CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS

presentadas el 16 de mayo de 2000 *

Índice

I. Introducción I-11372

II. Hechos y procedimiento I-11372

III. La necesidad de evitar contradicciones entre las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales y las de las Instituciones comunitarias I-11376

A. ¿Cuándo hay riesgo de decisiones contradictorias? I-11376

a) En general I-11376

b) En el presente asunto I-11377

B. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de que se produzcan decisiones contradictorias I-11378

C. Las particularidades del asunto de autos I-11379

IV. Cómo tratar las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia I-11380

A. Observaciones preliminares I-11380

a) El objeto del litigio principal I-11380

b) Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia I-11381

B. ¿Es posible examinar la validez de la Decisión 98/531 en el marco de una cuestión prejudicial en el presente caso? I-11383

a) Observaciones preliminares I-11384

b) La identidad de las partes en el procedimiento principal es un obstáculo para la remisión de una cuestión prejudicial relativa a la validez de la Decisión 98/531. I-11385

c) Los problemas generales que plantea el examen, en el marco del procedimiento del artículo 234 CE, de la validez de una Decisión comunitaria como la controvertida en el presente asunto I-11389

C. Conclusiones I-11391

V. Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial I-11392

A. El precio de los helados y la compatibilidad de los contratos de que se trata con las disposiciones del artículo 86 del Tratado CE I-11392

* Lengua original: griego.

B. Las cláusulas de exclusividad controvertidas y el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE I-11394
a) La sentencia Delimitis I-11394
b) La aplicación de la jurisprudencia Delimitis al presente asunto I-11395
c) Sobre la justificación objetiva de las cláusulas de exclusividad controvertidas .. I-11400
C. Las cláusulas de exclusividad controvertidas y el artículo 86 del Tratado CE I-11403
VI. La tercera cuestión prejudicial I-11407
VII. Conclusiones I-11409
VIII. Conclusión I-11409

I. Introducción

1. En el presente asunto, se solicita al Tribunal de Justicia que responda a tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Supreme Court (Irlanda) con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE). La primera cuestión se refiere a las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos administrativos y jurisdiccionales comunitarios en los casos en que se plantea un problema específico de interpretación y de aplicación de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE, apartado 1, y 82 CE). Las dos siguientes cuestiones se refieren a la compatibilidad con la normativa comunitaria de las cláusulas contractuales de exclusividad impuestas a los minoristas por un productor y distribuidor de helados por lo que respecta a la utilización de los arcones congeladores que dicho distribuidor suministra a sus clientes.

II. Hechos y procedimiento

2. El presente asunto tiene por objeto los contratos celebrados entre la sociedad HB Ice Cream Ltd, actualmente Van Den Bergh Foods Ltd (en lo sucesivo, «HB»), relativos a la distribución en Irlanda de helados de consumo impulsivo. La política comercial de HB consiste en suministrar de forma gratuita arcones congeladores a los establecimientos de venta al por menor que distribuyen sus helados con la condición de que dichos arcones congeladores se utilicen exclusivamente para sus propios productos (en lo sucesivo, «cláusula de exclusividad»). HB, que desde 1974 forma parte del grupo Unilever, es el principal productor y distribuidor de helados en Irlanda, y ocupa una posición dominante en dicho mercado, en el que su cuota de mercado nunca ha sido inferior al 70 %.

3. La sociedad Masterfoods Ltd (en lo sucesivo, «Masterfoods») es una filial de la multinacional norteamericana Mars Inc. y entró en el mercado irlandés de helados

en 1989. Durante el verano de ese año, un gran número de minoristas empezaron a conservar helados Mars en arcones congeladores que les habían sido suministrados por HB. Ante esta situación, ésta les exigió que respetaran fielmente la cláusula de exclusividad que figuraba en el contrato relativo a los arcones congeladores.

4. En marzo de 1990, Masterfoods presentó una demanda ante la High Court (Irlanda) que tenía por objeto que se declarara que la citada cláusula es contraria a los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE). HB solicitó al mismo órgano jurisdiccional que prohibiera a Masterfoods que incitase a los minoristas a conservar helados Mars en arcones congeladores de HB. En abril de 1990, la High Court dictó una orden conminatoria provisional en favor de HB.

5. El 28 de mayo de 1992, la High Court dictó una sentencia definitiva en la que desestimaba el recurso de Masterfoods y prohibía a esta sociedad, mediante una orden conminatoria permanente (permanent order), que incitara a los minoristas a almacenar los helados Mars en arcones congeladores que pertenecieran a HB. Sin embargo, desestimó la demanda de daños y perjuicios de HB.

6. El 4 de septiembre de 1992, Masterfoods interpuso ante la Supreme Court un recurso de apelación (appeal) contra la sentencia de la High Court. En el escrito de interposición de su recurso de apelación, solicitaba a la Supreme Court, en primer lugar, que anulara la sentencia y la orden conminatoria de la High Court; en segundo lugar, que declarara que las cláusulas de exclusividad de que se trata son ilegales y nulas, por ser contrarias a los artículos 85 y 86 del Tratado CE; en tercer lugar, con carácter subsidiario, que ordenara la reapertura del procedimiento ante la High Court y, en cuarto lugar, que condenara en costas a la parte contraria.

7. Procede señalar que, de forma paralela al procedimiento seguido antes los órganos jurisdiccionales nacionales, el 18 de septiembre de 1991 Masterfoods presentó una denuncia ante la Comisión en la que alegaba que las cláusulas de exclusividad que figuran en el contrato de suministro de arcones congeladores celebrado entre HB y los minoristas eran contrarias a las normas comunitarias sobre la competencia. El 29 de julio de 1993, la Comisión llegó a la conclusión provisional de que el sistema de distribución de HB infringía los artículos 85 y 86 del Tratado CE, remitiéndole un pliego de cargos en este sentido. En él, ofrecía a HB la posibilidad de proponer modificaciones de su sistema de distribución de helados. El 8 de marzo de 1995, a raíz de una entrevista con la Comisión, HB presentó propuestas de modificación. En un primer momento, la Comisión efectuó una declaración en la que anunciaba que, a primera vista, las modificaciones podían llegar a beneficiarse de una exención. El 15 de agosto de 1995, anunció su intención de aprobar los contratos de distribución (modificados) que le habían sido comunicados. Sin embargo, posteriormente, por estimar que dichas modificaciones no habían producido los resultados esperados en el mercado y teniendo en cuenta la situación del mercado en ese momento, se retractó de su intención y remitió a HB un nuevo pliego de cargos (el 22 de enero de 1997). Por último, el 11 de marzo de 1998 la Comisión adoptó la Decisión

98/531/CE [1] (en lo sucesivo, «Decisión 98/531»).

8. Según el artículo 1 de la Decisión 98/531, «la cláusula de exclusividad contenida en los contratos sobre arcones concluidos entre Van den Bergh Foods Limited y varios minoristas de Irlanda, para la instalación de arcones en puntos de venta que sólo cuentan con uno o más arcones suministrados por Van den Bergh Foods Limited para el almacenamiento de porciones individuales con envoltorio de helado de consumo impulsivo, y que no tienen un arcón propio o suministrado por otro fabricante de helados distinto de Van den Bergh Foods Limited, constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE».

9. En el artículo 3 de la Decisión 98/531 se dispone que «el hecho de que Van den Bergh Foods Limited haya inducido a los minoristas de Irlanda que no disponían de uno o varios arcones propios o cedidos por un fabricante de helados distinto de Van den Bergh Foods Limited, a concluir contratos sobre arcones supeditándolos a una cláusula de exclusividad y proponiendo el suministro y mantenimiento sin costes directos de uno o varios arcones para el almacenamiento de porciones individuales con envoltorio de helado de consumo impulsivo sin coste directo alguno, constituye una infracción del artículo 86 del Tratado CE».

1 — Decisión 98/531/CE, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (casos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 - Van den Bergh Foods Limited)[Notificada con el número C(1998) 292; DO L 246, p. 1].

10. El 21 de abril de 1998, HB interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el que solicitaba la anulación de la Decisión de la Comisión (asunto T-65/98).

