SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)
de 10 de diciembre de 1985 *

En el asunto 260/82,

Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (Organización neerlandesa de minoristas de tabaco), con domicilio social en Haarlem, representada por el Sr. T.R. Ottervanger, Abogado de Rotterdam con despacho en Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M[e] E.A. Arendt, rue Philippe II,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. B. van der Esch, apoderado, asistido por el Sr. C.E.M. van Nispen tot Sevenaer, Abogado de La Haya con despacho en Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Oreste Montalto, miembro del Servicio Jurídico de la Comisión, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

parte demandada,

que tiene por objeto que se anule la Decisión 82/506/CEE de la Comisión, de 15 de julio de 1982, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asuntos nº IV/29.525 y nº IV/30.000 – SSI)(DO L 232, p. 1);

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por los Sres. U. Everling, Presidente de Sala; R. Joliet, O. Due, Y. Galmot y C. Kakouris, Jueces;

Abogado General: Sr. P. VerLoren van Themaat;
Secretario: Sr. H. A. Rühl, administrador principal;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 29 de enero de 1985;

dicta la siguiente

Sentencia

(No se transcriben los antecedentes de hecho.)

Indice

I. Primer motivo: no concurrencia de los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado 1232
A. Los acuerdos prohibidos no tenían por objeto ni por efecto restringir la competencia 1232
1. Sobre la influencia decisiva del marco jurídico en el comportamiento de la demandante 1232
a) Descripción del marco jurídico 1232
b) Sobre la pretendida imposibilidad de competir a través de los márgenes 1234
c) Sobre las supuestas presiones de la Administración 1236

2. Sobre la inexistencia de una restricción apreciable de la competencia 1237
a) Sobre la inexistencia de restricción de la competencia entre los fabricantes que participaron en el acuerdo sobre los descuentos 1237
b) Sobre los efectos sobre terceros del acuerdo sobre los descuentos 1238
c) Sobre la inexistencia de una restricción apreciable de la competencia 1239
B. Sobre la inexistencia de perjuicio del comercio entre los Estados miembros 1241

II. Segundo motivo: infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE 1243

Fundamentos de Derecho

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 24 de septiembre de 1982, la Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie interpuso un recurso, con arreglo al párrafo segundo del artículo 173 del Tratado CEE, que tiene por objeto la anulación de la Decisión 82/506/CEE de la Comisión, de 15 de julio de 1982, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asuntos nº IV/29.525 y nº IV/30.000 – SSI) (DO L 232, p. 1), y, en particular, de los artículos 1, 3 y 4 de dicha Decisión, en la medida en que los mismos se refieren a un acuerdo sobre los descuentos aplicables a los establecimientos comerciales especializados.

2 Mediante auto de medidas provisionales del Presidente del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1982, se suspendió la ejecución del artículo 4 de dicha Decisión en la medida en que obligaba a los destinatarios de la Decisión a poner fin al acuerdo sobre los descuentos aplicables a los establecimientos comerciales especializados (en lo sucesivo, «acuerdo sobre los descuentos»).

3 La Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (en lo sucesivo, «NSO») es una asociación neerlandesa que defiende los intereses de los minoristas de labores del tabaco en los Países Bajos. Tiene por objeto conseguir la mejora de las condiciones sociales y económicas de sus miembros, fundamentalmente

mediante consultas con la Administración neerlandesa y con la industria de las labores del tabaco. La NSO cuenta con más de 1.500 miembros.

4 El presente recurso fue interpuesto de forma paralela a los interpuestos por la Stichting Sigarettenindustrie (en lo sucesivo, «SSI») y por determinados fabricantes neerlandeses de labores del tabaco, objeto de los asuntos acumulados 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82.

5 Como la mayoría de los acuerdos y prácticas concertadas condenados por la Comisión en su citada Decisión, el acuerdo sobre los descuentos fue adoptado en el seno de la SSI, que es una fundación a la que pertenecen la práctica totalidad de los fabricantes e importadores de labores del tabaco establecidos en los Países Bajos. Una primera versión del acuerdo sobre los descuentos fue firmada el 4 de diciembre de 1974 por los miembros de la SSI. Este acuerdo se modificó el 24 de enero de 1977. Esta versión modificada fue notificada a la Comisión el 20 de septiembre de 1977.

6 En 1976, los miembros de la SSI celebraron asimismo un acuerdo-marco por el cual designaron a la SSI como interlocutor único de la Administración para las negociaciones relativas, en particular, a los precios de venta al consumidor final y los márgenes comerciales de los mayoristas y de los minoristas. En este acuerdo-marco se establece expresamente que los miembros de la SSI deben respetar el acuerdo sobre los descuentos celebrado en 1974.

