

Sulla seconda questione

5. Un'operazione d'importazione o d'esportazione non ricade di per sé sotto il divieto di cui all'art. 85, n. 1, del trattato.

	Lecourt	Mertens de Wilmars	Kutscher
Donner	Trabucchi	Monaco	Pescatore

Così deciso e pronunziato a Lussemburgo, il 25 novembre 1971.

Il presidente
R. Lecourt

Il cancelliere
A. Van Houtte

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE DEL 28 OTTOBRE 1971¹

*Signor Presidente,
Signori Giudici,*

La Béguelin è una società belga di import-export.

Il 1° marzo 1967 essa stipulava un contratto di esclusiva con la ditta giapponese Oshawa, relativo alla distribuzione in Francia ed in Belgio degli accendisigari a gas di marca «Win». Alcuni giorni dopo la Béguelin Belgio creava una filiale in Francia, interamente sotto il suo controllo, e il 25 marzo 1967 la Béguelin Fran-

cia assumeva la rappresentanza esclusiva della ditta Oshawa per la Francia.

Poco dopo, la Oshawa nominava la ditta Marbach, tedesca, rappresentante esclusivo degli accendisigari Win per la Germania.

Nel 1969 una società francese, la G. L. Import-Export di Nizza, acquistava dalla Marbach 18 000 accendisigari Win, di proprietà della Marbach, però ancora giacenti in franchigia ad Amburgo. Sdoganata la partita in Francia, la G. L. Import-Export ne iniziava la vendita.

¹ — Traduzione dal francese.

Le due società Béguelin ritennero illecita quest'operazione e citarono la G. L. Import-Export e la Marbach dinanzi al Tribunal de commerce di Nizza chiedendo che

- fosse vietato alla G. L. Import-Export, sotto pena di ammenda, di vendere in Francia gli accendisigari Win;
- la ditta francese e la ditta tedesca fossero condannate al risarcimento del danno patito dalle società Béguelin a seguito delle pratiche di concorrenza illecita e sleale messe in atto nei loro confronti.

Le società Béguelin fondavano le loro pretese sui contratti di esclusiva stipulati con la Oshawa e le convenute opponevano la nullità di detti contratti per incompatibilità con l'art. 85 del trattato CEE. Nell'ambito di questa controversia il Tribunal de commerce di Nizza vi interpellava in via pregiudiziale sui punti che seguono.

Premetterò due osservazioni:

1. Il Tribunal de commerce di Nizza, è l'unica autorità competente ad interpretare i contratti litigiosi e a decidere se contengano una clausola relativa alla zona di esclusiva; purtroppo ha adito la Corte in via pregiudiziale senza chiarire questo punto.

Ricorderete che questa lacuna ha provocato discussioni in udienza: il rappresentante della G. L. Import-Export e l'agente della Commissione affermano che la zona di esclusiva potrebbe intendersi costituita dagli artt. 9, lett. b) dei contratti di cui trattasi, mentre logicamente il rappresentante della Béguelin nega che vi siano clausole in questo senso.

Non spetta a voi risolvere la questione, tuttavia mi permetto di suggerire che è opportuno fornire comunque lumi al tribunale di Nizza, per l'eventualità che questi statuisca che i contratti in questione determinino una zona di esclusiva.

2. Il tribunale di Nizza, nel lodevole sforzo di fornirvi il maggior numero possibile di elementi di giudizio, ha redatto il provvedimento di rinvio facendo forse

un po' di confusione tra le questioni di fatto e quelle di diritto.

I rappresentanti di alcune delle parti in causa ne hanno approfittato per contestare alcuni elementi di fatto, rilievi che comunque mi paiono assolutamente insignificanti ai fini di una pronuncia pregiudiziale.

È stato osservato che la merce non era stata sdoganata in Germania, ma è giunta in Francia da un porto franco tedesco, il che muterebbe completamente la situazione, cioè impedirebbe di applicare alla fattispecie l'art. 85 del trattato.

L'argomento mi pare vada disatteso «in limine limitis».

L'art. 85 del trattato ed i regolamenti emanati per la sua applicazione, uniche norme che dobbiate interpretare in questa occasione, non contemplano operazioni d'import-export sia singole che effettuate in serie, ma si riferiscono agli accordi tra imprese, alle decisioni di associazioni tra imprese o alle pratiche concertate che hanno dato origine e che caratterizzano tali operazioni.

