

VOLKSWAGEN E IL CONCETTO DI INTESA NELL'ERA DEL DOPO ADALAT.

1. La svolta di *Adalat*.

Quando tre anni or sono il Tribunale di primo grado emanò la sentenza *Adalat*, venne spontaneo chiedersi se si stesse assistendo ad una svolta epocale o al semplice passaggio di una cometa¹: in un solo colpo si era osato smascherare il feticcio dell'integrazione del mercato e porre in risalto la necessità di un certo grado di consenso come presupposto imprescindibile per la configurazione di un accordo. Il monito era chiaro: “allorché una decisione del produttore si sostanzia in un comportamento unilaterale dell'impresa, tale decisione esula dal divieto di cui all'art. [81]”², dato che la nozione di accordo prevista da detta disposizione “si struttura sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse”³. Quanto dire, insomma, che oltre un certo limite il concetto di intesa come *concurrence of wills* non può essere ulteriormente forzato: non si possono artificialmente considerare come parti di un accordo soggetti che non traggono alcun vantaggio dalle restrizioni in esso contenute, ma anzi subiscono condizioni penalizzanti dal punto di vista commerciale⁴. In *Adalat*, l'accordo c'è solo formalmente; manca l'adesione al disegno anticoncorrenziale, il quale rimane, invece, frutto di una condotta unilaterale del contraente più forte⁵.

¹ Trib. primo grado, 26 ottobre 2000, causa 41/96, *Bayer AG c. Commissione*, in *Foro it.*, 2001, IV, 78, con note di R. PARDOLESI, *C'era una volta in Europa: di antitrust comunitario, importazioni parallele ed idoli infranti* e di S. BASTIANON, *Antitrust e importazioni parallele: il caso 'Adalat'*, e in *I contratti*, 2001, 3, 299, con nota di C. LO SURDO, *Accordo contrattuale e intesa ai sensi della normativa antitrust*.

² § 66.

³ § 69.

⁴ R. PARDOLESI, *Ritorno dall'isola che non c'è, ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, 563-564: “l'accordo, per quanto spogliato –ai fini della ricognizione antimonopolistica- della vincolatività tipica del contratto, continua a (dover) essere contraddistinto dalla convergenza su un programma. Occorre, in altre parole, che le parti condividano e facciano propria una comune linea d'azione. E, nel caso di specie, ci vuole del bello e del buono per sostenere che i grossisti –liberi, come già si è ricordato, di destinare le forniture (sia pure contingentate rispetto alle loro richieste) come meglio credevano- abbiano accolto ed avallato gli intendimenti restrittivi del produttore”.

⁵ A sostegno della supposta esistenza di un accordo la Commissione ha inteso trarre dalla documentazione acquisita la dimostrazione, da un lato, che Bayer aveva imposto ai grossisti un divieto di esportazione, dall'altro che l'imposizione di tale divieto non costituiva un mero comportamento unilaterale, in quanto si inseriva nel quadro dei rapporti commerciali continuativi: i) gli “ordinativi regolari impartiti dai grossisti e rinnovati regolarmente mostra[vano] che i rapporti commerciali [erano] continui e permanenti per quanto riguarda il prodotto Adalat”; ii) “Bayer Spagna e Bayer Francia [avevano] posto in essere un divieto applicabile in maniera sistematica ed uniforme a tutte le operazioni di vendita fra esse e i loro

E' da lungo tempo che parte della dottrina ha richiamato l'attenzione sui rischi di un'interpretazione particolarmente allargata del concetto di accordo contrattuale, la quale, traendo spunto dal testo dell'art. 81 del trattato (che, oltre agli *agreements*, include anche *decisions* di associazioni interimpreditive e *concerted practices*), punta a qualificare e punire come intese restrittive della concorrenza azioni meramente unilaterali, non altrimenti sanzionabili come abusive di posizione dominante⁶: l'*enforcement* antitrust finisce così per intrappolare nelle maglie dell'intesa anche il portato di vere e proprie coercizioni, con la conseguenza di considerare il soggetto che acconsenta *oborto collo* come complice piuttosto che come vittima.