7 El acuerdo sobre los descuentos establece la concesión a determinados comerciantes, denominados especializados, de una bonificación anual de una cuantía fija por cada mil cigarrillos que los comerciantes hayan comprado a los participantes en el acuerdo. La cuantía de esta bonificación se incrementó periódicamente y, en 1978, era de 0,75 HFL por cada mil cigarrillos. La bonificación se otorga después de que los minoristas hayan hecho llegar a una comisión especializada creada por el acuerdo, al final de cada año, una solicitud de concesión de la bonificación acompañada de una relación anual de sus compras de cigarrillos. Los fondos necesarios para pagar la totalidad de las bonificaciones así solicitadas son abonados a la SSI por los fabricantes en proporción a su volumen de ventas efectuadas con el conjunto de los comerciantes especializados, cifra calculada por un organismo especializado e independiente. Posteriormente, la SSI procede al reparto de dichas cantidades entre los diferentes minoristas que pueden beneficiarse de la bonificación. Por

regla general, ésta se paga en el primer trimestre del año que sigue a aquel respecto del que se concede la bonificación.

8 El artículo 3 del acuerdo sobre los descuentos enumera los requisitos que deben reunir los comerciantes para poder disfrutar de la bonificación. En primer lugar, su oferta de productos debe comprender al menos un 60 % de las marcas que se ofrecen en el mercado neerlandés, sin que pueda realizarse ninguna discriminación entre los participantes en el acuerdo. En segundo lugar, los comerciantes deben reservar una cuarta parte de sus escaparates y mostradores para la exposición de cigarrillos y material publicitario sobre cigarrillos. En tercer lugar, deben colaborar en el lanzamiento de nuevas marcas. Por último, deben alcanzar un volumen mínimo de ventas (un millón y medio) de cigarrillos de los fabricantes e importadores participantes en el acuerdo, tanto si los han comprado directamente a estos fabricantes e importadores como si lo han hecho a través de mayoristas. El acuerdo dispone asimismo que no puede ser denunciado de manera individual.

9 El acuerdo sobre los descuentos forma parte de un conjunto de acuerdos o prácticas concertadas relativos al margen comercial de los minoristas (es decir, la parte del precio de venta al por menor que les corresponde) adoptados por los miembros de la SSI. De este modo, a finales de 1979 éstos celebraron un acuerdo para fijar el margen máximo de los minoristas en caso de entrega directa. Este acuerdo preveía también el mantenimiento del acuerdo sobre los descuentos.

10 Este acuerdo se complementó, en la misma época, mediante una práctica concertada entre los miembros de la SSI relativa a la concesión de un margen fijo para las entregas directas y mediante prácticas concertadas con los mayoristas para la concesión de un margen máximo en las entregas de éstos a los establecimientos comerciales especializados.

11 Por último, los efectos de los acuerdos y prácticas que se acaban de describir se vieron reforzados por otro acuerdo celebrado por los miembros de la SSI el 23 de abril de 1975. Este acuerdo, que define las normas de comportamiento en materia de venta de cigarrillos, establece que no puede concederse ningún descuento adicional a los convenidos entre los miembros de la SSI.

12 En su Decisión, la Comisión estimó que todos estos acuerdos y prácticas concertadas eran contrarios al apartado 1 del artículo 85 del Tratado, ya que eliminaban cualquier posibilidad de competencia a través de los márgenes.

13 Por lo que respecta, más concretamente, al acuerdo sobre los descuentos, la Comisión consideró que dicho acuerdo tenía por efecto, en primer lugar, restringir de manera apreciable la competencia en forma de descuentos adicionales a los minoristas. En efecto, como la cuantía de la bonificación depende del volumen total de compras a las partes del acuerdo, cualquier esfuerzo del minorista para conseguir de sus proveedores un descuento adicional, concentrando sus compras en uno o varios de ellos, o prestándoles otros servicios, pierde prácticamente todo su sentido. Por otra parte, según la Comisión la concesión de la bonificación constituye una discriminación con respecto a los revendedores que no reúnen los requisitos fijados por el acuerdo. Además, las condiciones generales establecidas en el acuerdo para poder disfrutar de la bonificación constituyen restricciones apreciables de la libertad de actuación de los minoristas. Por último, la aplicación casi generalizada del acuerdo sobre los descuentos obliga de hecho a los fabricantes e importadores que entran en el mercado neerlandés a conceder a los minoristas una bonificación más interesante que la otorgada por los firmantes del acuerdo.