11. El 16 de junio de 1998, la Supreme Court decidió, mediante resolución, suspender el procedimiento de que conocía y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones con carácter prejudicial:

«1) A la luz de la sentencia y las resoluciones de la High Court (Irlanda) de 28 de mayo de 1992, de la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 1998 y de los recursos interpuestos por Van den Bergh Foods Ltd con arreglo a los artículos 173, 185 y 186 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en lo sucesivo, Tratado CE), dirigidos a obtener la anulación y la suspensión de la ejecución de dicha Decisión:

a) El deber de cooperación leal con la Comisión, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, ¿obliga a la Supreme Court a suspender el presente procedimiento hasta que se haya resuelto el recurso interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia contra la Decisión de la Comisión antes citada y, en su caso, un posterior recurso de casación ante el Tribunal de Justicia?

b) Una Decisión de la Comisión dirigida a un particular (y que es objeto de un recurso de anulación y de suspensión de la ejecución interpuesto por dicha parte) por la que se declara contrario al artículo 85, apartado 1, y/o al artículo 86 del Tratado CE un contrato de suministro de arcones congeladores celebrado por aquél, ¿impide a tal particular solicitar la confirmación de una sentencia contraria de un órgano jurisdiccional nacional que ha fallado a su favor en cuestiones idénticas o similares relacionadas con los artículos 85 y 86 del Tratado, cuando dicha resolución del órgano jurisdiccional nacional ha sido recurrida ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno?

Las cuestiones segunda y tercera únicamente se plantean en caso de que la respuesta a la primera cuestión sea negativa.

2) Habida cuenta del contexto jurídico y económico del mercado de helados con envoltorio individual de consumo impulsivo en el que se enmarcan los contratos de suministro de arcones de que se trata, ¿la práctica consistente en que un fabricante y/o proveedor de helados suministre un congelador a un minorista sin cobrarle directamente ningún importe -o le induzca, de cualquier otro modo, a aceptar dicho congelador- a condición de que el minorista no almacene en tal congelador ningún helado distinto de los suministrados por el referido fabricante y/o proveedor, constituye una infracción de lo dispuesto en el artículo 85, apartado 1, y/o en el artículo 86 del Tratado CE?

3) Lo dispuesto en el artículo 222 del Tratado CE, ¿excluye la posibilidad de impugnar los contratos de exclusividad sobre congeladores con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado CE?»

12. Por otro lado, en el marco del litigio pendiente ante el Tribunal de Primera Instancia a raíz del recurso interpuesto el 21 de abril de 1998 por HB, el Presidente de dicho órgano jurisdiccional (el Tribunal de Primera Instancia) suspendió, mediante auto de 7 de julio de 1998,[2] la ejecución de la Decisión de la Comisión impugnada hasta que se dicte la decisión definitiva sobre el recurso en dicho asunto (T-65/98).

13. Mediante auto de 28 de abril de 1999, el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal de Primera Instancia suspendió, conforme al artículo 47, párrafo tercero, del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, el procedimiento en el asunto T-65/98 hasta que el Tribunal de Justicia dicte su sentencia en el presente asunto.

2 — Van den Bergh Foods Ltd (T-65/98 R, Rec. p. II-2641).

III. La necesidad de evitar contradicciones entre las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales y las de las Instituciones comunitarias

14. Está claro que el principal problema que se plantea en el presente asunto es el de evitar contradicciones entre las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales y las de las Instituciones comunitarias en el marco de la interpretación y la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente, artículos 81 CE y 82 CE). Este riesgo existe porque, tal como observó el Tribunal de Justicia en la sentencia Delimitis, [3] para determinadas cuestiones reguladas por los artículos 85 y 86 del Tratado CE —en particular, la relativa a si un comportamiento de una empresa debe considerarse conforme a los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE— la Comisión no tiene una competencia exclusiva, sino una competencia que comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales.

A. *¿Cuándo hay riesgo de decisiones contradictorias?*

a) En general

15. Por lo que respecta a la cuestión de cuándo hay contradicción o riesgo de contradicción entre, por un lado, una Decisión de la Comisión mediante la que se aplican los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE a un litigio determinado y, por otro, una decisión de un órgano jurisdiccional nacional sobre el mismo problema, deben hacerse las siguientes observaciones preliminares.

16. Para determinar que existe una contradicción de este tipo, no basta con que exista una conexión entre el problema jurídico planteado ante los órganos jurisdiccionales nacionales y el que examina la Comisión. [4] Tampoco basta con que se trate de un problema jurídico similar si no existe una identidad absoluta por lo que respecta a los elementos de hecho y de Derecho del litigio examinado por la Comisión y el litigio de que conocen los órganos jurisdiccionales nacionales. [5] Ciertamente, la Decisión de la Comisión puede proporcionar indicaciones importantes [6] sobre la manera adecuada de interpretar los artículos 85, apartado 1, y 86; sin embargo, en este supuesto no existe, desde un punto de vista estrictamente jurídico, riesgo alguno de contradicción entre las decisiones adoptadas. Este riesgo sólo existe cuando la fuerza de cosa juzgada que tiene o tendrá la decisión del órgano jurisdiccional nacional entra en contradicción con los fundamentos de Derecho o la parte dispositiva de la Deci-

3 — Sentencia de 28 de febrero de 1991 (C-234/89, Rec. p. I-935), apartados 43 a 46. Véanse asimismo las sentencias de 30 de enero de 1974, BRT (127/73, Rec. p. 51), y de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht (48/72, Rec. p. 77).

4 — Por ejemplo, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales examinan la legalidad de una cláusula de exclusividad relativa a la utilización de arcones congeladores para helados y la Comisión se pronuncia sobre un acuerdo de exclusividad relativo a la utilización de una red de distribución de periódicos.

5 — Por ejemplo, si los órganos jurisdiccionales nacionales examinan la legalidad de un contrato de exclusividad relativo a la utilización de un arcón congelador para helados entre una determinada sociedad y los minoristas 1, 2 y 3 en Irlanda, mientras que la Comisión examina un contrato similar relativo a los mismos productos en el mismo mercado entre otra sociedad y los minoristas 4, 5 y 6.

6 — Véanse los puntos 20 y 21 de la Comunicación 93/C 39/05 de la Comisión, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO 1993, C 39, p. 6).

sión de la Comisión. [7] En consecuencia, en cada caso deben examinarse los límites de la cosa juzgada mediante la decisión del órgano jurisdiccional nacional y el contenido de la Decisión de la Comisión.

b) En el presente asunto

17. En primer lugar, debe subrayarse que, en el presente asunto, el objeto de la sentencia de la High Court parece a primera vista idéntico al de la Decisión de la Comisión: se trata de apreciar la compatibilidad con los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE de la cláusula de exclusividad contenida en los contratos relativos a los arcones congeladores celebrados entre HB y los minoristas de helados en Irlanda. Sin embargo, eso no significa que, en la medida en que dichas resoluciones llegan a conclusiones opuestas, sean totalmente contradictorias.

18. Por lo que respecta, más concretamente, a la apreciación según la cual las cláusulas de exclusividad controvertidas, impuestas por HB, no eran, por sus efectos para la competencia, contrarias a los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE, la sentencia de la High Court se basó en datos y apreciaciones referidos, desde un punto de vista temporal, a un período anterior a la fecha en que se dictó dicha sentencia, es decir, anterior a 1992. Ahora bien, los efectos jurídicos que se derivan de la sentencia de la High Court se extienden claramente más allá de dicha fecha. La High Court dictó una orden conminatoria permanente que imponía el respeto de las cláusulas de exclusividad relativas a los arcones congeladores de HB y prohibía a la sociedad Masterfoods incitar a los minoristas a incumplir dichas cláusulas de exclusividad.

19. La Decisión de la Comisión se basa fundamentalmente en una investigación de mercado llevada a cabo en 1996; [8] también tiene en cuenta el hecho de que los contratos de suministro de arcones congeladores propuestos por HB a los minoristas fueron modificados a partir de 1995. La parte dispositiva de la Decisión de la Comisión no deja lugar a dudas: las cláusulas contractuales de exclusividad relativas a la utilización de los arcones congeladores suministrados por HB a los minoristas son nulas, por ser contrarias a los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE; HB debe «cesar inmediatamente» [9] en la comisión de dicha infracción e informar de ello a los minoristas en un plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la Decisión. [10]

20. De lo anterior cabe extraer las dos siguientes conclusiones. En primer lugar, la

7 — No niego que, cuando existe una similitud más evidente entre el objeto de la Decisión de la Comisión y el de la decisión del órgano jurisdiccional nacional, la adopción de soluciones contradictorias por uno y otro órgano no favorece la aplicación uniforme del Derecho comunitario. No obstante, no se trata, estrictamente hablando, de casos de contradicción entre la Decisión comunitaria y la decisión nacional. Cualquier otra interpretación en virtud de la cual se definiera de manera amplia este riesgo de contradicción entre las decisiones supondría una restricción excesiva para el Juez nacional.

