CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JOSEPH GAND DEL 3 GIUGNO 1969 [1]

Signor Presidente,
Signori Giudici,

Il provvedimento dell'Oberlandesgericht di Monaco mirante a far interpretare l'articolo 85 del trattato di Roma vi offrirà la possibilità di precisare la giurisprudenza delle sentenze *Société technique minière*, 30 giugno 1966 (56-65, Raccolta XII-1966, pag. 262) e *Gründig*, 13 luglio 1966 (56 e 58-64, Raccolta XII-1966, pag. 458), specie per quanto riguarda i contratti di esclusiva con protezione territoriale assoluta.

I

Vediamo anzitutto gli antefatti che ci servono a comprendere la questione deferita.

La ditta tedesca Joseph Erd & Co, di proprietà del sig. Völk, fabbrica delle lavatrici e delle asciugapanni, distribuite con il marchio « Konstant ». La percentuale del mercato conquistata da questa marca è molto ridotta : 2 361 unità nel 1963 e 861 nel 1966, cioè rispettivamente 0,2 % e 0,05 % circa della produzione della Repubblica federale. Il 15 settembre 1963 veniva stipulato con la Ets. Vervaecke — che distribuisce in Belgio elettrodomestici — un contratto che concedeva a quest'ultima ditta l'esclusiva di vendita degli apparecchi Konstant nel Belgio e nel Lussemburgo. Il contratto era stipulato per tre anni, con proroga automatica di due anni alla scadenza, salvo denuncia con un anticipo di 9 mesi.

Tra le clausole del contratto ricorderò le seguenti :

— La Erd conferisce alla Vervaecke l'esclusiva di vendita dei suoi prodotti nel Belgio e nel Lussemburgo. Solo nel caso in cui questa non vendesse determinati apparecchi prodotti dalla Erd, quest'ultima si riserva la facoltà di fornire a terzi detti modelli.

— La Vervaecke s'impegna a ritirare mensilmente, dopo un periodo di avviamento di sei mesi, 80 apparecchi e a non vendere apparecchi prodotti dalla concorrenza che abbiano le stesse caratteristiche della produzione analoga della Erd.

— Il concedente s'impegna a tutelare la Vervaecke nella zona di vendita esclusiva che gli viene garantita; pare tuttavia che il concessionario fosse autorizzato a vendere nelle zone in cui la Erd non era ancora rappresentata ed in particolare avesse la facoltà di costituire una rete di vendita nei Paesi Bassi, che però non è stata realizzata.

Né il contratto del 15 settembre 1963, né le clausole aggiunte posteriormente sono stati notificati alla Commissione. Il contratto è stato del resto eseguito solo in minima parte, poiché in un anno sono state vendute nel Belgio solo 200 lavatrici. La Erd chiedeva allora alla Vervaecke il pagamento di 11 560 DM per la fornitura di 20 lavatrici e domandava inoltre il rimborso delle spese sopportate per l'inutile fornitura di 50 lavatrici.

Il giudice tedesco si è trovato di fronte al problema della validità del contratto sotto il profilo dell'articolo 85 del trattato di Roma, il che lo ha indotto a deferirvi la seguente questione pregiudiziale :

« Se, onde stabilire se il contratto litigioso del 15 settembre 1963 (con le clausole aggiuntive del 1° gennaio 1964 e dell'11 marzo 1964) sia vietato a

1 — Traduzione dal francese.

norma dell'articolo 85, n. 1, del trattato CEE, si debba tener conto della partecipazione al mercato effettivamente raggiunta o cui aspirava ultimamente l'attore, nell'ambito dei Paesi membri della Comunità economica europea e specialmente della zona di esclusiva assoluta (Belgio e Lussemburgo) della convenuta. »

II

Si deve naturalmente prescindere dal desiderio del giudice proponente, il quale si augura che la vostra pronuncia si riferisca particolarmente all'applicazione delle norme del trattato al contratto specifico di cui deve conoscere; a parte ciò, la questione è chiaramente formulata.

1. Contrariamente a quanto è stato talvolta sostenuto, la sentenza Gründig non mi pare implichi che la concessione di un'esclusiva munita della clausola di protezione territoriale assoluta cada necessariamente sotto il divieto dell'articolo 85, n. 1. Il caso specifico sul quale vi siete pronunciati era troppo particolare per poterne trarre delle conclusioni così assolute.