La giacenza della merce in un porto franco avrebbe quindi importanza se doveste pronunciarsi su uno sviamento di traffico, ma è del tutto irrilevante ai fini di una pronuncia sull'art. 85 e sulle norme adottate per applicarlo.

In sostanza quindi penso che il tribunale di Nizza abbia inteso deferirvi queste questioni:

1. Se l'art. 85 debba applicarsi nell'ipotesi in cui una società, con sede in uno Stato membro, crei in un altro Stato membro una filiale onde poter esercitare nel secondo Stato un diritto d'esclusiva di cui la prima è titolare, specie se la filiale è interamente controllata dalla società madre.
2. Entro quali limiti si può applicare l'art. 85 del trattato ad un contratto di esclusiva stipulato tra una ditta avente sede in un paese terzo ed una ditta avente sede in uno Stato membro, specie se detto contratto stabilisce una zona di esclusiva?
3. Qualora a detto contratto debba applicarsi l'art. 85, in virtù del regola-

mento n. 67, è possibile sottrarlo fino al 1° gennaio 1973 ai divieti ed alle nullità sancite da detto articolo?

4. In quale modo le norme interne contro la concorrenza sleale si conciliano con le disposizioni dell'art. 85?
5. La nullità di cui al n. 2 dell'art. 85 che colpisce i contratti di cui al n. 1 dello stesso articolo riguarda soltanto i rapporti tra le parti o esercita i suoi effetti anche nei confronti dei terzi?

Per le questioni 2 e 3 la vostra giurisprudenza ha già fornito una risposta.

I

Sul punto 1 vi proporrò di dare una risposta che è molto simile a quella suggerita dalla Commissione.

Ritengo infatti che l'art. 85 del trattato non possa venire applicato all'ipotesi di una società che, titolare di un diritto di esclusiva in due Stati membri, crea nel secondo Stato una filiale da lei interamente controllata onde poter più agevolmente esercitare il suo diritto in questo secondo Stato.

Tale atto non costituisce né un «*accordo tra imprese*», né un'associazione tra imprese che possa pregiudicare la concorrenza.

1. È vero che la costituzione legale della società in pratica assume la forma di un accordo multilaterale tra società, tuttavia non sono ravvisabili gli estremi di un accordo tra imprese, giacché la gestione della filiale è controllata quasi interamente dalla società madre, alla quale appartiene anche quasi tutto il capitale sociale. Accordo tra imprese potrebbe essere solo quello tra due società che in precedenza erano in concorrenza fra di loro e che si accordano per disciplinare questa concorrenza. È praticamente impossibile in questo caso che una diventi filiale dell'altra e questi sono gli accordi vietati dall'art. 85.

I dati forniti dal Tribunal de commerce non consentono però di ravvisare questo

tipo di accordo e quindi non sarà il caso di parlarne nella vostra risposta, giacché la costituzione di una filiale economicamente vincolata esula dalla sfera d'applicazione dell'art. 85.

2. Lo stesso può dirsi per il trasferimento alla filiale del diritto d'esclusiva: anzitutto gli atti del fascicolo non lasciano intendere che questo trasferimento sia effetto di un accordo tra società madre e filiale, come invece è stato fatto in altre occasioni di cui si è occupata la Commissione nell'esercizio dei poteri di sindacato che le conferisce il n. 3 dell'art. 85.

La Béguelin Francia sembrerebbe aver acquistato il diritto di esclusiva in virtù di un contratto diretto con la concedente giapponese. La Béguelin Francia non può aver stipulato un contratto diretto in virtù del quale ha acquisito un diritto in precedenza spettante alla Béguelin Belgio senza il suo consenso. Il consenso è stato dato tacitamente, ma questa manifestazione di volontà è sufficiente per far partecipare la Béguelin Belgio come contraente indiretta al contratto tra Béguelin Francia e Oshawa.

La Commissione fa giustamente rilevare che il negozio con cui una società madre trasferisce i propri diritti ad una filiale che essa controlla interamente o l'autorizzazione a trasferire tali diritti alla filiale, non costituisce accordo tra imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, giacché la filiale è interamente controllata. Non si tratterebbe di un accordo tra imprese, ma di una riorganizzazione nell'ambito della stessa impresa.

Il divieto dell'art. 85, n. 1 scatta solo se è messa in pericolo la concorrenza, mentre è chiaro che non vi sarà concorrenza tra società madre e filiale che formano un tutto economico: qualunque accordo tra le due società, anche se distinte, non potrà pregiudicare una concorrenza che esse non si fanno.