8 — Véanse los puntos 28 a 38 de la Decisión 98/531 de la Comisión.

9 — Artículo 4 de la Decisión 98/531 de la Comisión.

10 — Artículo 5 de la Decisión 98/531.

parte dispositiva de la Decisión de la Comisión no se basó en una apreciación de los mismos hechos que tuvo en cuenta el órgano jurisdiccional irlandés. [11] En teoría, es posible que la cláusula de exclusividad que figura en los contratos relativos a los arcones congeladores vigentes y aplicados con anterioridad a 1992 no infringiera las normas comunitarias sobre la competencia —como declaró la High Court—, pero sí lo hiciera en el caso de los contratos posteriores a 1992, en los que se centró el examen de la Comisión. En segundo lugar, las dos decisiones son manifiestamente contradictorias por lo que respecta a sus efectos jurídicos, al menos a partir de la fecha de adopción y notificación de la Decisión de la Comisión. Más concretamente, según la Decisión de la Comisión la cláusula de exclusividad de que se trata dejó de aplicarse automáticamente a partir del 11 de marzo de 1998, por ser contraria a las normas comunitarias sobre la competencia. En cambio, la orden conminatoria permanente de la High Court, que siguió aplicándose con posterioridad al 11 de marzo de 1998, impone el respeto de dicha cláusula de exclusividad.

21. En consecuencia, se trata de un caso de contradicción parcial entre la sentencia de la High Court y la Decisión de la Comisión. [12] La existencia de esta contradicción está supeditada a la ejecución de la Decisión de la Comisión, habida cuenta de que, mediante auto de su Presidente, el Tribunal de Primera Instancia ordenó la suspensión de la ejecución de dicha Decisión. [13] Además, existe el riego de que la Supreme Court dicte una sentencia contraria a la Decisión de la Comisión basándose en los fundamentos de la sentencia dictada en primera instancia por la High Court o en nuevas pruebas o apreciaciones. Examinaré esta posibilidad en el siguiente punto de mi análisis.

B. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de que se produzcan decisiones contradictorias*

22. Ya he señalado que, en la sentencia Delimitis, [14] el Tribunal se refirió al riesgo de que los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión adopten decisiones contradictorias en el marco de la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia. También subrayó que la existencia de decisiones contradictorias es contraria al principio general de seguridad jurídica y «debe tenerse en cuenta el peligro de que estos órganos jurisdiccionales nacionales adopten decisiones que sean incompatibles con las adoptadas o proyectadas por la Comisión». [15]

23. A continuación, el Tribunal de Justicia consideró conveniente proporcionar al Juez

11 — Así hubiera sido si la Comisión hubiera basado su Decisión en la situación existente en el mercado de helados en Irlanda durante el período comprendido entre 1990 y 1992 y en la cuota de mercado que poseían las empresas interesadas durante aquel mismo período.

12 — Véase asimismo el apartado 7 del auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 7 de julio de 1998, antes citado.

13 — Véase la nota 2 *supra*.

14 — Citada en la nota 3 *supra*.

15 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 47.

nacional algunas orientaciones sobre la manera de tratar una situación como ésta. Si la solución sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias controvertidas es evidente, el Juez nacional puede continuar el procedimiento. [16] En cambio, cuando existe un riesgo de contradicción entre la sentencia del Juez nacional y la Decisión que debe adoptar la Comisión en el marco de aplicación de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE, «el órgano jurisdiccional nacional puede suspender el procedimiento o adoptar medidas cautelares». [17] Por otro lado, el Tribunal de Justicia subrayó que el órgano jurisdiccional nacional tenía la posibilidad de informarse ante la Comisión sobre el estado del procedimiento de examen comunitario o solicitar su cooperación para resolver las dificultades que encuentre en la aplicación de los artículos del Tratado de que se trate. [18] Por último, el órgano jurisdiccional nacional puede suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 177 del Tratado. [19]

24. Procede señalar que el asunto Delimitis se refería al caso en que un órgano jurisdiccional nacional debía pronunciarse sobre la aplicación de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE en un momento en que la Comisión había iniciado una investigación sobre el mismo problema pero todavía no había adoptado una Decisión a este respecto. Además, cuando el Tribunal de Justicia instó a recurrir a la vía procesal del artículo 177 del Tratado CE se refería a una fase del procedimiento en la que el órgano jurisdiccional nacional no cuestiona la legalidad de un acto ya adoptado por la Comisión. En otras palabras, se instaba al órgano jurisdiccional nacional a plantear la cuestión de la interpretación de las disposiciones comunitarias mediante la remisión de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, en lugar de cuestionar la validez de una Decisión individual de la Comisión. Este problema se suscita en el presente asunto, sobre cuyas particularidades me parece útil insistir.

C. *Las particularidades del caso de autos*

25. El presente asunto no responde por completo a la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia en su sentencia Delimitis. Su especificidad y su dificultad radican en los siguientes elementos.

En primer lugar, como queda indicado, la contradicción entre la sentencia del órgano jurisdiccional de primera instancia irlandés y la Decisión ya adoptada por la Comisión no es meramente potencial, sino manifiesta e inminente. [20] Esa contradicción ya se habría materializado si el Tribunal de Primera Instancia no hubiera ordenado la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión. [21] Por otro lado, las decisiones

16 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 50.

17 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 52.

18 — Se trata de una aplicación del principio de la obligación de cooperación de la Comisión con las autoridades nacionales con arreglo al artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE).

19 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 54.

20 — Me permito señalar una vez más que, en el presente asunto, el Juez nacional estimó que las cláusulas de exclusividad controvertidas son conformes a las normas comunitarias sobre la competencia, mientras que la Comisión adoptó exactamente la postura contraria. Las consecuencias de la existencia de posturas contrapuestas serían menos graves para el equilibrio de la estructura jurídica comunitaria si fuera el Juez nacional quien hubiera adoptado una postura desfavorable para las cláusulas de exclusividad, y la Comisión las hubiera declarado conformes con los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE.

21 — Véase la nota 12 *supra*.

de la Comisión y del órgano jurisdiccional irlandés serán contradictorias si, en el marco del procedimiento principal, la Supreme Court adopta puntos de vista contrarios a los formulados en la Decisión 98/531. Esto podría ocurrir si la Supreme Court estimara, en primer lugar, que los fundamentos y el fallo de la sentencia de la High Court son correctos o, en segundo lugar, que los fundamentos de la sentencia dictada en primera instancia son erróneos, pero que el fallo es correcto con base en otros elementos de prueba.

En segundo lugar, la cuestión de la legalidad de la Decisión de la Comisión está pendiente de resolución ante el Tribunal de Primera Instancia. En el caso de que éste desestime el recurso interpuesto ante él y la Supreme Court irlandesa confirme la decisión contraria de la High Court, la primacía del Derecho comunitario quedará doblemente menoscabada por los órganos jurisdiccionales irlandeses. [22]

En tercer lugar, el presente asunto podría llevar al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre las relaciones entre los recursos de los artículos 173 y 177 del Tratado CE (actualmente, artículos 230 CE y 234 CE), así como sobre las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

En cuarto lugar, una de las partes en el procedimiento principal, la sociedad HB, que defiende la sentencia dictada en primera instancia por la High Court, es a la vez la destinataria de la Decisión de la Comisión y ha interpuesto un recurso contra ésta ante el Tribunal de Primera Instancia. A este respecto, la parte contraria en el procedimiento principal, la sociedad Masterfoods, intervino ante el Tribunal de Primera Instancia en el marco del procedimiento iniciado mediante la interposición del recurso de HB. Este hecho puede llegar a influir en la respuesta que deba darse a la primera cuestión prejudicial.