Com'è noto, la linea di demarcazione tra la fattispecie ex art. 81 e quella art. 82 è data dall'esistenza di un'intesa, ossia di un libero accordo tra soggetti economici indipendenti. Mentre un'impresa dominante è tenuta a convivere con la speciale responsabilità che l'ordinamento le impone, con le preclusioni connesse, l'unico limite per gli altri operatori economici è quello di non porre in essere accordi anticoncorrenziali. La ragione è semplice ed è tratta dalla teoria economica: se un'impresa egemone può produrre un effetto distorsivo della concorrenza attraverso una condotta unilaterale, quella che non domini il mercato può realizzare il medesimo risultato solo in cooperazione con altre⁷.

Letta in questi termini, la fattispecie ex art. 81 presuppone la comune volontà delle parti di instaurare un rapporto contrattuale. Con ciò non si vuol certo cedere alla rappresentazione arcadica del contratto come *meeting of minds*: sappiamo bene trattarsi più propriamente di una tregua provvisoria fra soggetti competitivi. Tuttavia, il contratto non è nemmeno un gioco a somma zero: la pressione che induce una parte ad ingoiare il boccone amaro postula una qualche contropartita in grado di riequilibrare quanto si è malvolentieri concesso. Si comprende, allora, la portata della svolta impressa da *Adalat* e, di conseguenza, l'attesa per una sua conferma nella successiva produzione giurisprudenziale. Il primo segnale incoraggiante è arrivato dalle conclusioni presentate dall'Avv. Gen. Tizzano in sede di appello innanzi alla Corte di giustizia: pur cercando

rispettivi grossisti nella misura in cui erano a conoscenza dell'attività di esportazione di questi ultimi"; iii) i "grossisti [avevano] accettato implicitamente questo divieto di esportazione".

⁶ R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, Milano 1993, 246-252.

⁷ P.S. JAKOBSEN – M. BROBERG, *The Concept of Agreement in Article 81 E.C.: On the Manufacturers' Right to Prevent Parallel Trade Within the European Community*, in *E.C.L.R.* 2002, 3, 127.

di non sconfessare la precedente giurisprudenza comunitaria, l'Avvocato generale condivide l'*iter* logico della sentenza di primo grado, rilevando: "se già la sentenza *Sandoz* ha interpretato in maniera molto ampia la nozione di accordo, non credo che si possa andare ancora oltre, fino al punto di considerare concluso un accordo relativo ad un divieto di esportazione per il solo fatto che i grossisti continuino a rifornirsi presso un produttore che cerca di precludergli la possibilità di esportare senza tuttavia chiedere loro alcunché. Così facendo, si arriverebbe infatti all'assurdo di ritenere che un siffatto accordo possa essere concluso anche attraverso la tacita accettazione di una proposta che non è mai stata (neppure implicitamente) formulata!"

In questo senso la pronuncia *Volkswagen* rappresenta la definitiva affermazione del *New Deal* comunitario⁸.

2. La nozione di accordo nella giurisprudenza comunitaria.

Un passo indietro. Nel giugno del 2001 la Commissione ha condannato la Volkswagen per aver posto in essere un'intesa restrittiva finalizzata alla fissazione del prezzo di rivendita delle autovetture modello Passat in Germania⁹. La nota casa produttrice di autoveicoli aveva ordinato ai suoi concessionari, attraverso avvertimenti e lettere circolari contenenti la minaccia di conseguenze giuridiche in caso di mancato rispetto, di non concedere sconti ai clienti (o di concederli in misura assai limitata) sulle vendite del suddetto modello: a detta della Commissione, dal momento che l'ammissione alla rete dei concessionari comporta che essi accettino, esplicitamente o implicitamente, la politica di distribuzione del produttore, le lettere e gli avvertimenti sono da considerarsi parte integrante degli accordi contrattuali e, quindi, idonei a configurare un'intesa ai sensi dell'art. 81.

Per chiunque immagini che di intesa si possa parlare quantomeno laddove ci sia l'ombra di una proposta o di una richiesta di accettazione, la sorpresa sarà notevole: nel nostro caso la fattispecie è costruita attorno alla minaccia di ritorsione da parte del produttore, rispetto alla quale i concessionari rimangono silenti. Eppure la casistica giurisprudenziale comunitaria è ricca di pronunce nelle quali la limitazione della libertà commerciale dei distributori è stata ricostruita in termini di intesa piuttosto che di condotta unilaterale del produttore.