In pratica poi, se applicassimo l'art. 85 ad un contratto di questo genere, con cui una ditta promuove al rango di società giuridicamente riconosciuta il proprio servizio di vendita in un altro Stato,

significherebbe creare complicazioni inutili, che vanno ben oltre le intenzioni degli autori dell'art. 85.

Sul primo punto si dovrebbe quindi rispondere che:

Se un'impresa con sede in uno Stato membro crea in un altro Stato membro una filiale che non ha indipendenza economica, ma ha solo la funzione di esercitare nel secondo Stato il diritto di esclusiva di cui la società madre è già titolare, l'iniziativa non rientra tra quelle vietate dall'art. 85, n. 1, del trattato.

II

Esiste un'abbondante giurisprudenza dalla quale desumere i principi generali per stabilire se e fino a qual punto un contratto di esclusiva come quello stipulato dalle Béguelin, rientri nella sfera d'applicazione dell'art. 85.

1. I contratti di esclusiva di vendita non rientrano automaticamente nella sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1, del trattato.

2. Tali accordi, specie se contengono clausole relative alla costituzione della zona di esclusiva, possono comunque venire colpiti dai divieti dell'art. 85 se, a sé considerati o visti in un complesso di contratti paralleli, possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ed hanno per scopo o per effetto d'impedire, di restringere o di falsare sensibilmente la concorrenza nell'ambito del mercato comune.

Il giudice proponente ha dimostrato di conoscere questi principi, ma mi pare che gli torni difficile applicarli:

A — Anzitutto il tribunale di Nizza ignora se l'art. 85 abbia efficacia anche nei confronti dei contratti stipulati con società aventi sede in un paese terzo. La circostanza è irrilevante, poiché l'applicazione dell'art. 85, n. 1, è subordinata *agli effetti del contratto nell'ambito del mercato comune*.

Questo principio è chiaramente desumibile dalla sentenza Sirena, nella quale avete stabilito che il giudice nazionale aveva facoltà di stabilire se contratti stipulati tra ditte americane e società dei sei paesi membri fossero o meno leciti a norma dell'art. 85, n. 1.

B — La seconda difficoltà è molto grave: potrete aiutare il giudice nazionale a superarla, ma non dovrete sostituirvi a lui.

Si tratta di stabilire se il contratto litigioso non sia uno di quegli accordi relativamente insignificanti e che come tali non possono né pregiudicare il commercio tra gli Stati membri né influire sulla concorrenza nell'ambito del mercato comune.

Il problema è molto delicato: il valore assoluto del prodotto importato non è molto alto, le imprese contraenti, secondo il parametro comunitario, possono considerarsi medie o piccole, quindi, astrazione fatta dalle caratteristiche del mercato specifico, si potrebbe concludere che gli accordi non sono di quelli più importanti.

Il mercato europeo degli accendisigari, però, ha caratteristiche che potrebbero contribuire a rendere importantissimi contratti che in altri settori sarebbero nettamente trascurabili. Spetta al giudice di merito stabilirlo e voi potrete fornirgli un'utile guida ricordandogli i criteri cui dovrà attenersi in questa valutazione. Voglio però ricordare che:

1. Il rappresentante della società Béguelin ha ricordato una comunicazione del 27 maggio 1970, nella quale la Commissione ha cercato di fissare i criteri per definire la nozione di accordo di minore importanza.

L'argomento mi pare inconferente per tre motivi:

a) La comunicazione, com'è sottolineato nel testo stesso, ha carattere puramente indicativo e non costituisce una norma vincolante né per il giudice nazionale né per la Commissione e tanto meno invocabile dalle parti.

- b) Come ha rilevato l'agente della Commissione, è dubbio che la fattispecie coincida con una delle ipotesi contemplate nella comunicazione.
- c) Infine, come ho già detto e come avevo rilevato nella causa Cadillon, un accordo — pur se riguardante cifre d'affari poco elevate e stipulato da imprese piccole o medie — può rientrare tra quelli vietati in considerazione delle caratteristiche del mercato specifico.

2. Suggestisco quindi di ricordare al giudice proponente l'importanza che possono avere le caratteristiche del mercato degli accendisigari.