Nemmeno i regolamenti di esecuzione comunitari forniscono una soluzione. Infatti, né la mancata notifica del contratto né la mancanza dei presupposti per ottenere l'esenzione (come ad esempio è previsto per certe categorie nel regolamento 67/67 della Commissione) sono determinanti allorché si deve stabilire se un contratto sia o meno vietato dall'articolo 85, n. 1.

Come si afferma nella sentenza *governo della Repubblica italiana contro Consiglio e Commissione CEE* (32-65, 13 luglio 1966, Raccolta XII-1966, pag. 320), « la definizione di una categoria delimita soltanto un certo ambito e non significa affatto che gli accordi in esso compresi siano tutti soggetti al divieto. Non è detto nemmeno che un accordo compreso nella categoria esentata, ma che non risponda a tutte le previsioni di detta definizione, ricada necessariamente sotto il divieto ».

2. È dunque opportuno ritornare all'enunciato dell'articolo 85, n. 1, che dichiara : « incompatibili col mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ».

La norma implica quindi che sussistano due presupposti che, nelle sue osservazioni, la Commissione esamina alla luce della vostra giurisprudenza, iniziando da quello che subordina l'incompatibilità dell'accordo col mercato comune al rilievo che l'accordo ha lo scopo o l'effetto di falsare la concorrenza. In linea di principio, è proprio questo l'*oggetto* di un accordo di esclusiva che implica una clausola di protezione territoriale assoluta. Infatti, se nella zona protetta si rendono più difficili o si escludono le possibilità di vendita dei distributori terzi, se i consumatori di questa zona possono procurarsi gli stessi prodotti solo presso il concessionario esclusivo ed hanno quindi una ridotta possibilità di scelta nella fase distributiva, si sono realizzate le conseguenze cui mirava l'accordo.

È possibile fermarsi qui? Nella sentenza *Gründig* avete affermato che, per applicare l'articolo 85, n. 1, era superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo dal momento in cui era evidente che tale accordo mirava a restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza, il che potrebbe implicare una soluzione negativa della questione sollevata; la portata di tale dichiarazione deve, a quanto pare, essere limitata ai fatti che erano alla base della sentenza; infatti, secondo la sentenza *Technique minière* si deve considerare l'oggetto stesso dell'accordo « tenuto conto della situazione economica cui esso verrà applicato » e l'articolo 85, n. 1, sarà applicabile se da tale esame risulta che l'accordo « possa seriamente nuocere alla concorrenza ». Ciò equivale in sostanza ad affermare che l'alterazione della concorrenza non

deve essere solo teorica, ma deve essere di una certa entità e questa situazione si realizza in pratica qualora vi sia una restrizione « sensibile », come richiede la sentenza, nel caso in cui l'accordo venga considerato non più nel suo scopo, ma nei suoi effetti.
D'altra parte, tale gioco della concorrenza va inteso nell'ambito effettivo in cui si produrrebbe se non ci fosse l'accordo, le cui conseguenze per le altre imprese o per i consumatori possono essere molto diverse a seconda della parte del mercato che l'industriale controlla o cerca di controllare. Siamo quindi ritornati alla domanda deferita dal giudice tedesco.
Avete già fatto cenno a questo aspetto del problema quando, volendo stabilire in quali condizioni si debba considerare vietato un contratto d'esclusiva, avete elencato vari elementi di cui si deve tenere conto. Oltre al rigore delle clausole che mirano a proteggere l'esclusiva oppure alle possibilità lasciate ad altre correnti commerciali, al carattere isolato dell'accordo, alla sua importanza in un complesso di elementi, avete anche ricordato la natura o la quantità limitata o meno dei prodotti che costituiscono oggetto dell'accordo, nonché la posizione del concedente e quella del concessionario sul mercato dei prodotti in questione. Si deve insistere su quest'ultimo punto.
Se il fabbricante controlla una percentuale piuttosto alta del mercato, gode di una posizione forte per quanto riguarda i prodotti che costituiscono l'oggetto dell'accordo, quindi vi è ragione di pensare che la concorrenza è sensibilmente influenzata nella fase distributiva da una concessione esclusiva garantita da una protezione territoriale assoluta. Non si può invece essere così categorici se la posizione del produttore è molto debole. Un contratto dello stesso tipo può consentire d'introdurre i propri prodotti in una zona di vendita, ma lascia praticamente intatte le possibilità di scelta del consumatore e le possibilità di vendita dei terzi distributori. Senza volerci pronunciare nell'ambito dell'articolo 177 sulla fattispecie deferita al giudice tedesco, si può pensare ad esempio che i dati di produzione testé citati rappresentano una goccia nel mare rispetto alla produzione complessiva della Repubblica federale e al mercato belgo-lussemburghese.
Concluderò su questo punto sottolineando che la sentenza Gründig tiene conto del fatto che la marca è *molto conosciuta*, onde valutare l'influenza sul gioco della concorrenza nell'ambito del mercato comune dell'accordo che mira ad isolare il mercato francese dei prodotti di detta marca e a mantenere artificialmente mercati separati. Se ne può concludere che un accordo della stessa natura relativo ai prodotti di una marca pressoché sconosciuta non sarebbe stato da voi giudicato in modo analogo e con altrettanta severità.