14 La Comisión se negó a conceder una exención al acuerdo con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Para la Comisión, semejante acuerdo no mejora la distribución, ya que tiene por efecto privar a los minoristas de la posibilidad de obtener una bonificación que dependa no de su volumen total de ventas, sino de las prestaciones ofrecidas a cada fabricante de manera individual. Además, los diferentes requisitos exigidos para disfrutar de la bonificación no contribuyen, a su entender, a mejorar la distribución. Por último, la Comisión considera que las eventuales ventajas que pudieran derivarse de estos diferentes requisitos benefician fundamentalmente a los fabricantes e importadores de cigarrillos y no pueden considerarse indispensables para alcanzar los objetivos perseguidos. Según la Comisión, hubiera podido imponer multas por la participación en el acuerdo sobre los descuentos entre 1974, fecha en que se celebró, y 1977, fecha en que fue notificado. No obstante, la Comisión consideró que no procedía sancionar a las empresas.

15 La Comisión consideró asimismo que el acuerdo-marco SSI de 1976 era contrario al apartado 1 del artículo 85 del Tratado y no podía acogerse a ninguna exención al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, en la medida en que este acuerdo-marco impone a los miembros de la SSI el cumplimiento del acuerdo sobre los descuentos.

16 La NSO, que es destinataria de la Decisión de la Comisión, invoca dos motivos en apoyo de su recurso, a saber, con carácter principal, la no concurrencia de los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y, con carácter subsidiario, la infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

I. Primer motivo: no concurrencia de los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado

17 Las alegaciones formuladas por NSO en apoyo de este motivo pretenden, en primer lugar, demostrar que, al no poder existir una verdadera competencia en los Países Bajos, el acuerdo sobre los descuentos y el acuerdo-marco SSI, en la medida en que impone el cumplimiento del primero, no pueden tener por objeto ni por efecto restringirla. Según explica, la imposibilidad de la competencia en este sector se deriva del marco jurídico y de las presiones de la Administración. NSO alega, a continuación, que dichos acuerdos no podían restringir de manera apreciable la competencia. Por último, según la NSO dichos acuerdos no podían afectar al comercio entre los Estados miembros.

A. *Los acuerdos prohibidos no tenían por objeto ni por efecto restringir la competencia*

1. *Sobre la influencia decisiva del marco jurídico en el comportamiento de la demandante*

a) Descripción del marco jurídico

18 De los autos se desprende que el legislador neerlandés optó, de conformidad con la Directiva 72/464/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que

gravan el consumo de labores del tabaco (DO L 303, p. 1; EE 09/01, p. 39), por gravar las labores del tabaco, fundamentalmente, mediante un impuesto especial proporcional elevado (calculado como un porcentaje del precio máximo de venta al por menor) en lugar de mediante un impuesto especial específico (calculado por unidad de producto).

19 La percepción de estos impuestos especiales se lleva a cabo mediante precintos que los fabricantes o importadores compran a la Administración tributaria. Los fabricantes o importadores fijan primero el precio de venta al por menor de sus productos, incluidos todos los impuestos. A continuación, abonan los impuestos incluidos en dicho precio. Por último, colocan sobre sus productos el precinto fiscal, en el que se indica el precio de venta al por menor.

20 Según el artículo 30 de la Ley neerlandesa del impuesto especial sobre las labores del tabaco (Wet op de Accijnzen van Tabaksfabrikanten, *Staatsblad* 208; en lo sucesivo, «Ley del impuesto especial»), no se permite la venta de labores del tabaco a un precio superior o inferior al indicado en el precinto. Además, el artículo 28 de esa misma Ley establece que una misma labor del tabaco sólo puede venderse a un único precio al por menor, a menos que se establezca claramente una distinción en el interior de la marca o mediante una marca que figura en la cajetilla de cigarrillos. Sin embargo, existe la posibilidad de establecer excepciones a esta norma.

21 Por otra parte, a partir de 1973 la Administración neerlandesa adoptó, en el marco de la lucha contra la inflación y de acuerdo con la Ley de precios (Prijzenwet, *Staatsblad* 135), una normativa sobre precios conocida con el nombre de Prijzenbeschikking Goederen en Diensten (en lo sucesivo, «PGD») que adopta la forma de una Orden Ministerial aprobada cada año. En dicha Orden se definen los criterios de cálculo del aumento o reducción de los precios de venta al por menor en caso de aumento o disminución de los costes.