⁸ Trib. primo grado, 3 dicembre 2003, causa 208/01, *Volkswagen AG c. Commissione*.

⁹ Commissione, 29 giugno 2001, caso COMP/F-2/36.693.

BMW Belgium è il primo caso in cui, in materia di restrizioni distributive, vengono inflitte ammende anche ai concessionari, respingendo espressamente i rilievi circa la dipendenza economica in cui versavano e, quindi, l'impossibilità di sottrarsi al volere del produttore¹⁰: l'accordo, in questa ipotesi, si sarebbe realizzato tramite l'invio ai concessionari di circolari contenenti il divieto assoluto di esportare autovetture al di fuori del confine belga. Dato il numero dei concessionari astenutisi, la Corte ha ritenuto che fosse sufficientemente dimostrata la possibilità di rifiutare il consenso.

In *AEG* la corte ha concluso che, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, la condotta con la quale un produttore, per conservare un livello dei prezzi più elevato o escludere alcune forme di distribuzione, rifiuti di ammettere rivenditori in possesso dei requisiti qualitativi richiesti sia contrario al divieto ex art. 81 in quanto "non costituisce un'azione unilaterale dell'impresa" e "rientra, invece, nei rapporti contrattuali esistenti fra l'impresa e i rivenditori". Ecco il passaggio cruciale: "in caso di ammissione al sistema di un rivenditore, l'autorizzazione si basa infatti sull'accettazione, espressa o tacita, da parte dei contraenti, della politica perseguita dalla AEG con l'esigere, fra l'altro, l'esclusione dalla rete di distribuzione di rivenditori che, pur avendo i requisiti per esservi ammessi, non siano disposti ad aderire a tale politica"¹¹.

Il *dictum* è stato ripreso interamente in *Ford*, dove, sempre in presenza di un sistema di distribuzione selettiva, a seguito di fluttuazioni monetarie che avevano reso vantaggiosi i prezzi praticati sul mercato tedesco, la casa produttrice di autoveicoli, al fine di proteggere il mercato inglese, aveva inviato a tutti i distributori tedeschi una circolare nella quale annunciava il suo rifiuto di fornire autovetture con guida a destra¹². Oltre al ripetersi del medesimo artificio con il quale si cerca di far passare una condotta unilaterale per un'intesa, è interessante notare che, se in *AEG* era quantomeno ipotizzabile un interesse dei distributori ad escludere i *newcomers*, in *Ford* manca

¹⁰ Commissione, 23 dicembre 1977, in *Foro it.*, Rep. 1979, voce *Comunità europee*, n. 298 e Corte giust., 12 luglio 1979, cause 32/78, 36-82/78, *BMW Belgium c. Commissione*, in *Foro it.*, 1981, IV, 187, con osservazioni di R. PARDOLESI. Il *trend* è stato di lì a poco confermato dalle decisioni *Kawasaki* (Commissione, 12 dicembre 1978, in G.U.C.E., 1979, L 16) e *Pioneer* (Commissione, 14 dicembre 1979, in G.U.C.E., 1980, L 60).

¹¹ Corte giust., 25 ottobre 1983, causa 107/82, *Aeg-Telefunken Ag c. Commissione*, in *Foro it.*, 1984, IV, 228.

¹² Corte giust., 28 febbraio 1984, causa 228-229/82, *Ford of Europe Inc. c. Commissione*, in *Foro it.*, 1985, IV, 113, con note di R. PARDOLESI e G.M. ROBERTI, nonché in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 119, con nota di E. MOAVERO MILANESI.

persino il motivo che avrebbe dovuto spingere i rivenditori tedeschi a condividere una *policy* che di fatto risultava pregiudizievole dei loro profitti. Probabilmente si sarebbe dovuto volgere lo sguardo ai *dealers* britannici; oppure immaginare che i colleghi teutonici si adeguassero in vista della tenuta di un sistema che, in futuro, avrebbe potuto funzionare a loro vantaggio. Ma su questi dettagli la decisione, impregnata dalla retorica dell'accordo *über alles*, non si cura.

