzione selettiva, solo per la ragione che non si riesce ad evitare un certo volume di vendite fuori rete, rischia di privarlo indebitamente di un *atout* importante nella concorrenza *interbrand.*

In secondo luogo, non va neanche sottaciuto che nei settori economici in cui tutti i maggiori produttori fanno ricorso, per la commercializzazione, a sistemi di distribuzione selettiva, la possibilità di vendite fuori-rete può anche avere un effetto benefico; tale possibilità funge da valvola di sicurezza, nella misura in cui, senza mettere in discussione la legittimità stessa delle reti selettive, vale comunque a temperare fenomeni di eccessiva rigidità, specie nei prezzi, mantenendo aperto uno spiraglio ad un limitato commercio parallelo da parte di operatori esterni alla rete ufficiale.

22. Quanto poi allo scompenso che le vendite fuori rete possono provocare nei rapporti di concorrenza fra operatori ufficiali ed operatori indipendenti, ebbene mi sembra che, ancora una volta, la soluzione di tale difficoltà debba essere rimessa all'autonomia delle parti interessate: produttore e distributori ufficiali. Costoro sono nella posizione più appropriata per stabilire se il volume delle vendite fuori rete è tale da mettere in discussione la coesione del sistema di distribuzione selettiva. In tal caso, sarà nell'interesse di tutti rivedere l'assetto della

commercializzazione e passare da una distribuzione specializzata ad una distribuzione libera. Nel far ciò, le parti potranno ovviamente avvalersi della risoluzione convenzionale del contratto di distribuzione selettiva e, in caso di contrasto di interessi, degli altri strumenti messi loro a disposizione dal diritto nazionale dei contratti.

Non seguire questo approccio rischierebbe di dar luogo ad una terapia peggiore del male, nel senso che, per rimediare agli scompensi causati al sistema di distribuzione selettiva dalle vendite fuori-rete, si dichiarerebbe, in virtù dell'applicazione dell'art. 85, nn. 1 e 2, la nullità del sistema nel suo complesso; e ciò, paradossalmente, anche contro la volontà di coloro, produttore e distributori ufficiali, che sono pregiudicati dalle vendite fuori rete.

D'altra parte, va anche rilevato, per completezza, che l'eventuale applicazione del criterio dell'ermeticità potrebbe rivelarsi molto incerta sul piano pratico. A partire da quale volume di vendite fuori-rete, e su che arco di tempo, si potrebbe ritenere che il sistema di distribuzione selettiva sia divenuto incompatibile con l'art. 85, n. 1? Si dovrebbe ipotizzare una soglia unica per tutti i settori ovvero soglie differenziate per i diversi settori? Ed in questa seconda ipotesi, in funzione di quali criteri? Sono i giudici — ivi compresa la Corte — in condizione di offrire una risposta a tali domande senza correre il rischio di assumere decisioni arbitrarie? Queste perplessità mi sembra confermino che gli eventuali problemi posti dall'esistenza di fenomeni di vendite fuori rete vanno risolti autonomamente dalle parti e non mediante interventi giudiziari fondati sull'applicazione dell'art. 85, nn. 1 e 2.

23. Propongo pertanto alla Corte di rispondere sul punto dichiarando che, in un sistema di distribuzione selettiva, il semplice fatto che i prodotti contrattuali siano legittimamente messi in vendita, sugli stessi mercati, oltre che dai concessionari ufficiali anche da commercianti non facenti parte della rete di distribuzione selettiva non è tale da rendere il sistema stesso incompatibile con l'art. 85, n. 1, del Trattato.

La limitazione della garanzia

24. Metro sostiene che la limitazione della garanzia ai soli prodotti venduti dai distributori ufficiali pregiudichi sostanzialmente le vendite effettuate dagli operatori indipendenti. Questa limitazione non sarebbe giustificata da esigenze attinenti alla protezione della qualità e del prestigio dei prodotti. Metro insiste sulla circostanza che le prestazioni inerenti alla garanzia sono effettuate dal produttore, il distributore limitandosi ad interventi banali e che non richiedono l'uso di particolari tecniche o attrezzature.

25. Cartier introduce viceversa un altro ordine di considerazioni. Sottolinea in particolare che solo i distributori ufficiali dispongono delle informazioni, dei materiali e degli strumenti necessari a conservare i prodotti, ed a fornirli al cliente, in perfetto stato di funzionamento. Ciò discende direttamente dai particolari impegni contrattuali che ciascun membro della rete ufficiale assume con

il contratto di distribuzione selettiva. Inoltre, solo i prodotti venduti tramite il circuito ufficiale sono soggetti ai controlli necessari a garantirne l'autenticità. I casi di prodotti contraffatti venduti da Metro lo dimostrerebbero. Sarebbe dunque lecito che il produttore limiti la garanzia ai soli prodotti venduti tramite il circuito ufficiale.