IV. Cómo tratar las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia

A. *Observaciones preliminares*

a) El objeto del litigio principal

26. En primer lugar, hay que preguntarse cuál es el objeto del procedimiento de que conoce la Supreme Court. Aunque no es necesario entrar en los detalles del Derecho procesal irlandés, observo que el órgano jurisdiccional remitente pretende examinar la procedencia tanto de la fundamentación como del fallo de la sentencia dictada en primera instancia. La procedencia de las apreciaciones de la High Court sobre la compatibilidad de las cláusulas de exclusividad controvertidas con los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE se examinará, ante todo, a la luz de los elementos de hecho y de Derecho en los que el órgano

22 — Por un lado, porque no se habrán respetado los puntos de vista de la autoridad administrativa comunitaria competente (la Comisión) y, por otro, porque no se habrá respetado la competencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios —el Tribunal de Primera Instancia y, en caso de interponerse un recurso de casación, el Tribunal de Justicia— para pronunciarse sobre la legalidad de los actos de las autoridades comunitarias e imponer su observancia.

jurisdiccional irlandés de primera instancia hubo de basar su decisión. Esta apreciación de la Supreme Court no se ve necesariamente afectada por la Decisión 98/531.

27. A la inversa, las consecuencias jurídicas de la sentencia dictada en primera instancia por el órgano jurisdiccional irlandés, en la medida en que subsisten con posterioridad a la entrada en vigor de la Decisión 98/531, entran en contradicción directa con ésta. En consecuencia, *independientemente del fundamento de la fundamentación de la sentencia dictada en primera instancia por la High Court en su momento,* está claro que el hecho de que dicha sentencia siguiera aplicándose con posterioridad a la entrada en vigor de la Decisión de la Comisión hubiera entrado en contradicción con dicha Decisión si el Tribunal de Primera Instancia no hubiera ordenado la suspensión de la ejecución de esta última. La Supreme Court no puede ignorar este hecho cuando, en su propia sentencia, se pronuncie en última instancia sobre la confirmación o la anulación a partir del 11 de marzo de 1998 de la orden conminatoria dictada por la High Court. Además, habida cuenta del hecho de que la Supreme Court ha de pronunciarse sobre una decisión jurisdiccional dictada en primera instancia mediante la que se dictó una orden conminatoria permanente, debe, siempre que se lo permita el ordenamiento jurídico nacional, tener en cuenta la situación de hecho y de Derecho existente hasta el momento de dictar su propia sentencia. En ese caso, no puede ignorar la existencia del contenido de la Decisión 98/531.

b) Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia

28. La primera cuestión se refiere al hecho de que la Decisión 98/531, que se encuentra en contradicción con el fallo de la sentencia dictada en primera instancia por el órgano jurisdiccional irlandés, ya fue impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia. ¿Es esto suficiente para que el Juez nacional esté obligado a esperar a que concluya el procedimiento de anulación antes de pronunciarse con carácter definitivo sobre el litigio de que conoce? ¿Tiene alguna importancia el hecho de que la sociedad HB, que defiende la sentencia dictada en primera instancia, sea asimismo la parte que impugnó la Decisión 98/531 mediante un recurso con arreglo al artículo 173 del Tratado CE? Las otras dos cuestiones se refieren a problemas de fondo, a saber, la correcta interpretación y aplicación de los artículos 85, apartado 1, 86 y 222 del Tratado CE (actualmente artículo 295 CE).

29. Por lo que respecta a la primera cuestión prejudicial, procede hacer la siguiente observación preliminar. Si la solución del litigio nacional no se ve afectada por la validez de la Decisión 98/531, no puede en ningún caso depender de la conclusión del procedimiento de anulación de dicha Decisión de que conoce el Tribunal de Primera Instancia. Se trata de una posibilidad concebible, como hipótesis, si, como se ha señalado, la sentencia de la High Court no se encuentra necesariamente en contradicción, por lo que respecta a su fundamentación, con la Decisión de la Comisión, al basarse en hechos diferentes. Con todo, ¿es realmente posible, en la práctica, resolver el litigio principal sin preguntarse en modo alguno si la Decisión de la Comisión controvertida es correcta y debe ser respetada? Habrá que establecer una distinción entre los dos casos siguientes.

30. i) Supongamos que, basándose en la interpretación que el Tribunal de Justicia dé en su respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, la Supreme Court

deba concluir que, habida cuenta de los hechos que la High Court debía apreciar, su sentencia carecía de fundamento jurídico por haber efectuado una interpretación y/o aplicación errónea de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE. En ese caso, la sentencia dictada en primera instancia será anulada y dejará de producir efectos jurídicos, y el problema de la contradicción entre dicha sentencia y la Decisión de la Comisión ya no se planteará. Si la comprobación del carácter irregular de la sentencia dictada en primera instancia y la anulación de la orden conminatoria permanente en favor de HB controvertida tienen por efecto poner fin al procedimiento principal pendiente de resolución ante la Supreme Court, considero que el órgano jurisdiccional remitente muy bien podría poner fin a sus funciones jurisdiccionales sin necesidad de dilucidar si la Decisión 98/531 es válida o no y sin incurrir en el riesgo de dictar una sentencia contraria a la Decisión de la Comisión.

31. ii) En cambio, ¿qué sucedería en el caso —que además es el más probable— de que el órgano jurisdiccional remitente deba, habida cuenta de las normas nacionales de procedimiento eventualmente aplicables, pronunciarse sobre el fundamento de la orden conminatoria permanente en favor de HB con base en los hechos tal como se hayan desarrollado hasta el momento en que dicte su propia decisión? Existe un caso conexo: el de que la Supreme Court anule la orden conminatoria permanente dictada en primera instancia y deba pronunciarse sobre el fondo, examinando esta vez si, en el momento de proceder a esa nueva apreciación, las cláusulas de HB controvertidas son o no compatibles con el Derecho comunitario. Además, ¿qué sucedería si, teniendo en cuenta asimismo las respuestas a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el órgano jurisdiccional remitente confirma la orden conminatoria permanente dictada en primera instancia?

32. En todos los supuestos de este segundo caso, considero que la Supreme Court no puede hacer abstracción de la Decisión 98/531, cuyo contenido debe respetar. Con mayor motivo aún, no puede dictar una sentencia en última instancia mediante la cual confirme la sentencia dictada en primera instancia o, en todo caso, imponga el respeto de los contratos relativos a los arcones congeladores de que se trata, ya que ello constituiría un cuestionamiento directo por su parte de la validez de la Decisión de la Comisión y un incumplimiento de las obligaciones que el artículo 5 del Tratado CE impone al Estado miembro afectado. [23] En consecuencia, queda claro que el órgano jurisdiccional remitente no está en condiciones de pronunciarse con carácter definitivo en el procedimiento principal sin saber si la Decisión 98/531 es o no válida, cuestión que no es competente para resolver él mismo. Evidentemente, tiene la posibilidad de esperar a que el Tribunal de Primera Instancia dicte su sentencia en el recurso interpuesto contra la Decisión 98/531. Sin embargo, si no desea esperar a la conclusión del procedimiento de anulación que se sigue ante el Tribunal de Primera Instancia, [24] no tiene otra elección que suscitar el problema de la validez de la Decisión 98/531 planteando al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial a este respecto, [25] *siempre y cuando*

23 — Por lo demás, lo cierto es que la Supreme Court no está obligada aún a atenerse a la Decisión de la Comisión, en la medida en que su ejecución ha sido suspendida. Si, pese a ello, el órgano jurisdiccional irlandés aplicara la Decisión de la Comisión de que se trata, esta aplicación sería errónea en la medida en que ignoraría, en contra de las normas de procedimiento comunitarias vigentes, el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia relativo a la suspensión de la ejecución de la Decisión 98/531, citado en la nota 12 *supra*.

24 — Imagino que la Supreme Court no tiene la intención de esperar que el Tribunal de Primera Instancia dicte su sentencia, a menos que esté obligado a ello. De lo contrario, no habría planteado las cuestiones prejudiciales de que se trata y el Tribunal de Primera Instancia no se hubiera visto obligado a suspender el procedimiento de que conoce.

25 — Véanse, a título indicativo, las sentencias de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost (314/85, Rec. p. 4199); de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otras (I) (C-465/93, Rec. p. I-3761); de 15 de abril de 1997, Woodspring (C-27/95, Rec. p. I-1847), y de 17 de julio de 1997, Krüger (C-334/95, Rec. p. I-4517).

dicha posibilidad exista en el presente caso. [26]

33. Por consiguiente, cabe plantearse la siguiente cuestión en relación con el caso de que la resolución del litigio principal presuponga una apreciación de la validez de la Decisión 98/531. ¿Puede el órgano jurisdiccional remitente, si así lo desea, [27] someter al Tribunal de Justicia este problema por la vía del procedimiento del artículo 234 CE (anteriormente, artículo 177 del Tratado CE)?