22 El artículo 2 de la PGD prohíbe a los fabricantes vender sus productos a un precio superior a aquel al que dicho producto se vendiera en una fecha determinada (fecha de referencia), incrementado o reducido en el importe del aumento o la disminución de los costes de fabricación de dicho producto desde esa fecha. El artículo 3 de la PGD prohíbe a todos los comerciantes vender cualquier producto a un precio superior a su precio de compra incrementado en un margen de beneficio máximo. No obstante, un fabricante o un comerciante

siempre tiene la posibilidad de superar los máximos establecidos por la PGD si obtiene una autorización especial del minister van Economische zaken (Ministro de Asuntos Económicos). Las infracciones de la PGD pueden ser objeto de sanciones penales en virtud de la Wet economisch delicten (Ley de delitos económicos) de 22 de junio de 1950 (*Staatsblad,* K 258).

b) Sobre la pretendida imposibilidad de competir a través de los márgenes

23 La NSO considera que la normativa neerlandesa eliminó toda posibilidad de competencia a través de los márgenes otorgados a los comerciantes.

24 Sobre este particular, la argumentación que expone NSO se basa en la supuesta contradicción existente entre dos normas legales: el artículo 3 de la PGD, que tiene su base en la Ley de precios, y el artículo 30 de la Ley del impuesto especial. En efecto, según afirman, el artículo 3 de la PGD obliga a todos los minoristas a reducir su precio de venta si sus costes disminuyen. Cuando un fabricante concede una bonificación a determinados minoristas y reduce así en la misma medida sus precios de compra, estos comerciantes están obligados, en virtud del artículo 3 de la PGD, a bajar sus precios de venta al por menor. La NSO califica este mecanismo de «efecto dominó». Ahora bien, este efecto dominó coloca a los minoristas, a su entender, en una situación de infracción del artículo 30 de la Ley del impuesto especial, que les prohíbe vender los cigarrillos a un precio diferente del indicado en el precinto fiscal. Por consiguiente, cualquier bonificación, al aumentar el margen de beneficio de los minoristas, lleva necesariamente a éstos a infringir una norma legal. En estas circunstancias, los fabricantes e importadores no tuvieron otra opción que la de negociar los descuentos colectivamente y de acuerdo con la Administración pública con el fin de que los minoristas obtuvieran la seguridad de que no se procedería contra ellos.

25 En su defensa, la Comisión sostiene principalmente que la PGD tiene un funcionamiento particular en el sector de las labores del tabaco. El efecto dominó, tal como lo describe la NSO, sólo actúa plenamente en los sectores en que los minoristas mantienen el poder de fijar los precios de venta. En esos casos, es necesario asegurarse de que las ventajas que se les conceden las repercuten finalmente en los precios de venta al por menor. Este es, según la Comisión, el papel del efecto dominó. Por el contrario, en el sector de las

labores del tabaco, en el que son los propios fabricantes los que fijan el precio de venta al por menor, ya no es necesario obligar a los minoristas a repercutir las reducciones de costes de que se benefician. Cuando se concede una autorización ministerial para aumentar los precios, el aumento autorizado incluye la totalidad del margen que dicho precio permite garantizar a la industria y al comercio. Pero el reparto de dicho margen entre los diferentes operadores económicos puede dar lugar a una competencia entre los fabricantes. Por otra parte, la Comisión rechaza el argumento de la NSO según el cual existe una autorización implícita de la Administración para infringir la PGD. Según la Comisión, de los contactos mantenidos entre la industria y la Administración no puede deducirse que ésta autorizara implícitamente a los minoristas a infringir una norma legal.

26 La argumentación de la NSO no puede acogerse. En efecto, al celebrar un acuerdo para conceder una bonificación especial a determinados minoristas, los fabricantes hicieron colectivamente lo que, según afirma la NSO, no podían hacer individualmente. El carácter concertado de la bonificación no impide que, si la legislación neerlandesa tuviera el alcance que la NSO le atribuye, los beneficiarios de la misma hubieran debido ser sancionados. No puede ser así, ya que no se ha probado que ni un solo minorista hubiera sido condenado por no haber repercutido a los consumidores una ventaja que le hubieran concedido los miembros de la SSI. Tampoco puede sostener válidamente la NSO que la Administración autorizara implícitamente a los minoristas a infringir una norma legal, ya que la Administración se limitó a manifestar a la industria sus deseos de que mejorase la situación de los comerciantes especializados.