Propongo quindi questa risposta:

- a) Un contratto di esclusiva non è automaticamente vietato dall'art. 85, n. 1, del trattato; tuttavia, specie se contiene clausole relative alla zona di esclusiva, può incappare nei rigori dell'articolo se ha ripercussioni sugli scambi tra gli Stati membri in misura tale da nuocere al perseguimento degli scopi di un mercato unico e se ha come scopo o come effetto d'impedire, di restringere o di falsare la concorrenza nell'ambito del mercato comune.
- b) Per accertare la sussistenza di questi due presupposti, si deve collocare l'accordo sul suo sfondo naturale, tenendo conto particolarmente degli accordi paralleli eventualmente già stipulati tra lo stesso fornitore ed altri distributori, delle caratteristiche del mercato del prodotto specifico o dei prodotti similari nonché della posizione dell'interessato su detto mercato.

III

Non mi dilungherò sulla terza questione (incidenza eventuale del regolamento n. 67/67 sulla fattispecie in esame).

1. La Commissione afferma che l'accordo Oshawa/Béguelin Francia non può

fruire delle disposizioni dell'art. 1 del regolamento n. 67/67 in quanto non presenta i presupposti elencati all'art. 3 dello stesso regolamento.

La lettera b) dell'art. 3 esclude dall'eccezione stabilita dall'art. 1 i contratti di esclusiva «se i contraenti rendono più difficile per gli intermediari o gli utilizzatori, il procurarsi le merci oggetto del contratto presso un altro commerciante all'interno del mercato comune».

Secondo la Commissione il contratto di cui trattasi avrebbe queste conseguenze, in quanto l'art. 9 mira proprio a stabilire la zona di esclusiva. Sotto il profilo giuridico la tesi della Commissione è ineccepibile; tuttavia nonostante l'evidente logica della soluzione, non potreste sostituirvi al giudice nazionale per determinare la portata dell'art. 9 del contratto litigioso.

Penso quindi che darete alla vostra risposta una formulazione più astratta di quella suggerita dalla Commissione.

2. Dopo aver avuto notizia della stipulazione dei contratti tra la Oshawa e la Béguelin, la Commissione in via subordinata ha osservato che in ogni caso le due società Béguelin non possono più invocare le disposizioni del regolamento 67/67, poiché hanno esperito un'azione nei confronti della G. L. Import-Export di Nizza, e della ditta tedesca Marbach. Infatti l'art. 3, lett. b), 2° comma del regolamento n. 67/67 stabilisce che «l'art. 1, § 1, non si applica... qualora i contraenti prendano misure in modo da impedire... di acquistare altrove nel mercato comune i prodotti oggetto del contratto o di smerciarli nella zona contrattuale».

L'azione esperita dalla Béguelin Francia costituirebbe una delle «misure» che impediscono all'interessato di fruire delle disposizioni di cui all'art. 1 del regolamento n. 67/67.

Non sono d'accordo: infatti una citazione per concorrenza sleale può avere più fondamenti: in udienza si è parlato di un contratto di esclusiva, ma si è anche affermato che in alcuni casi la società di Nizza non ha tolto dai conte-

nitori degli accendisigari dei volantini che garantivano all'acquirente la possibilità di fruire dell'assistenza post vendita della Béguelin Francia.

Ciò premesso, mi pare pericoloso ammettere che un'azione per concorrenza sleale, fondata sulla violazione di un contratto d'esclusiva, è sufficiente a far dichiarare che è stato fatto ricorso ad una delle misure di cui all'art. 3, lett. b), § 2, del regolamento n. 67/67, il che esclude il contratto dalla sfera di applicazione dell'art. 1 dello stesso regolamento, allorché il contratto presenta tutti gli altri presupposti contemplati dagli artt. 2 e 3.

Il problema non va esaminato con occhio meschino e pignolo; cioè non si deve stare a vedere se l'esperimento di un'azione per concorrenza sleale rappresenta uno dei provvedimenti contemplati dall'art. 3, lett. b), § 2, del regolamento. Si devono invece considerare con una mentalità diversa i rapporti tra l'art. 85 del trattato e le norme nazionali che tutelano i commercianti contro la concorrenza sleale.

Ciò premesso, e poiché quest'ultimo argomento è avanzato dalla Commissione del tutto in subordine (com'è stato detto in udienza), vi proporrò di rispondere alla terza questione come segue:

Un accordo con cui un produttore s'impegna a tutelare un concessionario esclusivo in uno Stato membro contro le forniture che potrebbero effettuarsi in questo Stato da parte di terzi, e con cui il concessionario assume l'impegno di non vendere prodotti concorrenti e di astenersi da ogni vendita al di fuori della zona a lui riservata, in virtù dell'art. 3 del regolamento n. 67/67 esula dalla sfera d'applicazione dell'art. 1 di detto regolamento.