B. *¿Es posible examinar la validez de la Decisión 98/531 en el marco de una cuestión prejudicial en el presente caso?*

34. En el análisis que sigue, intentaré responder a las dos partes de la primera

26 — Procede recordar, a este respecto, una particularidad adicional del presente litigio, que puede modificar las coordenadas del problema jurídico que se plantea: el Tribunal de Primera Instancia ha ordenado la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión controvertida. En la medida en que esta suspensión impide que dicho acto produzca sus efectos, ¿no otorga automáticamente al órgano jurisdiccional remitente la posibilidad de resolver el litigio de que conoce sin necesidad de plantearse la cuestión de la validez de la Decisión de la Comisión de que se trata? Propongo que la respuesta a esta cuestión sea negativa.
En primer lugar, es preciso establecer una distinción entre el problema de la validez y la existencia de una Decisión comunitaria individual adoptada por la Comisión y el de su ejecución, es decir, el de los efectos jurídicos que produce en la práctica. La suspensión de la ejecución no tiene ninguna incidencia sobre la validez de la Decisión, ni cuestiona su legalidad. Se decide con objeto de regular de manera provisional determinadas situaciones con el fin de evitar que resulten difícilmente reversibles en caso de ulterior anulación de la Decisión. Sin embargo, ésta sigue formando parte del marco jurídico, y constituye la expresión de la voluntad del órgano administrativo comunitario competente en relación con la aplicación de determinadas normas jurídicas a situaciones concretas.
De este modo, el principio de seguridad jurídica, pero también el de primacía del Derecho comunitario, obligan a los órganos jurisdiccionales nacionales no, evidentemente, a aplicar dicha Decisión, pero al menos sí a respetarla. Estos órganos jurisdiccionales deben abstenerse de cualquier acción que pueda menoscabar las posiciones jurídicas expresadas en ese acto administrativo concreto aun cuando se haya suspendido su ejecución. Considero que una sentencia definitiva de la Supreme Court mediante la que decidiera en última instancia que la orden conminatoria de la High Court debe continuar aplicándose también en el futuro debería considerarse una acción de este tipo.
Esta solución puede parecer extraña. Cabría incluso sostener que va en contra de la propia lógica de la suspensión de la ejecución, en la medida en que permite que la Decisión de la Comisión mantenga un cierto carácter vinculante pese a que, en realidad, ha sido suspendida. Sin embargo, este tipo de objeciones dogmáticas ignoran la especificidad del problema que estoy examinando, que no se plantea en el marco de un ordenamiento jurídico (nacional o comunitario) único, sino que afecta a las relaciones entre esos dos ordenamientos jurídicos y no puede tratarse exclusivamente con base en los principios generalmente aceptados con arreglo al Derecho nacional.
Un argumento adicional en favor de la tesis que defiendo lo proporciona la jurisprudencia Delimitis. En aquella sentencia, el Tribunal de Justicia instó a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de dictar una sentencia contraria a la Decisión de la Comisión sobre el mismo problema, incluso en un momento en que la Comisión todavía no se ha pronunciado, es decir, no ha adoptado el acto administrativo. En otras palabras, el mero hecho de que la Comisión pueda pronunciarse sobre una cuestión limita en cierta medida la libertad de que goza el órgano jurisdiccional nacional en relación con el litigio de que conoce, y ello en aras de la seguridad jurídica y de la primacía del Derecho comunitario. Por tanto, cuando la Comisión no sólo ha examinado un asunto, sino que ha adoptado incluso una Decisión sobre el mismo, el órgano jurisdiccional nacional debe evitar con mayor motivo aun pronunciarse en sentido contrario, incluso si se ha suspendido la ejecución de la medida de la Comisión controvertida de que se trate.

27 — La lectura de las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, relativas al fondo de asunto, no me permite concluir que el órgano jurisdiccional remitente plantee efectivamente la cuestión de la validez de la Decisión de la Comisión de que se trata. En la medida en que dicha cuestión tiene un carácter determinante para la correcta resolución del litigio principal y de que la postura del órgano jurisdiccional remitente es crucial a ese respecto, cabría sostener que la solución más adecuada consiste en preguntar al órgano jurisdiccional si pretende cuestionar la validez de la Decisión 98/531.
Sin embargo, el Tribunal de Justicia parece haber seguido una línea de razonamiento diferente en su reciente sentencia de 7 de septiembre de 1999, De Haan (C-61/98, Rec. p. I-5003). Aunque el órgano jurisdiccional remitente no planteó la cuestión de la validez de la Decisión de la Comisión, que era crucial para la resolución del litigio, el Tribunal de Justicia consideró que era necesario examinar dicha cuestión para «proporcionarle una respuesta útil para la solución del litigio principal» (apartado 47). Asimismo, declaró que «el examen de la decisión de la Comisión [...] es acorde con el principio de economía procesal, ya que, por otra parte, se ha pedido directamente al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobe la cuestión de la legalidad de dicha decisión en el asunto Países Bajos/Comisión (C-157/98), cuyo procedimiento se halla actualmente suspendido a la espera de la presente sentencia» (apartado 49). Desde esta perspectiva, el asunto De Haan presenta similitudes con el presente asunto, en la medida en que la Decisión 98/531 controvertida ya ha sido impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia, que ha suspendido el procedimiento a la espera de la sentencia del Tribunal de Justicia.
No obstante, deben señalarse dichas diferencias entre los dos asuntos. En el asunto De Haan, el órgano jurisdiccional nacional no conocía la Decisión de la Comisión cuando dictó su resolución de remisión (apartado 47); además, en aquel mismo asunto dicha Decisión «ha[bía] sido objeto de observaciones tanto escritas como orales» de las partes (apartado 49). En cambio, en el presente asunto la Supreme Court no ignora la Decisión de la Comisión, tal y como puede deducirse claramente de la formulación de la primera cuestión prejudicial. Por otro lado, las partes no han sido directamente invitadas a pronunciarse sobre la validez de la Decisión de la Comisión.
Si bien cabe hacer abstracción de estos problemas, considero que el examen de la validez de la Decisión de la Comisión controvertida se topa con otro obstáculo, aún más importante, que voy a explicar a continuación.

cuestión prejudicial, partiendo del supuesto de que, para resolver el litigio principal, es necesario examinar previamente la validez de la Decisión 98/531.

a) Observaciones preliminares

35. Empezaré mi análisis por las dos observaciones siguientes.

36. En primer lugar, procede subrayar que, si el órgano jurisdiccional remitente decidiera por sí mismo suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales competentes de la Comunidad se hayan pronunciado definitivamente sobre la legalidad del acto controvertido de la Comisión, dicha solución sería la mejor manera de descartar el riesgo de que se dicte una sentencia contraria a la Decisión de la Comisión. Ahora bien, ni de la sentencia Delimitis ni de ninguna norma de Derecho comunitario cabe deducir *claramente* que un órgano jurisdiccional nacional esté obligado a esperar a que se haya resuelto el recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE antes de resolver definitivamente el litigio de que conoce. Por el contrario, en la sentencia Delimitis el Tribunal de Justicia se refiere a la posibilidad, y no la obligación, del órgano jurisdiccional nacional de suspender el procedimiento nacional con el fin de evitar que se produzcan decisiones contradictorias.

37. El presente asunto difiere considerablemente del caso de que se trataba en el asunto Delimitis.[28] Y sea como fuere, de dicha sentencia cabe deducir que, si el órgano jurisdiccional nacional recurre, al encontrarse ante el riesgo de dictar una sentencia contraria a las tesis de la Comisión, al procedimiento del artículo 234 CE, por un lado satisface las necesidades del procedimiento nacional y, por otro, garantiza la salvaguardia de la legalidad comunitaria y la seguridad jurídica.[29] En cambio, la solución según la cual es suficiente interponer un recurso contra una Decisión de la Comisión con arreglo al artículo 230 CE para que quede excluido el procedimiento con arreglo al artículo 234 CE y para que el órgano jurisdiccional nacional esté obligado a suspender el procedimiento hasta que concluya el procedimiento de anulación para no correr el riesgo de dictar una sentencia incompatible, resulta problemática. A primera vista, dicha solución parece implicar una restricción excesiva para el órgano jurisdiccional nacional, y no está del todo claro que ello responda al reparto actual de competencias entre los órganos nacionales y comunitarios o que se corresponda con la postura generalmente aceptada por lo que respecta a las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional y el ordenamiento jurídico comunitario.[30]

38. En segundo lugar, debe señalarse que el Tribunal de Justicia también se ha ocupado en otros asuntos de cuestiones prejudiciales que planteaban la cuestión de la validez de

28 — Véanse la nota 3 y los puntos 22 y ss. *supra*.