27 Por otra parte, la Comisión explicó de manera convincente el particular funcionamiento de la PGD en el sector de las labores del tabaco. De dichas explicaciones se desprende que el efecto dominó sólo se produce en los sectores en los que cada uno de los operadores económicos puede fijar libremente su precio de venta, lo que no sucede en el caso de las labores del tabaco debido a la obligación que la Ley del impuesto especial impone a los minoristas de respetar el precio del precinto, fijado por el fabricante o el importador.

c) Sobre las supuestas presiones de la Administración

28 La NSO afirma que la iniciativa del acuerdo sobre los descuentos correspondió al minister van Economische zaken, que insistió firmemente ante la industria en favor de su establecimiento y mantenimiento. Esta intervención de la Administración se explica por el deseo de la misma de asegurar unos ingresos suplementarios a los minoristas. Ahora bien, este objetivo sólo podía alcanzarse mediante un acuerdo colectivo entre los fabricantes. En efecto, de no existir dicho acuerdo colectivo, un minorista sólo podría celebrar un acuerdo individual en materia de descuentos con un fabricante si aceptaba cumplir las estrictas exigencias en materia de disposición de los establecimientos o de promoción de los productos de ese fabricante. Estas exigencias impedirían que el minorista pudiera satisfacer simultáneamente las exigencias de otro fabricante. Siempre suponiendo que no se hubiera celebrado un acuerdo colectivo, cada fabricante hubiera tenido, para permitir a la Administración comprobar si se había otorgado un descuento suficiente a los minoristas, elaborar una lista de los acuerdos individuales celebrados con todos los minoristas, lo que hubiera sido difícilmente viable.

29 La Comisión reconoce que la Administración neerlandesa insistió ante la industria para que ésta mejorase la situación de los comerciantes especializados. Sin embargo, a juicio de la Comisión la NSO no ha demostrado ni que la Administración neerlandesa aprobara la celebración de un acuerdo colectivo horizontal restrictivo de la competencia ni que indujera la celebración de semejante acuerdo. Tampoco se ha probado, según la Comisión, que la Administración formulara objeciones en contra de un sistema de determinación individual de los descuentos concedidos a los minoristas.

30 No es necesario examinar aquí en qué medida la presión o la inducción de la Administración puede tener por efecto sustraer acuerdos celebrados entre empresas a la aplicación del artículo 85 del Tratado. Es cierto que ha quedado acreditado que la Administración neerlandesa celebró con los fabricantes e importadores interesados distintas consultas en el curso de las cuales señaló determinados objetivos en favor del comercio minorista que deseaba que se alcanzaran. Sin embargo, no se ha probado que la Administración indicara que dichos objetivos debían alcanzarse mediante la celebración de un acuerdo contrario a la competencia como el condenado mediante la Decisión impugnada.

2. *Sobre la inexistencia de una restricción apreciable de la competencia*

a) Sobre la inexistencia de restricción de la competencia entre los fabricantes que participaron en el acuerdo sobre los descuentos

31 La NSO alega, en primer lugar, que el acuerdo sobre los descuentos no limita la posibilidad de los minoristas de realizar esfuerzos en favor de determinados proveedores y que, en consecuencia, no se restringe la competencia entre fabricantes e importadores.

32 La Comisión considera que, en el presente asunto, la principal restricción de la competencia se deriva no tanto del menoscabo de la libertad de acción de los minoristas como de las obligaciones contraídas por los fabricantes e importadores. Al celebrar el acuerdo sobre los descuentos, los fabricantes e importadores restringieron la competencia por medio de bonificaciones, pues los minoristas ya no están interesados en concentrar sus compras en uno o varios fabricantes ni en prestarles otros servicios.

33 Procede recordar, en primer lugar, el sistema de pago de la bonificación previsto por el acuerdo sobre los descuentos. Por una parte, los minoristas comunican a la comisión especializada creada al efecto el volumen total de sus compras de cigarrillos a los fabricantes que participan en el acuerdo, sin especificar la proporción de cigarrillos correspondiente a cada proveedor. Por otra parte, los fabricantes e importadores soportan, en función de su volumen de negocios con todos los comerciantes especializados, la bonificación que se paga a los beneficiarios del acuerdo sobre los descuentos.

34 Así pues, en el marco de dicho sistema la bonificación se paga a los minoristas sin tener en cuenta los servicios especiales prestados a un fabricante determinado ni el volumen de compras efectuadas a dicho fabricante. Un minorista puede incluso recibir una bonificación que todos los fabricantes han contribuido a financiar aun cuando no haya realizado ninguna compra de alguno de ellos. Por consiguiente, en el marco del acuerdo sobre los descuentos un minorista no tiene ningún interés en favorecer a los productos de un determinado fabricante, ya que, en todo caso, la bonificación que dicho minorista recibirá no depende de las relaciones económicas concretas que puedan unirle a dicho fabricante.