Nella pronuncia *Sandoz* il giudice comunitario ha ravvisato l'esistenza di un accordo addirittura nell'invio di fatture contenenti la dicitura "esportazione vietata"¹³: l'accettazione da parte dei clienti è stata desunta dalla prosecuzione del rapporto attraverso la ripetizione degli ordini e il pagamento delle fatture, le quali -a detta della corte- dimostrerebbero un assenso tacito.

Significativo di come persino le norme nazionali in materia di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica siano stato ricondotte alla matrice delle intese restrittive è il caso *VAG Leasing*¹⁴. Il Bundeskartellamt, sulla base dell'art. 20 (allora 26) del GWB, aveva vietato alla Volkswagen di imporre ai concessionari l'obbligo di procurare contratti di leasing esclusivamente alla società controllata VAG, ritenendo tale condotta abusiva in quanto idonea ostacolare in modo iniquo l'accesso di altre imprese al mercato dei servizi finanziari. Il provvedimento veniva, tuttavia,

¹³ Corte giust., 11 gennaio 1990, causa 277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici c. Commissione*, in *Riv. dir. internaz. Privato e proc.*, 1990, 1052, e in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 468. Alla lista si aggiunge, pochi giorni dopo, Corte giust., 8 febbraio 1990, causa 279/87, *Tipp-Ex c. Commissione*, in *Raccolta*, 1990, 261, nella quale si è ritenuto che dietro l'apparente condotta unilaterale del produttore, finalizzata a scoraggiare il *parallel trading*, si celasse un accordo con il distributore, la cui prova sarebbe fornita dalla condotta di quest'ultimo, il quale, per assecondare la strategia del produttore, aveva elevato il prezzo praticato ad un cliente del tanto necessario a privarlo di ogni interesse verso l'importazione parallela. Si veda anche Commissione, 15 maggio 1991, causa 335/91, *Gosme/Martell-DMP*, in *G.U.C.E.*, 1991, L 185/23, dove gli estremi dell'accordo sono stati ravvisati nella condotta di una società produttrice all'ingrosso, la quale, dopo aversi visto negare gli sconti a causa delle esportazioni effettuate, ha pagato integralmente le fatture per gli sconti soppressi.

¹⁴ Corte giust., 24 ottobre 1995, causa 266/93, *Bundeskartellamt c. Volkswagen e VAG Leasing*, in *Foro it.*, 1996, IV, 215, con nota di M. GIORDANO. La società Volkswagen AG, detentrica di una quota pari al 28,8% del mercato tedesco e controllante -come gran parte dei suoi concorrenti- il 100% di una società di leasing per autoveicoli, obbligava i propri concessionari ad essere anche agenti esclusivi della società di leasing. A seguito della denuncia di una società di leasing indipendente, la corte ha sanzionato ex art. 81 la *tying clause* che, bloccando l'accesso al canale preferenziale rappresentato dai concessionari, di fatto rendeva impossibile alle altre società di leasing ogni contatto con i clienti della Volkswagen. Si veda anche la sentenza gemella, Corte giust., 24 ottobre 1995, causa 70/93, *Bayerische Motorenwerke AG c. ALD Auto Leasing GmbH*, *ibid.*, 123, con nota di M. GIORDANO, nella quale è stato considerato alla stregua di un accordo la circolare inviata dalla casa automobilistica Bmw ai propri concessionari affinché non rifornissero società di leasing indipendenti se non a condizione che i veicoli fossero messi a disposizione di clienti stabiliti all'interno del loro territorio contrattuale (rimaneva esplicitamente escluso, invece, il caso in cui fosse lo stesso cliente a richiedere l'intervento di una particolare società di leasing).

annullato dal Kammergericht in ragione della mancata sussistenza dei presupposti d'applicazione dell'art. 20: la corte d'appello ritenne, cioè, che non fossero applicabili le norme relative alla posizione dominante né alla dipendenza economica, in quanto la Volkswagen non occupava una posizione egemone sul mercato degli autoveicoli e i concessionari non andavano considerati alla stregua di piccole o medie imprese. Investita di una questione pregiudiziale relativa alla possibile applicazione dell'art. 81 del trattato, la Corte di giustizia ha sostenuto che la lettera, nella quale la casa automobilistica fissava le direttive per l'attività di agenzia svolta dai concessionari, non costituiva un comportamento unilaterale bensì integrava la nozione di accordo restrittivo.