26. Nell'esame della questione, occorre anzitutto valutare quali siano gli effetti della limitazione della garanzia sui rapporti di concorrenza. In generale, i commercianti che non possono fornire i prodotti con la garanzia normalmente prestata dal fabbricante sono fortemente pregiudicati sul piano commerciale; fra un prodotto garantito ed uno non garantito, il consumatore sarà portato a preferire il primo, anche perché la mancanza di garanzia può ingenerare nel consumatore dubbi sulla qualità (se non addirittura sull'autenticità) del prodotto offertogli.

La Commissione sottolinea tuttavia che, nell'ambito dei sistemi di distribuzione *selettiva* (qualitativi), la limitazione della garanzia produce effetti diversi da quelli prodotti nelle ipotesi di distribuzione *esclusiva*.

Nei casi di distribuzione esclusiva, rifiutare la garanzia per i prodotti distribuiti dagli importatori paralleli pone il concessionario esclusivo, nel territorio di sua competenza, in una posizione di indubbio vantaggio rispetto agli importatori paralleli; questi ultimi, non potendo assicurare prestazioni in garanzia ai loro clienti, rischiano sostanzialmente di essere «tagliati fuori» dal mercato, con la conseguenza che l'esclusiva già riconosciuta dal produttore al suo concessionario tende a trasformarsi da esclusiva meramente relativa in esclusiva virtualmente assoluta.

Nei casi di distribuzione selettiva (qualitativa), tutti i rivenditori rispondenti ai requisiti prescritti hanno, almeno in teoria, la possibilità di venire autorizzati e di commercializzare i prodotti; ne consegue che in un determinato ambito territoriale vi può essere un numero variabile, ed anche assai elevato, di rivenditori autorizzati, nessuno dei quali gode di un'esclusiva territoriale di matrice contrattuale. In ipotesi di distribuzione selettiva, dunque, il rifiuto di concedere la garanzia per i prodotti venduti al di fuori del sistema non rafforza una preesistente esclusiva territoriale, bensì mira semplicemente a proteggere i distributori autorizzati dalla concorrenza di distributori non autorizzati.

Tenuto conto di queste considerazioni, si potrebbe essere tentati di concludere che nell'ipotesi di distribuzione selettiva (qualitativa) la limitazione della garanzia non produca effetti restrittivi della concorrenza. Rifiutare la garanzia per i prodotti venduti fuori rete non avrebbe altra conseguenza se non quella di sfavorire dei distributori — i distributori non autorizzati — che, in linea di principio (vale a dire se il sistema avesse funzionato in modo ottimale), non avrebbero proprio dovuto commercializzare i prodotti di cui trattasi.

27. Non nego che questo approccio sia suggestivo. Tuttavia, ad un'analisi più attenta mi sembra che esso si riveli sommario e del tutto infondato.

28. Anzitutto, rilevo, sia pure incidentalmente, che la selezione *qualitativa* è una brillante costruzione teorica, ma che non è per niente sicuro sia rigorosamente rispettata sul piano pratico. Malgrado tutte le precauzioni adottate dalla Commissione — peraltro del tutto assenti nel caso del contratto Cartier —, può avvenire che sistemi teoricamente qualitativi, ed aperti di conseguenza a qualsiasi rivenditore rispondente alle condizioni richieste, si rivelino poi, alla prova dei fatti, molto più chiusi, o comunque rigidi, di quanto dichiarato. Ciò potrebbe in particolare verificarsi nel caso di prodotti, come i prodotti di lusso, che hanno comunque una distribuzione piuttosto concentrata ed in cui è difficile stabilire se il sistema non sia in realtà fondato su una selezione *quantitativa*.

Ora, almeno finché la Commissione e la Corte continueranno ad essere in principio ostili a qualsiasi forma di selezione quantitativa, può ritenersi che il commercio da parte di operatori esterni alla rete, purché lecito, costituisca una sorta di valvola di sicurezza, che merita tutela anche sotto il profilo della garanzia.

29. Ma non è questa, comunque, la considerazione fondamentale. Ritengo in effetti che, anche qualora il sistema di distribuzione fosse genuinamente qualitativo, la limitazione della garanzia ai soli prodotti venduti dai concessionari ufficiali possa egualmente produrre degli effetti restrittivi della concorrenza rilevanti ex art. 85, n. 1.