29 — Eso es lo que parece considerar asimismo la Comisión en los puntos 22 y 32 de su Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales, citada en la nota 6 *supra*.

30 — De cualquier modo, en mi opinión no basta con invocar el principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión, cuya fuente se encuentra en el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), para que el Juez nacional quede sometido a una obligación general de suspender el procedimiento principal por el solo hecho de que haya un recurso contra una Decisión de la Comisión pendiente de resolución ante el Tribunal de Primera Instancia.

un acto comunitario que ya había sido impugnado mediante un recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE. En esos casos, el Tribunal de Justicia no ha considerado imposible la remisión de dichas cuestiones por el hecho de que se hubiera interpuesto un recurso de anulación, ni ha exigido a los órganos jurisdiccionales nacionales que esperen a la conclusión del procedimiento del artículo 230 CE. [31] En cambio, los propios órganos jurisdiccionales comunitarios reaccionan a la existencia de dos procedimientos paralelos con el mismo objeto suspendiendo uno de ellos hasta que concluya el otro. [32]

39. Si me limito a las anteriores consideraciones generales, no puedo dejar de formular un principio rector en virtud del cual, incluso en los casos en que el órgano jurisdiccional nacional afronte el riesgo de conflicto con una Decisión anterior de la Comisión contra la que se ha interpuesto un recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE, dicho órgano jurisdiccional no está obligado a esperar a la conclusión del procedimiento de anulación, ni siquiera si, para resolver el litigio principal, es necesario que se dilucide si la Decisión de la Comisión controvertida es válida o no. Este problema puede resolverse planteando una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

40. Sin embargo, me esforzaré por demostrar ahora que este principio rector no está libre de críticas. Al menos por lo que respecta al presente asunto, es posible formular argumentos sólidos en favor de la solución contraria, es decir, en favor de la exclusión, en el presente caso, de la vía procesal del artículo 234 CE y el reconocimiento de la obligación del órgano jurisdiccional nacional de suspender el procedimiento de que conoce a la espera de que concluya el procedimiento de anulación pendiente de resolución ante el Tribunal de Primera Instancia.

b) La identidad de las partes en el procedimiento principal es un obstáculo para la remisión de una cuestión prejudicial relativa a la validez de la Decisión 98/531

41. La facultad del órgano jurisdiccional nacional de recurrir al procedimiento de remisión prejudicial no es ilimitada. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia ha declarado que no es posible cuestionar la validez de un acto comunitario por la vía procesal del artículo 234 CE cuando una de las partes del procedimiento principal pertenece a la siguiente categoría: por un lado, es la destinataria del acto comunitario de que se trata, de modo que hubiera podido ciertamente impugnarlo válidamente mediante un recurso de anulación con arreglo al artículo 173 del Tratado CE, pero se ha visto privada de dicho derecho procesal por haber expirado el plazo establecido en el último párrafo de dicho artículo; por otro lado, es la parte del procedimiento principal que saldría beneficiada si se cuestionara la validez de dicho acto por medio de una cuestión prejudicial.

31 — Según una práctica reiterada, el Tribunal de Justicia se atiene a la apreciación del órgano jurisdiccional nacional sobre la cuestión de si está obligado o no a plantear una cuestión prejudicial relativa a la validez del acto administrativo comunitario. El órgano jurisdiccional nacional es competente para apreciar si puede esperar o no a la conclusión del procedimiento de anulación pendiente de resolución ante el Tribunal de Primera Instancia o ante el Tribunal de Justicia o si estima necesario recurrir a la vía que le ofrece el artículo 177 del Tratado CE. En el segundo caso, por regla general el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales que se le han planteado pronunciándose sobre la legalidad del acto comunitario de que se trata.

32 — Véase el artículo 47, párrafo tercero, del Estatuto CE del Tribunal de Justicia. Ni siquiera está excluido que se dé prioridad a la vía procesal del artículo 177 sobre la del artículo 173. Esta es asimismo la solución que se aplica cuando el recurso ha sido interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia. Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997, Affish (C-183/95, Rec. p. I-4315), y el auto del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-136/98.

42. Esta reiterada jurisprudencia [33] asegura la salvaguardia de la correcta observancia de las normas comunitarias de procedimiento y, por ende, de la seguridad jurídica. Más concretamente, adoptar la solución contraria equivaldría a reconocer a una parte comprendida dentro de la anterior categoría «la facultad de obviar el carácter definitivo que, en virtud del principio de seguridad jurídica, debe reconocerse a una decisión tras la expiración del plazo de recurso previsto por el artículo 173». [34]

43. Los hechos del presente asunto difieren de los que apreció el Tribunal de Justicia en la citada jurisprudencia. La sociedad HB es la parte del procedimiento principal interesada en que se declare inválida la Decisión 98/531 a raíz de una cuestión prejudicial planteada a este respecto por la Supreme Court. Ahora bien, esa misma sociedad, en cuanto destinataria de la Decisión comunitaria de que se trata, ya ha impugnado dicha Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia, solicitando su anulación. Procede señalar asimismo que la parte contraria en el procedimiento principal, la sociedad Masterfoods, fue la que presentó la denuncia que dio lugar a que la Comisión adoptara la Decisión controvertida e interviniera ante el Tribunal de Primera Instancia en favor de la validez de dicha Decisión.

44. El Tribunal de Justicia no parece haber tenido que ocuparse directamente de un caso excepcional como éste. Sin embargo, a primera vista reconocer la posibilidad de una remisión prejudicial no lleva consigo en el presente caso los mismos riesgos de menoscabar el carácter obligatorio tanto de los actos comunitarios como de las normas de procedimiento comunitarias que sin lugar a dudas existían en el caso de la jurisprudencia antes citada. El mero hecho de que la Decisión controvertida de la Comisión ya haya sido impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia es suficiente para que la situación jurídica regulada no se haya consolidado de una manera absoluta y para que su destinatario no haya sido privado de toda posibilidad de cuestionar su legalidad. [35]

33 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven en el asunto en el que recayó la sentencia de 13 de abril de 1994, Banks (C-128/92, Rec. p. I-1209) y las sentencias de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, Rec. p. I-833); de 30 de enero de 1997, Wiljo (C-178/95, Rec. p. I-585), y de 11 de noviembre de 1997, Eurotunnel SA y otras (C-408/95, Rec. p. I-6315).

34 — Apartado 21 de la sentencia Wiljo, citada en la nota 33 *supra*. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia subrayó la necesidad de eliminar el riesgo de desviación procesal y de infracción de las normas de procedimiento comunitarias por más que, de este modo, se restringe la facultad del Juez nacional de definir las cuestiones prejudiciales que somete al Tribunal de Justicia. En otros términos, en ese caso especial se desvirtúa el carácter autónomo de la remisión prejudicial.

35 — También la sentencia de 21 de mayo de 1987, Rau/Balm (asuntos acumulados 133/85 a 136/85, Rec. p. 2289) parece abogar en favor de la posibilidad de cuestionar la legalidad de la Decisión de la Comisión controvertida en el marco del procedimiento nacional y, por extensión, de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial a este respecto. De dicha sentencia parece desprenderse que una persona que tenga la posibilidad de impugnar un acto comunitario en el plazo establecido con arreglo al artículo 230 CE puede cuestionar la legalidad de dicho acto en el marco de un procedimiento nacional. Albergo ciertas dudas acerca de la cuestión de en qué medida la solución adoptada en la sentencia Rau/Balm sigue siendo válida tras la sentencia TWD Textilwerke Deggendorf, citada en la nota 33 *supra*, pero también a raíz de la creación del Tribunal de Primera Instancia. Ahora bien, al margen de ello, los hechos objeto de la sentencia Rau/Balm no son idénticos a los del presente asunto. El caso de una persona que es parte en un procedimiento nacional y dispone en teoría de un *locus standi* para impugnar un acto comunitario ante el Tribunal de Primera Instancia no puede tratarse del mismo modo que el caso de una parte en un procedimiento nacional que ya ha interpuesto un recurso o ya ha intervenido en un procedimiento de anulación con arreglo al artículo 230 CE. Tal como explicaré más adelante, la participación simultánea en los dos procedimientos es una situación específica que deberá examinarse por separado.