In *Volkswagen/Audi*, di fronte al tentativo di compartimentare i mercati nazionali all'interno dell'Unione europea, attraverso l'esclusione delle importazioni parallele di autovetture Volkswagen e Audi dal mercato italiano verso quello tedesco, la Commissione ha affermato che la Volkswagen aveva imposto ai concessionari italiani di vendere veicoli unicamente a clienti italiani, dietro minaccia di risoluzione del contratto di concessione, riconoscendo espressamente che essi non avevano partecipato attivamente agli ostacoli alla riesportazione, ma, in quanto vittime della politica restrittiva attuata dalle case costruttrici e dall'Autogerma, erano stati forzatamente costretti ad accettare tale politica¹⁵. Ciononostante la Commissione ha addebitato alla Volkswagen di aver violato, congiuntamente alle sue controllate Audi ed Autogerma, l'art. 81 "in quanto si è accordata con i concessionari italiani della sua rete di distribuzione al fine di vietare o limitare le vendite ai consumatori finali di altri Stati membri, che agissero direttamente o tramite mandatari, nonché ad altri concessionari

¹⁵ Commissione, 28 gennaio 1998, caso IV/35.733, in G.U.C.E., 1998, L 124/60, sostanzialmente confermata da Trib. primo grado, 6 luglio 2000, causa 62/98, *Volkswagen AG c. Commissione*, in Raccolta, 2000, II, 2707, nonché dalla Corte di giustizia, 18 settembre 2003, causa 338/00 (non ancora pubblicata). Gli autoveicoli di marca Volkswagen e Audi sono venduti nella Comunità tramite reti di distribuzione selettiva: l'importazione in Italia di tali autoveicoli, delle loro parti separate e degli accessori viene garantita in esclusiva dalla società Autogerma, controllata integralmente dalla ricorrente, mentre la distribuzione avviene tramite concessionari indipendenti dal punto di vista giuridico ed economico, ma legati contrattualmente ad Autogerma. Tra le misure adottate dalla Volkswagen, la Commissione menziona l'introduzione di un «sistema di margine scaglionato» da applicare alla vendita del nuovo modello Volkswagen Polo in Italia: in base a detto sistema, anziché fruire di uno sconto complessivo del 13% sull'importo fatturato per ciascun autoveicolo ordinato, il concessionario beneficiava di uno sconto limitato all'8%, al momento dell'emissione della fattura, e di un successivo sconto del 5%, subordinato all'immatricolazione dell'autoveicolo sul proprio territorio contrattuale. Tra le sanzioni inflitte dall'Autogerma ai concessionari, la Commissione cita la risoluzione di alcuni contratti di concessione e la soppressione del premio trimestrale del 3% per le vendite effettuate al di fuori del territorio contrattuale.

della rete distributiva stabiliti in un altro Stato membro”. Ed alle obiezioni sollevate dalla ricorrente (la quale, non contestando l’accertamento relativo all’attuazione di una strategia di contingentamento delle consegne, lamentava invece come l’interpretazione estensiva della nozione di accordo implicava uno stravolgimento dei confini tra gli artt. 81 e 82, in quanto attribuiva al primo l’effetto di vietare ogni comportamento restrittivo della concorrenza), il Tribunale prima, l’Avvocato generale Colomer poi, hanno ribattuto che, “per poter risultare acclarata la violazione derivante da una pratica collusiva, è sufficiente che fosse stato possibile limitare le consegne sulla base del contratto di concessione e che la restrizione avrebbe *per oggetto o per effetto* di ostacolare la concorrenza intracomunitaria”¹⁶.