35 Un sistema como éste impide que la concesión de una bonificación a los minoristas especializados dé lugar a una verdadera competencia entre fabricantes e importadores, y limita la cuantía de las bonificaciones individuales adicionales. Dado que la concesión de una bonificación constituye un elemento del precio de venta, los fabricantes e importadores celebraron en todo caso un acuerdo contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

b) Sobre los efectos sobre terceros del acuerdo sobre los descuentos

36 La NSO afirma, en primer lugar, que, en contra de lo que afirma la Comisión en la letra h) del punto 99 de su Decisión, el acuerdo sobre los descuentos no afecta a la situación de los fabricantes terceros. En efecto, éstos siguen pudiendo fijar libremente la cuantía del descuento que conceden a los minoristas que comercializan sus productos.

37 A juicio de la Comisión, el acuerdo sobre los descuentos produce el efecto de concentrar las compras de cigarrillos de los minoristas en los fabricantes que participan en el acuerdo. Este efecto se deriva fundamentalmente de la obligación impuesta a los minoristas de alcanzar un volumen de negocios bastante elevado con los fabricantes que participan en el acuerdo para poder disfrutar de la bonificación.

38 A este respecto, procede recordar, en primer lugar, determinadas características del acuerdo sobre los descuentos. En primer lugar, únicamente se benefician de una bonificación los minoristas que alcanzan un volumen de negocios mínimo con los fabricantes que participan en el acuerdo. La propia NSO reconoce que este volumen de negocios es bastante elevado y que un número bastante alto de minoristas no lo alcanzan. En segundo lugar, dicho volumen de negocios se calcula al final de cada año. Por último, si se alcanza dicho volumen de negocios la bonificación se calcula sobre el conjunto de las compras efectuadas.

39 Semejante sistema opera en contra de los fabricantes terceros. En efecto, a lo largo del año los minoristas están interesados en concentrar sus compras en los fabricantes que participan en el acuerdo al objeto de alcanzar el volumen de negocios mínimo, que se ha reconocido que es elevado, y poder obtener así un

descuento de 0,75 HFL por cada mil cigarrillos. Si efectúa compras a un tercero, el minorista corre el riesgo de no alcanzar al final del año dicho volumen de negocios, y de perder así el beneficio de la bonificación. Para compensar esta eventual pérdida, el tercero debe ofrecer como mínimo una bonificación igual a la que el minorista recibiría de las partes del acuerdo por la venta de 1,5 millones de cigarrillos, aunque sólo tratara de vender una cantidad más reducida.

40 Además, sólo al terminar el año saben los minoristas si han alcanzado el volumen mínimo de compras. Hasta entonces, existe una incertidumbre que sirve para incentivar a todos los minoristas –incluyendo aquellos que finalmente no se beneficiarán de la bonificación– a concentrar sus compras en las partes del acuerdo.

41 En segundo lugar, la NSO considera que los minoristas ajenos al acuerdo sobre los descuentos no sufren perjuicio alguno, ya que pueden negociar individual o colectivamente acuerdos en materia de descuentos con fabricantes e importadores.

42 A juicio de la Comisión, la concesión de una bonificación a determinados minoristas constituye una discriminación, a efectos de la letra d) del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, con respecto a los revendedores excluidos. El hecho de que éstos puedan negociar acuerdos individuales no cambia en nada el hecho de que, en todo caso, se les niega el derecho a la bonificación.

43 Dado que el Tribunal de Justicia ha declarado que la Comisión obró correctamente al declarar que el acuerdo sobre los descuentos restringía la competencia entre los fabricantes e importadores, no es necesario comprobar si la Comisión tenía fundamento asimismo para considerar, en apoyo de su Decisión, el carácter discriminatorio del acuerdo.

c) Sobre la inexistencia de una restricción apreciable de la competencia

44 La NSO sostiene, en primer lugar, que la restricción de la competencia entre los fabricantes e importadores que participaron en el acuerdo sobre los descuentos no es apreciable, ya que éstos mantuvieron la libertad de conceder a determinados minoristas descuentos individuales suplementarios.

45 La Comisión, por su parte, considera que el acuerdo sobre los descuentos excluyó *de facto* toda posibilidad de obtener descuentos suplementarios de un fabricante o importador.