IV

Per quanto riguarda il rapporto tra l'art. 85 del trattato e le disposizioni di diritto interno in materia di concorrenza sleale, penso si possano richiamare i principi sanciti nelle sentenze *Sirena* e *Deutsche*

Grammophon. I due casi testé citati implicavano un problema più specifico, cioè si trattava di conciliare la disciplina nazionale sul marchio o un diritto interno analogo al diritto d'autore e le disposizioni dell'art. 85 del trattato. Penso che i principi sanciti in materia di marchi o di proprietà intellettuale possano anche valere più genericamente per tutelare l'operatore economico contro la concorrenza sleale.

Infatti le discipline interne dei marchi e della proprietà intellettuale mirano a garantire una particolare tutela contro una certa forma di concorrenza ritenuta sleale, quindi prendendo le mosse dalle considerazioni cui vi siete ispirati, si può ricordare che in materia di concorrenza sleale le norme di diritto interno non devono venir distolte dalla loro specifica finalità, nè utilizzate a fini contrari agli scopi generali del mercato comune; infine l'esercizio dei diritti che le norme interne conferiscono ai singoli trova i suoi limiti nei criteri di cui sopra.

Propongo quindi di ricalcare le norme già seguite nella sentenza *Deutsche Grammophon* e di rispondere al giudice proponente che:

L'esercizio dei diritti che uno Stato membro conferisce agli operatori economici per tutelarsi contro la concorrenza sleale è vietato a norma dell'art. 85, n. 1 del trattato ogni qualvolta risulti l'oggetto, il mezzo o la conseguenza di un'intesa che, vietando le importazioni dagli altri Stati membri di prodotti lecitamente posti in commercio in questi Stati, isola il mercato e rischia di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

V

Questo punto non è mai stato da voi affrontato: l'art. 85, n. 2 stabilisce che gli accordi previsti al n. 1 sono «nulli di pieno diritto». Dal momento che l'art. 85 è stato dichiarato immediatamente efficace, la nullità può essere eccepita sia dalle parti contraenti dirette od indirette, che dai terzi ed ha gli stessi effetti per gli uni e per gli altri.

Le risposte che propongo di fornire al Tribunal de commerce di Nizza sono quindi:

1. Se un'impresa con sede in uno Stato membro crea in un altro Stato membro una filiale che non ha indipendenza economica, ma ha solo la funzione di esercitare nel secondo Stato il diritto di esclusiva di cui la società madre è già titolare, l'iniziativa non rientra tra quelle vietate dall'art. 85, n. 1, del trattato.
2. a) Un contratto di esclusiva non è automaticamente vietato dall'art. 85, n. 1, del trattato; tuttavia, specie se contiene clausole relative alla zona di esclusiva, può incappare nei rigori dell'articolo se ha ripercussioni sugli scambi tra gli Stati membri in misura tale da nuocere al perseguimento degli scopi di un mercato unico e se ha come scopo e come effetto di impedire, di restringere o di falsare la concorrenza nell'ambito del mercato comune.
2. b) Per accertare la sussistenza di questi due presupposti, si deve collocare l'accordo sul suo sfondo naturale, tenendo conto particolarmente degli accordi paralleli eventualmente già stipulati tra lo stesso fornitore ed altri distributori, nonché tenendo conto delle caratteristiche del mercato del prodotto specifico o dei prodotti similari nonché della posizione dell'interessato su detto mercato.
3. Un accordo con cui un produttore s'impegna a tutelare il concessionario esclusivo in uno Stato membro contro le forniture che potrebbero effettuarsi in questo Stato da parte di terzi e con cui il concessionario assume l'impegno di non vendere prodotti concorrenti e di astenersi da ogni vendita al di fuori della zona a lui riservata, in virtù dell'art. 3. del regolamento n. 67/67 esula dalla sfera d'applicazione dell'art. 1 di detto regolamento.
4. L'esercizio dei diritti che uno Stato membro conferisce agli operatori economici per tutelare contro la concorrenza sleale è vietato a norma dell'art. 85, n. 1, del trattato ogni qualvolta risulti l'oggetto, il mezzo o la conseguenza di un'intesa che, vietando le importazioni dagli Stati membri di prodotti lecitamente posti in commercio in questi Stati, isola il mercato e rischia di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.
5. La « nullità di pieno diritto » di cui all'art. 85, n. 2, ha effetti sia nei confronti delle parti contraenti, dirette od indirette, che dei terzi.