La litania prosegue in *Opel*¹⁷, laddove la Commissione, in presenza di una strategia volta ad ostacolare le esportazioni di autoveicoli nuovi dai Paesi Bassi verso altri Stati membri –attuata attraverso la restrizione delle forniture, l’assegnazione dei premi ai concessionari solo in relazione agli autoveicoli immatricolati nei Paesi Bassi e l’invio agli stessi di istruzioni affinché si astenessero in generale dall’effettuare vendite all’esportazione- si è ostinata ad argomentare che, “benché la strategia generale seguita da Opel Nederland BV non sia stata, di per sé, concordata tra l’importatore ed i concessionari, essa è tuttavia divenuta parte integrante degli accordi di concessione tra le imprese interessate”¹⁸.

Appena un anno dopo, a questi ultimi due casi relativi al settore della distribuzione di autoveicoli si aggiungono altrettante decisioni intervenute a breve distanza di tempo l’una dall’altra (*Volkswagen* e *Mercedes Benz*¹⁹), formando un magnifico poker, come la Commissione stessa orgogliosamente ha tenuto ad evidenziare sventolando l’ammontare di 248 milioni di euro (!) di multa comminati²⁰. Se la prima decisione è proprio quella oggetto della pronuncia che andremo ad esaminare, in *Mercedes Benz*, oltre al consueto ostacolo al *parallel trading* -attuato tramite lettere circolari che obbligavano i membri del *network* distributivo tedesco a non vendere autoveicoli al di fuori del territorio e ad esigere dagli acquirenti stranieri un deposito pari al 15% del prezzo del veicolo-, gli addebiti includono restrizioni delle

¹⁶ § 54 delle conclusioni dell’Avvocato generale.

¹⁷ Commissione, 20 settembre 2000, caso COMP/36.653, in G.U.C.E., 2001, L 59/1.

¹⁸ § 103.

¹⁹ Commissione, 10 ottobre 2001, caso COMP/36.264, in G.U.C.E., 2002, L 257/1.

²⁰ Press release IP/01/1394, 10 ottobre 2001.

forniture destinate a società di leasing operanti in Germania e in Spagna, nonché un accordo di *price fixing* in Belgio con il fine di limitare gli sconti praticati dalla sua *subsidiary* e dai concessionari.

L'inadeguatezza di un atteggiamento che, dinanzi ad una fattispecie ritenuta anticoncorrenziale e nell'impossibilità di appoggiarsi all'abuso di posizione dominante, costruisce artificiosamente lo scenario di un'intesa, si palesa nitidamente nell'imbarazzo con il quale, nel caso *Courage*, il giudice comunitario tenta di attribuire al signor Crehan contemporaneamente il ruolo sia di complice sia di vittima²¹: una volta che la partecipazione di quest'ultimo all'accordo consente di mantenere in vita l'ipotesi di un'intesa restrittiva –sufficiente a colpire la condotta della *Courage*-, la Corte inventa *ex nihilo* un criterio di differenziazione della responsabilità delle parti di un'intesa in ragione del loro grado di partecipazione alla stessa e, così, per spezzare le catene dell'*in pari delicto*, il signor Crehan viene considerato contemporaneamente parte dell'accordo ma estraneo agli aspetti illeciti dello stesso.

3. La sentenza *Volkswagen*.

Nella carrellata appena compiuta balza all'occhio come gran parte dei casi siano inquadrabili nella cosiddetta 'mistica' delle importazioni parallele e riguardino principalmente restrizioni imposte all'interno dei sistemi di distribuzione di autoveicoli. Rispetto al precedente *Adalat* la sentenza *Volkswagen* si pone allora come una sorta di completamento, andando ad incidere su un settore letteralmente falciato dalla prassi interpretativa descritta –la stessa Volkswagen ne è stata più volte vittima- e, in questo senso, talmente strategico da far ritenere che il recente regolamento 31 luglio 2002 n. 1400, abbia rappresentato, per la Commissione, l'occasione per blindare la propria

²¹ Corte giust., 20 settembre 2001, causa 453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, 76, con note di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni*, E. SCODITTI, *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, e G. ROSSI, *"Take Courage!" La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Corriere giur.* 2002, 4, 456, con nota di G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*; nonché in *Danno e resp.*, 2001, 1151, con nota di S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*. Si segnalano, inoltre, i commenti di G.A. CUMMING, *Courage Ltd v. Crehan*, in *E.C.L.R.* 2001, 4, 199, e A. JONES – D. BEARD, *Co-contractors, Damages and Artiche 81: The ECJ finally speaks*, in *E.C.L.R.* 2002, 5, 246.

concezione dilatata di accordo e “perseguire parte dei risultati che, per via di detta messa a punto giurisprudenziale, poteva considerare non più raggiungibili”²².