46 No puede acogerse la alegación de la NSO. En efecto, poco importa, en el presente caso, saber si, desde un punto de vista jurídico, el propio acuerdo sobre los descuentos permitía a las partes conceder libremente descuentos individuales suplementarios, ya que, en la práctica, reduce indefectiblemente su cuantía. Por otra parte, para apreciar el carácter apreciable de la restricción de la competencia es preciso tener en cuenta su contexto. A este respecto, procede destacar que los fabricantes e importadores celebraron diferentes acuerdos que eliminaban casi por completo la competencia a través de los márgenes entre ellos, y que tienen prohibido conceder ningún otro descuento que no sean los convenidos entre ellos.

47 La NSO afirma, a continuación, que la restricción de la competencia causada por el acuerdo sobre los descuentos no es apreciable, ya que, en realidad, el acuerdo sólo beneficia a un grupo específico de comerciantes que efectúan tan sólo un 20 % de las ventas de cigarrillos en los Países Bajos. Además, el descuento suplementario que se concede a los beneficiarios del acuerdo es mínimo, pues tan sólo supone aproximadamente un 0,6 % del precio de venta final y un 7 % del margen de beneficio de los minoristas.

48 La Comisión, por su parte, recuerda que el acuerdo sobre los descuentos fue suscrito por empresas que suponen en conjunto más del 90 % del volumen total de ventas de labores del tabaco en los Países Bajos. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta el tipo del acuerdo, la restricción de la competencia no puede considerarse insignificante.

49 A este respecto, basta señalar que un acuerdo que restringe la competencia entre la mayoría de los fabricantes e importadores que operan en un sector y establece una bonificación que supone el 7 % del margen de beneficio de los minoristas constituye, por principio, una restricción apreciable de la competencia.

B. *Sobre la inexistencia de perjuicio del comercio entre los Estados miembros*

50 La NSO entiende que el acuerdo sobre los descuentos no afecta al comercio entre los Estados miembros a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. En primer lugar, una vez que se coloca un precinto fiscal sobre las labores del tabaco, éstas ya no pueden exportarse a otro Estado miembro. En segundo lugar, si bien es cierto que las labores del tabaco que todavía no han sido provistas de precintos fiscales son objeto de intercambios entre empresas de un mismo grupo, como en ese caso aún no han sido comercializadas en un Estado miembro, los acuerdos referidos a ellas no pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. En tercer lugar, los minoristas también se beneficiaron de la bonificación por los cigarrillos importados por los miembros de la SSI, pues se tienen en cuenta para el cálculo del volumen de cigarrillos que han vendido. Por último, aun cuando exista alguna influencia sobre el comercio entre los Estados miembros, NSO considera que no es apreciable, habida cuenta de que las ventas efectuadas por los minoristas beneficiarios del acuerdo son relativamente escasas.

51 Según la Comisión, el artículo 85 del Tratado no exige que se restrinja el comercio entre los Estados miembros, sino sólo que la distorsión de la competencia pueda afectar a dicho comercio, si no directamente, al menos real o potencialmente. Ahora bien, las partes de los acuerdos y prácticas controvertidas controlan un 90 % del mercado neerlandés y participan en una parte importante de las importaciones entre los Estados miembros. En estas circunstancias, y a la luz de los apartados 170, 171 y 172 de la sentencia de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck/Comisión (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78,↔ Rec. p. 3125), a la Comisión le parece difícil afirmar que no se ha cumplido el requisito de perjuicio del comercio entre los Estados miembros. Por otra parte, el razonamiento de la NSO pone perfectamente de manifiesto, según la Comisión, que efectivamente se afectó al comercio entre los Estados miembros, ya que el acuerdo sobre los descuentos se aplica asimismo a los cigarrillos importados.

52 Tal como declaró este Tribunal de Justicia en su sentencia de 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (56/65,↔ Rec. p. 337), para que un acuerdo pueda afectar al comercio entre los Estados miembros «debe ser posible prever, con un suficiente grado de probabilidad, sobre la base de un conjunto de elementos objetivos de Derecho o de hecho, que el acuerdo de que se trata

pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre los Estados miembros. Por consiguiente, para averiguar si un contrato [...] está encuadrado dentro del ámbito de aplicación del artículo 85 hay que determinar en particular si dicho contrato puede compartimentar el mercado de ciertos productos entre Estados miembros y hacer así más difícil la interpenetración económica pretendida por el Tratado». Procede subrayar que el efecto de compartimentación de los mercados no es más que un ejemplo de la influencia en el comercio entre los Estados miembros a que se refiere el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

53 Por consiguiente, aun cuando no exista compartimentación de los mercados, un acuerdo entre empresas establecidas en un Estado miembro referido únicamente al mercado de dicho Estado afecta al comercio entre los Estados miembros a efectos del artículo 85 del Tratado, siempre que tenga por objeto, aunque sólo sea en parte, un producto procedente de otro Estado miembro, incluso si los participantes adquieren el producto a una sociedad de su propio grupo.