30. Al riguardo, occorre muovere dal presupposto — già più volte ricordato — che le vendite fuori rete effettuate da operatori indipendenti, come Metro, sono lecite. Ove così non fosse, qualora ad esempio si trattasse di prodotti contraffatti, è chiaro che il problema della garanzia non si porrebbe neppure, atteso che il produttore potrebbe utilizzare altri rimedi, e ben più incisivi del rifiuto di garanzia, per opporsi a vendite illecite dei suoi prodotti. Peraltro, ed in via generale, è ovvio che la garanzia del fabbricante si applica ai soli prodotti originali e non certo ai prodotti contraffatti.

Nella specie, come dianzi precisato, Cartier non contesta che i prodotti venduti da Metro, e per i quali la garanzia è stata rifiutata, siano stati messi in commercio lecitamente: siano cioè prodotti non contraffatti.

31. A ciò si deve aggiungere che tutte le parti — ivi compresa la stessa Cartier — hanno insistito sul fatto che un certo grado di commercializzazione fuori rete è un fenomeno del tutto *normale* nella realtà commerciale, che può benissimo convivere con i sistemi di distribuzione ufficiali; e che anzi, quando si verifica, produce effetti *benefici* sulla concorrenza.

32. Ma, se questo è vero, allora non si comprende perché si dovrebbe riconoscere al produttore la facoltà di servirsi del rifiuto di garanzia come uno strumento, come un'arma, per recare pregiudizio ad operatori commerciali che pure esercitano un'attività da lui stesso riconosciuta non solo come lecita ma addirittura positiva per la concorrenza.

Invero il diritto comunitario delle intese riconosce e tutela il diritto del produttore di istituire sistemi selettivi e di vincolare i propri concessionari a vendere i prodotti contrattuali (oltre che ai consumatori finali) solo ad altri commercianti autorizzati. Una volta tuttavia che, per un qualsiasi motivo (estensione territorialmente limitata della rete ufficiale, legislazioni di altri paesi che non consentono di vietare contrattualmente le vendite ad operatori esterni alla rete, impossibilità di assicurare la tenuta stagna del sistema o altro), si sviluppi un commercio *lecito* fuori rete, non si vede perché questa attività commerciale non debba essere tutelata alla stessa stregua di tutte le altre, anche sotto il profilo della garanzia.

33. Questa tesi mi sembra anche suffragata da considerazioni attinenti alla *tutela del consumatore*, considerazioni che non dovrebbero essere estranee all'interpretazione dell'art. 85 del Trattato. Ammettere infatti la limitazione della garanzia comporta che consumatori che hanno *lecitamente* acquistato prodotti *originali* presso operatori indipendenti vengano privati, solo per questo fatto, della normale garanzia del produttore per difetti di fabbricazione. È, questa, una *discriminazione* assolutamente ingiustificata, almeno nella misura in cui si tratti di difetti che sono imputabili al produttore e non al commerciante indipendente che ha distribuito il prodotto.

34. Cartier ha peraltro fatto valere che la limitazione della garanzia trova giustificazione in ulteriori considerazioni. Secondo Cartier, la commercializzazione fuori rete aumenta il fattore di rischio insito in qualsiasi impegno di garanzia del fabbricante. Solo i commercianti specializzati sarebbero in grado di conservare al meglio i prodotti, riducendo al minimo il rischio dell'insorgere di guasti. Per contro, l'obbligo di garantire anche i prodotti venduti fuori rete esporrebbe il produttore a rischi, e quindi ad oneri, insostenibili. In fatto, Cartier ha precisato che l'apporto specifico dato dai concessionari autorizzati all'ottimale conservazione dei prodotti consiste, in sostanza, nella puntuale e tempestiva sostituzione delle pile al quarzo, nell'impiego, all'uopo, di batterie determinate e, in talune circostanze, nella sostituzione delle guarnizioni stagne.

35. Personalmente ritengo che si corra il rischio di sopravvalutare il ruolo dei concessionari autorizzati. Anche i commercianti esterni alle reti ufficiali possono essere seri professionisti e possedere le conoscenze e gli strumenti necessari ad assicurare una più che corretta conservazione e messa in funzione dei prodotti; non ritengo, invero, che commerciante indipendente sia sinonimo di commerciante non specializzato o, peggio ancora, di commerciante inetto.

Quanto al caso di specie, è bene richiamare che l'OLG, nella sua decisione del 20 dicembre 1988 [punto *f*) dei motivi], ha già rilevato che «le prestazioni di manutenzione e di garanzia che il concessionario stesso è tenuto a fornire si limitano in sostanza a prestazioni piuttosto periferiche (...), mentre gli interventi al "cuore" dell'orologio rimangono riservati al solo fabbricante»; e che, se è indubbio che le prestazioni di competenza del concessionario richiedono un'attrezzatura tecnica minima, è invece dubbio che tale attrezzatura ponga «esigenze tecniche, artigianali o finanziarie tali da non poter essere soddisfatte anche da un gran numero di altri

commercianti al dettaglio di orologi o dai reparti specializzati di grandi magazzini che dispongano del personale appropriato».