Richiamando *Adalat*, il Tribunale esordisce ricordando che la nozione di accordo, di cui all’art. 81, si struttura sull’esistenza “di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse”²³. Perché possa essere dichiarata l’esistenza di un accordo è necessario produrre la prova del concorso di volontà, il quale deve vertere su un comportamento determinato, noto cioè alle parti nel momento in cui lo accettano²⁴: per queste ragioni non è possibile ritenere che un comportamento apparentemente unilaterale di un produttore, adottato nell’ambito delle relazioni contrattuali intrattenute con i suoi rivenditori, configuri un accordo tra imprese, se non si dimostra che le altre parti hanno, espressamente o tacitamente, assentito²⁵.

Nel caso di specie è proprio questa prova a mancare, dal momento che la stessa Commissione ammette di non aver potuto verificare il comportamento dei concessionari e, quindi, di non poter dimostrare che gli inviti a loro indirizzati siano stati concretamente applicati. La tesi proposta dalla Commissione è, cioè, quella di ritenere che un concessionario, nel momento in cui sottoscrive un contratto di concessione, accetta anticipatamente la successiva illegittima evoluzione del rapporto: rileva, tuttavia, il Tribunale che “è sicuramente concepibile che un’evoluzione del contratto possa essere ritenuta anticipatamente accettata a partire dal momento e mediante la sottoscrizione di un contratto di concessione legittimo, qualora si tratti di un’evoluzione legittima del contratto che o è prevista dal contratto o è un’evoluzione che il concessionario, alla luce degli usi commerciali o della normativa, non può rifiutare. Per contro, non si può ritenere che un’evoluzione contrattuale illegittima possa essere considerata anticipatamente accettata al momento e mediante la sottoscrizione di un contratto di distribuzione legittimo. In questo caso, infatti, il consenso all’evoluzione contrattuale illegittima può essere concesso solo dopo che il concessionario è venuto a

²² P. MENGOZZI, *Il Regolamento 1400/2002 e le vie seguite dalla Commissione per la tutela della concorrenza nel settore delle automobili*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2003, 8-9; è interessante notare che l’Autore è uno dei giudici che hanno redatto la sentenza in esame.

²³ § 32.

²⁴ § 56.

²⁵ § 36.

conoscenza dell'evoluzione voluta dal concedente²⁶. Affinché un invito diventi parte integrante di un contratto, non è sufficiente rilevare che esso è diretto ad influenzare il comportamento dei concessionari nell'esecuzione del contratto, essendo invece necessario dimostrare, altresì, che l'invito sia stato in qualche modo effettivamente accettato dai concessionari²⁷.

A nulla vale cercar rifugio nella precedente casistica. Il Tribunale, senza dover sconfessare esplicitamente più di un ventennio di produzione giurisprudenziale, sottolinea che in tutte le pronunce chiamate a sostegno dalla Commissione –da *AEG* sino alla recentissima sentenza a carico sempre della Volkswagen per l'*affaire* Autogerma²⁸- è riconosciuta la necessità dell'assenso, persino *oborto collo*, dei concessionari in modo tale da essere sicuri che le iniziative del produttore abbiano effettivamente sortito un effetto.

Si apre l'era del dopo *Adalat*: se quella pronuncia ha avuto il merito di opporsi, per la prima volta, ad un controverso filone interpretativo affermando che la prova di un accordo deve riposare sull'accertamento della comune volontà degli operatori di perseguire un obiettivo o di adottare un preciso comportamento nel mercato, *Volkswagen*, per l'importanza del settore economico nel quale si proietta, è destinata ad avere un impatto ancor più dirompente.

GIUSEPPE COLANGELO

²⁶ § 45.

²⁷ § 58-59.

²⁸ Vedi nota 15.