3. Alla fine delle sue osservazioni, la Commissione aggiunge che, per ripercuotersi sull'interscambio — altra condizione contemplata dall'articolo 85, n. 1 — l'accordo dev'essere tale da minacciare la libertà di commercio tra gli Stati, pregiudicando la realizzazione di un unico mercato internazionale, il che presuppone che l'alterazione del commercio assuma notevole entità.
I due presupposti tendono così a congiungersi ed in effetti non è facile tenerli distinti.
Ci si può tuttavia domandare se non sia più opportuno esaminare anzitutto questo aspetto : infatti l'accertare se un accordo possa ripercuotersi sul commercio tra gli Stati membri non è solo una condizione necessaria affinché l'accordo sia vietato in forza dell'articolo 85, n. 1, ma è una questione preliminare. Com'è detto nella sentenza *Technique minière*, « l'alterazione della concorrenza causata da un determinato accordo ricade sotto il divieto dell'articolo 85 nella misura in cui coincide sul commercio fra Stati membri, mentre in caso contrario non ne è colpita ».
A questo punto non resta altro da fare che richiamarsi ai particolari della

sentenza, la quale precisa che la disposizione litigiosa contempla la possibilità di un ostacolo alla realizzazione di un mercato unico. In via generale, l'accordo di concessione cade sotto il divieto dell'articolo 85, n. 1, se, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, si deve ragionevolmente ritenere ch'esso possa esercitare un'influenza diretta o indiretta attuale o potenziale, sulle correnti dell'interscambio. Più precisamente, si deve stabilire se l'accordo possa isolare determinati mercati.

Prescindendo dal vero oggetto dell'accordo, il contratto stipulato da un produttore che domina una minima parte del mercato non può impedire la realizzazione di un mercato internazionale unico; la debole posizione del produttore gl'impedisce di influenzare sensibilmente il mercato. La considerazione realistica della situazione induce quindi a pensare che l'interscambio non può risentire di un accordo stipulato in una situazione analoga a quella del contratto di cui deve conoscere il tribunale tedesco.

Si potrebbe dunque giungere alla seguente soluzione :

— Il contratto di concessione esclusiva munito di clausola di protezione territoriale assoluta è normalmente vietato dall'articolo 85, n. 1; tuttavia esso non è vietato qualora non possa ripercuotersi sull'interscambio oppure non possa impedire, restringere o falsare sensibilmente la concorrenza sul mercato comune.
— Per decidere in proposito, si deve eventualmente tener conto della posizione attuale o potenziale del concedente sul mercato del settore specifico.
— Se la partecipazione è insignificante e se i quantitativi garantiti al concessionario costituiscono una percentuale minima dei quantitativi totali venduti sul mercato in questa zona, si può presumere che l'accordo non sia colpito dalle disposizioni restrittive dell'articolo 85 del trattato.

Spetta all'Oberlandesgericht di Monaco pronunciarsi sulle spese.