54 Procede señalar que, a la vista de dicho principio, el acuerdo sobre los descuentos afecta al comercio entre los Estados miembros a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, dado que la bonificación se calcula también en función de los cigarrillos que proceden de otros Estados miembros.

55 El argumento de la demandante relativo al carácter no apreciable del perjuicio del comercio entre los Estados miembros carece de fundamento. Una gran parte de las labores del tabaco que se comercializan en los Países Bajos proceden de otros Estados miembros, y son los propios fabricantes e importadores que participan en el acuerdo sobre los descuentos los que realizan la gran mayoría de dichas importaciones. Hay que subrayar asimismo que el acuerdo sobre los descuentos puede obstaculizar los esfuerzos de penetración en el mercado neerlandés de los fabricantes terceros de los demás Estados miembros.

56 En consecuencia, la Comisión obró acertadamente al declarar que el acuerdo sobre los descuentos y el acuerdo-marco SSI, en la medida en que impone el cumplimiento del primero, podían afectar al comercio entre los Estados miembros.

57 El primer motivo debe desestimarse en su totalidad.

II. Segundo motivo: infracción del apartado 3 del artículo 85 del Tratado

58 La NSO considera, en primer lugar, que el análisis que hace la Comisión de los requisitos establecidos para beneficiarse del acuerdo sobre los descuentos es inexacto. Así, en contra de lo que afirma la Comisión, la obligación del minorista de alcanzar al menos un 60 % de su volumen de negocios mediante la venta de labores del tabaco no perjudica a los pequeños comerciantes especializados, pues se trata de una cifra relativa y no de una cifra absoluta. Siempre según la NSO, no resulta muy difícil cumplir la obligación de ofrecer un surtido mínimo de productos, surtido que permite atender las peticiones específicas de los clientes. Por otra parte, la obligación de reservar una cuarta parte del escaparate a los cigarrillos no es un inconveniente para los minoristas, que sin lugar a dudas estarían sujetos a obligaciones mucho más onerosas si tuvieran que celebrar acuerdos individuales en materia de descuentos. Por último, la obligación de alcanzar un volumen mínimo de ventas se introdujo como respuesta a la preocupación expresada por la Administración de no fomentar más que los comercios minoristas rentables.

59 La NSO alega, a continuación, que debería haberse concedido al acuerdo sobre los descuentos una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. En primer lugar, los minoristas, que son los «clientes» del acuerdo, están satisfechos de obtener un descuento. Por otra parte, de este modo los fabricantes contribuyen a mantener la red de distribución especializada que necesitan. Por último, los consumidores no sufren ninguna desventaja, pues los precios de venta al por menor de las labores del tabaco fijados por los fabricantes o los importadores tienen carácter obligatorio en virtud del artículo 30 de la Ley del impuesto especial. Muy al contrario, los consumidores se benefician de las bonificaciones abonadas a los comerciantes especializados, ya que pueden disfrutar de los servicios de los comerciantes que siguen operando gracias a las mismas.

60 Por lo que respecta a las pretendidas inexactitudes contenidas en su Decisión, la Comisión se limita a destacar que la NSO no ha demostrado que desvirtuara los hechos o sacara conclusiones erróneas de ellos.

61 En cuanto a la denegación de la exención, la Comisión alega, en primer lugar, que, para apreciar si el acuerdo sobre los descuentos mejora la distribución,

carece de importancia el hecho de si los minoristas aprueban el acuerdo o no. Añade que el acuerdo tampoco es necesario para procurar a los fabricantes las ventajas que pretenden obtener del mismo. Por último, por lo que respecta a los consumidores, la Comisión recuerda la sentencia Van Landewyck/Comisión, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «el número de intermediarios y de marcas no constituye necesariamente el criterio esencial para establecer la existencia de una mejora de la distribución a efectos del apartado 3 del artículo 85 del Tratado».

62 A este respecto, basta señalar que tiene razón la Comisión al considerar que no se ha demostrado ni que la bonificación fuera necesaria para mantener una red de comerciantes especializados ni que no pudieran concederse descuentos equivalentes en caso de no existir un acuerdo que vincula a la mayoría de los fabricantes e importadores de labores del tabaco.

63 Del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que procede desestimar el recurso por infundado.

Costas

64 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la demandante, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas a la demandante.

Everling Joliet

Due Galmot Kakouris

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 10 de diciembre de 1985.

El Secretario
P. Heim

El Presidente de la Sala Quinta
U. Everling