36. Tenuto conto di questi rilievi, si può nutrire più di un dubbio sul fatto che la vendita di orologi Cartier da parte di Metro implichi rischi tecnici tali da compromettere la gestione del sistema di garanzia istituito dal fabbricante.

37. Ma anche al di là di questo aspetto, ritengo essenziale un'altra considerazione. Ammettiamo pure che i concessionari autorizzati svolgano delle prestazioni sofisticate che i commercianti non autorizzati non sono in grado di offrire e che, inoltre, tali prestazioni siano determinanti per evitare l'insorgere di *taluni* problemi e guasti tecnici; è questo un aspetto di mero fatto che spetta evidentemente al giudice nazionale acclarare.

Ebbene, in una tale evenienza, il produttore potrà sicuramente rifiutarsi di garantire i difetti che sono la *conseguenza* dell'omissione o della non corretta esecuzione delle prestazioni suindicate da parte del commerciante indipendente.

Non v'è però nessuna ragione che autorizzi il produttore a non garantire difetti che nulla hanno a che vedere con tali prestazioni e che, in altri termini, avrebbero benissimo potuto prodursi anche qualora il prodotto fosse stato commercializzato da un concessionario autorizzato.

38. Tale soluzione mi sembra in grado di conciliare i diversi interessi a confronto. Da un lato, l'interesse del produttore a non rispondere di guasti che sarebbero stati evitati se il prodotto fosse circolato per il canale ufficiale. Dall'altro, l'interesse dei commercianti indipendenti e dei loro acquirenti a che non vi siano, sul piano della garanzia, indebite *discriminazioni* nei confronti dei prodotti venduti fuori rete: discriminazioni indebite che si produrrebbero di certo qualora il produttore potesse rifiutare la garanzia anche per difetti che non siano assolutamente imputabili all'operato del commerciante indipendente.

Così, nella specie, Cartier — ove le sue deduzioni risultassero in fatto fondate — potrebbe rifiutare la garanzia per un guasto connesso alla mancata o non corretta sostituzione delle batterie o della guarnizione stagna, ma non potrebbe rifiutarsi di garantire un guasto dovuto, ad esempio, a un difetto dei materiali di fabbricazione.

Ciò dovrebbe valere a maggior ragione in quanto la garanzia di Cartier si configura come una garanzia per «difetti di fabbricazione»; l'impegno assunto dal produttore nei riguardi dell'acquirente — quale risulta dall'apposito «certificato di garanzia» che accompagna gli orologi venduti — non dovrebbe comunque coprire i guasti imputabili al comportamento del commerciante indipendente.

39. Ritengo pertanto che l'impegno del produttore, contenuto nel «certificato di garanzia», di garantire i difetti di fabbricazione valga anche nei confronti dei consumatori che abbiano acquistato il prodotto stesso da commercianti non autorizzati, con la sola esclusione di quei difetti che siano la conse-

guenza della mancata o non corretta esecuzione, da parte del commerciante non autorizzato, delle prestazioni che sono normalmente effettuate dai concessionari autorizzati.

40. Questa soluzione, naturalmente, può riguardare non solo i prodotti in causa, ma, all'occorrenza, anche altre categorie di prodotti, soggette a distribuzione selettiva e coperte dalla garanzia del fabbricante.

Conclusion

41. Alla luce di tali considerazioni, suggerisco alla Corte di pronunciarsi nei seguenti termini:

«1) In un sistema di distribuzione selettiva, il semplice fatto che i prodotti contrattuali siano legittimamente messi in vendita, sugli stessi mercati, oltre che dai concessionari ufficiali anche da commercianti non facenti parte della rete di distribuzione selettiva non è tale da rendere il sistema stesso incompatibile con l'art. 85, n. 1, del Trattato.

2) L'art. 85, n. 1, del Trattato si oppone a che, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, un produttore, d'intesa con i concessionari autorizzati, escluda dalla garanzia per difetti di fabbricazione i prodotti legittimamente messi in vendita da commercianti non autorizzati. Tale garanzia, tuttavia, non può essere invocata dall'acquirente in relazione a difetti o guasti del prodotto che siano la conseguenza della mancata, o non corretta, esecuzione, da parte del commerciante non autorizzato, di prestazioni che sono normalmente eseguite dai concessionari autorizzati».