45. Pese a todo, considero que, en este caso concreto, es preferible admitir que no es posible cuestionar indirectamente la validez del acto comunitario por medio de una cuestión prejudicial. Examinar la validez de un acto comunitario en el marco de dos procedimientos paralelos para proteger, en última instancia, los intereses de partes que participan en ambos procedimientos me parece contrario al principio de buena administración de justicia. [36]

46. Este razonamiento se basa, ante todo, en la apreciación según la cual las situaciones en las cuales las mismas partes plantean exactamente el mismo problema jurídico en el marco de dos procedimientos jurisdiccionales paralelos completamente independientes entre sí se deben a la existencia de anomalías en un sistema procesal. Dichas situaciones no son deseables, no sólo porque entorpecen el funcionamiento de la justicia, sino también porque aumentan el riesgo de que se dicten decisiones contradictorias o, cuando menos, el riesgo de distorsión de las normas de procedimiento y de abuso de las vías de recurso. [37]

47. En el presente asunto, el procedimiento nacional de que conoce la Supreme Court opone a partes que ya participan en el procedimiento de anulación seguido ante el Tribunal de Primera Instancia. Por lo que respecta, en particular, a HB, que corre el riesgo de sufrir injustamente un perjuicio si se aplicara en el procedimiento nacional el acto controvertido de la Comisión —suponiendo que resulte ilegal—, se encuentra protegida de manera eficaz contra dicho riesgo: en primer lugar, HB ha hecho uso de los derechos procesales que le confiere el artículo 230 CE, al interponer un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia; en segundo lugar, se ha suspendido la ejecución del acto controvertido de la Comisión, lo que excluye la posibilidad de que sea

36 — La solución concreta que propongo a la luz de los hechos del presente asunto no excluye por completo que se reconozca a un órgano jurisdiccional nacional la posibilidad de cuestionar la legalidad de una Decisión comunitaria por medio de una cuestión prejudicial, aun en el caso de que dicha Decisión ya haya sido impugnada mediante el procedimiento del artículo 230 CE. Más concretamente, cuando algunas de las partes del procedimiento nacional son personas que no poseen (o no se tiene la certeza de que posean) un *locus standi* para impugnar directamente el acto comunitario controvertido ante el Tribunal de Primera Instancia —que es el caso más común—, tal vez fuera injusto que dichas personas deban depender, por lo que respecta a su tutela jurisdiccional, del desarrollo del procedimiento de anulación pendiente de resolución, en cuyo resultado no pueden influir. Por ejemplo, si la parte demandante con arreglo al artículo 230 CE no invoca los motivos de anulación adecuados o desiste de su recurso, es posible que el acto impugnado, aunque sea ilegal, no sea anulado por los órganos jurisdiccionales comunitarios; esta situación puede causar un perjuicio a terceros afectados por los efectos desfavorables que el acto comunitario produce en detrimento suyo sin que puedan oponerse a su ejecución. En consecuencia, si está prohibido plantear una cuestión prejudicial relativa a la legalidad del acto controvertido las partes del procedimiento principal que no pueden impugnar dicho acto ante el Tribunal de Primera Instancia no podrán tampoco defenderse de manera adecuada contra dicho acto ilegal, como podrían hacer si convencieran al Juez nacional de recurrir al procedimiento de remisión prejudicial y presentaran posteriormente observaciones ante el Tribunal de Justicia.
No obstante, incluso la solución consistente en responder a una cuestión prejudicial relativa a la validez de un acto comunitario que ya sea objeto de un recurso de anulación, en particular en los casos en que las partes en el procedimiento principal no posean un *locus standi* para recurrir a la vía de recurso del artículo 230 CE, se topa con graves dificultades prácticas, a las que me referiré más adelante en mi análisis (véanse los puntos 49 y ss. *infra*).

37 — Ésta es la razón por la cual las normas en materia de litispendencia y competencia de todos los ordenamientos jurídicos pretenden, entre otras cosas, evitar este tipo de situaciones, estableciendo no sólo que cada litigio debe ser juzgado por una autoridad jurisdiccional concreta, sino impidiendo también incluso la posibilidad de entablar una nueva acción en relación con un litigio ya pendiente de resolución ante los órganos jurisdiccionales.

directamente aplicado por el Juez irlandés. [38]

48. Además, reconocer a HB y a Masterfoods la posibilidad de obtener el examen de la validez de la Decisión 98/531 por medio de una cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court al Tribunal de Justicia crearía, a mi entender, un riesgo de desviación procesal. Tanto la parte demandante como la parte coadyuvante ante el Tribunal de Primera Instancia estarían en condiciones de trasladar al Tribunal de Justicia la tarea de pronunciarse sobre la validez de la Decisión controvertida de la Comisión, eludiendo de este modo el procedimiento de anulación. No creo que, desde un punto de vista procesal, pueda admitirse una situación como ésa, en virtud de la cual determinadas partes tendrían o podrían tener indirectamente la posibilidad de elegir la vía de recurso comunitario a través de la cual se resolvería si una decisión de una Institución comunitaria es legal o no. [39] Esto es incompatible con una eficaz administración de justicia. Por consiguiente, considero que, habida cuenta de las circunstancias específicas del presente asunto, es preferible excluir la posibilidad de que se cuestione la validez de la Decisión 98/531 por medio de una cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court. [40]

38 — Esta segunda observación tiene particular importancia. Si el Tribunal de Primera Instancia no hubiera ordenado la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión, la remisión de una cuestión prejudicial por parte del Juez nacional podría tener, además del interés de suscitar de nuevo la cuestión de la validez de dicha Decisión, otro interés práctico; permitiría al Juez nacional suspender por sí mismo la aplicación del acto comunitario, de conformidad con lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otras (I), citada en la nota 25 *supra*.

39 — Existe el riesgo de que una de la partes del procedimiento de anulación seguido ante el Tribunal de Primera Instancia considere que sus intereses quedarán mejor protegidos si provoca la remisión prejudicial de una cuestión relativa a la legalidad del acto ya impugnado en anulación, de modo que dicha parte prefiera el control de legalidad con arreglo al artículo 234 CE frente al control de plena jurisdicción con arreglo al artículo 230 CE. Ahora bien, en ese caso el comportamiento de dicha parte tendrá un carácter dilatorio y abusivo, y conducirá a falsear las normas de procedimiento comunitarias. Evidentemente, no estoy diciendo que eso sea lo que sucede en el presente caso; no obstante, al menos teóricamente existe un riesgo de desviación procesal.

40 — A este razonamiento cabría objetar que la solución propuesta implica retrasar el procedimiento nacional, que es independiente del procedimiento de anulación comunitario, y que menoscaba la competencia del órgano jurisdiccional nacional para determinar cuándo es necesario plantear una cuestión prejudicial para resolver el litigio de que conoce.
Excluir en el presente caso la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial equivale, en la práctica, a obligar al órgano jurisdiccional nacional a esperar a que concluya el procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia antes de dictar una sentencia definitiva. No es habitual que el Tribunal de Justicia se inmiscuya en la cuestión de la necesidad y la utilidad de plantear una cuestión prejudicial, ya que eso es algo que afecta a la competencia del órgano jurisdiccional nacional para resolver los asuntos de que conoce. De todos modos, de la jurisprudencia relativa a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales se desprende que dicha competencia no es absoluta, sino que ha sido limitada por el Tribunal de Justicia en determinados casos excepcionales. Además, la necesidad de asistencia que tiene el órgano jurisdiccional nacional sobre una cuestión de Derecho comunitario no se aprecia *in abstracto*, sino con base en los hechos del litigio concreto de que se trate. En consecuencia, si, como sucede en el presente caso, de tales hechos debe deducirse con certeza que responder a una cuestión prejudicial relativa a la validez de la Decisión 98/531 no es necesario, sino incluso eventualmente «peligroso» desde un punto de vista procesal, precisamente por el hecho de que las partes en el procedimiento principal pueden y deben buscar una adecuada protección jurisdiccional ante el Tribunal de Primera Instancia, al que ya han recurrido, es inadmisible que, pese a ello, el órgano jurisdiccional nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial de que se trate. Por lo que respecta al posible retraso causado por la exclusión de la posibilidad de plantear una petición de decisión prejudicial como consecuencia con la obligación de esperar el resultado del recurso de anulación, debe tenerse presente lo siguiente. Este retraso no equivale a una denegación de justicia por parte del órgano jurisdiccional nacional, sino que constituye una suspensión temporal del procedimiento nacional. Es evidente que dichos aplazamientos no contribuyen a una eficaz administración de justicia. Sin embargo, pueden ser necesarios, sobre todo, cuando afectan a las relaciones entre los dos ordenamientos jurídicos (comunitario y nacional) y a la relación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos jurisdiccionales comunitarios. Por lo demás, el Tribunal de Justicia se refirió a la eventualidad de que se produjeran retrasos de este tipo en la sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, cuando instó al órgano jurisdiccional nacional a examinar hasta qué punto era necesario suspender el procedimiento nacional y adoptar medidas cautelares sobre las relaciones jurídicas entre las partes del procedimiento principal mientras se desarrollaba la investigación en el marco del procedimiento administrativo previo comunitario. Las mismas observaciones se aplican, con mayor razón aún, cuando el desarrollo paralelo de los procedimientos enfrenta al órgano jurisdiccional nacional no con la autoridad administrativa, es decir, la Comisión, sino con la autoridad jurisdiccional competente del ordenamiento jurídico comunitario, a saber, el Tribunal de Primera Instancia. Por último, el retraso ocasionado no es demasiado significativo. Aun en el caso de que se admitiera la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial en casos como éste, el órgano jurisdiccional nacional debería en todo caso suspender el procedimiento principal a la espera de una respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales. Es evidente que normalmente se tarda menos en dar dicha respuesta que en resolver un recurso con arreglo al artículo 230 CE. Sin embargo, una vez más el tiempo que pueda ganarse eludiendo el procedimiento del artículo 230 CE no justifica, por las razones que ya he expuesto, la adopción de dicha solución.

c) Los problemas generales que plantea el examen, en el marco del procedimiento del artículo 234 CE, de la validez de una Decisión comunitaria como la controvertida en el presente asunto

49. Considero necesario exponer algunas consideraciones más para explicar por qué, en mi opinión, resulta problemático examinar la validez de Decisiones como la controvertida en el presente asunto en el marco de una remisión prejudicial con arreglo al artículo 177 cuando está pendiente de resolución un recurso interpuesto contra ese mismo acto.

50. Empezaré mi razonamiento por la siguiente cuestión. Una misma Decisión de la Comisión, ¿puede ser considerada legal por el Tribunal de Justicia tras apreciarla dentro de los límites del examen que puede efectuar con arreglo al artículo 234 CE y anulada por el Tribunal de Primera Instancia por considerar, por ejemplo, que adolece de un error de apreciación de los hechos en el marco del control de plena jurisdicción que ejerce dicho órgano jurisdiccional? En ese caso, es decir, si el Tribunal de Primera Instancia encuentra un error en la Decisión que escapa al control que puede ejercer el Tribunal de Justicia, la sentencia de anulación será totalmente correcta, por más que se encuentre en contradicción directa con las respuestas proporcionadas por el Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales que se le han planteado. Si puede darse ese caso, la mera posibilidad de que se produzca una situación indeseable como la descrita, con resoluciones contradictorias de los órganos jurisdiccionales comunitarios, debería disuadir al Tribunal de Justicia de examinar la validez de la Decisión de la Comisión en sus respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas.

51. En mi opinión, se trata de un riesgo real. Sólo podría evitarse si, cuando decida proceder al examen de la validez de una Decisión de la Comisión en el marco de la respuesta a una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia pudiera llevar a cabo el mismo control de legalidad que efectúa el Tribunal de Primera Instancia con arreglo al artículo 230 CE. No me parece que ello sea posible.

52. Me referiré, en primer lugar, a la diferencia entre el procedimiento del artículo 234 CE y el del artículo 230 CE. En el primer caso, el Tribunal de Justicia adopta un enfoque puramente jurídico. Se limita a la interpretación y la apreciación de la legalidad de los actos legislativos e individuales de las Instituciones comunitarias. [41] En cambio, la vía procesal del artículo 230 CE puede llevar al órgano jurisdiccional comunitario a examinar cuestiones sobre el fondo, como la comprobación y la apreciación de elementos de hecho. [42]

41 — Desde esta perspectiva, su competencia se asemeja a la competencia de anulación en el marco de un recurso de casación que también se le ha conferido.

42 — Observo asimismo que la posición de las partes en el procedimiento de anulación con arreglo al artículo 230 CE difiere claramente de la de las partes que presentan observaciones en el marco del procedimiento del artículo 234 CE. Las pretensiones, motivos y alegaciones formuladas en el procedimiento de anulación influyen en su resultado, mientras que las observaciones presentadas en el marco del procedimiento del artículo 234 CE desempeñan un papel mucho menos importante.
A lo anterior, yo añadiría asimismo la siguiente observación: el Juez que conoce sobre el fondo a que hace referencia el artículo 230 CE goza de amplias facultades por lo que respecta a la obtención de elementos de prueba para acreditar los hechos pertinentes para la resolución del asunto; en cambio, cuando responde a una cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia debe atenerse, en principio, a los hechos descritos por el órgano jurisdiccional remitente en su resolución; estos hechos no son necesariamente los hechos en que se basa el acto comunitario cuya validez se cuestiona.

53. Las diferencias entre los dos procedimientos no tienen excesiva importancia práctica cuando el control jurisdiccional recae sobre la validez de un acto legislativo de la Comunidad, como un Reglamento o una Directiva. La apreciación de la legalidad de dichos actos se limita, básicamente, a ejercer un control puramente jurídico, sin que sea necesario examinar cuestiones que corresponden a la competencia de plena jurisdicción. En cambio, en el caso de los actos administrativos individuales como el acto de que se trata en el presente caso, el ejercicio de un control de plena jurisdicción es crucial para garantizar una protección jurisdiccional eficaz.

54. Además, la Decisión de la Comisión que nos ocupa en este caso presenta otra particularidad. Se refiere a la aplicación, en un caso concreto, de las disposiciones de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE. En otras palabras, requiere efectuar apreciaciones técnicas y económicas complejas cuya exactitud requiere un examen exhaustivo sobre el fondo del asunto por una autoridad jurisdiccional especializada. Fue, entre otras razones, para responder a esta necesidad por lo que el legislador constitucional comunitario decidió crear el Tribunal de Primera Instancia. Al conocer sistemáticamente de los recursos de anulación de Decisiones comunitarias análogas a la controvertida en el presente caso, dicho órgano jurisdiccional ha conseguido profundizar y reforzar el control jurisdiccional de dichas Decisiones, contribuyendo de este modo a la mejora del sistema comunitario de protección jurisdiccional. [43]

55. En conclusión, considero que el examen jurisdiccional es más eficaz en el marco de un recurso de anulación, ya sea ante el Tribunal de Justicia o ante el Tribunal de Primera Instancia, contra actos administrativos individuales como el controvertido en el presente caso que en el marco de la respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 234 CE. [44] Por lo demás, no sería razonable modificar la naturaleza del procedimiento del artículo 234 CE con el fin

43 — Tal como subrayó el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), «el hecho de añadir al Tribunal de Justicia un Tribunal de Primera Instancia y de crear dos niveles de jurisdicción tenía la finalidad, por un lado, de mejorar la protección jurisdiccional de los justiciables, especialmente en lo que se refiere a los recursos que requieren un examen detallado de hechos complejos, y, por otro lado, de mantener la calidad y la eficacia del control jurisdiccional en el ordenamiento jurídico comunitario».

44 — Con esta observación, no pretendo subestimar la importancia del procedimiento de remisión prejudicial. Tal como afirmó el Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 16 de mayo de 1991, Extramet Industrie/Consejo (C-358/89, Rec. p. I-2501), existen categorías de litigios jurídicos que, debido a su naturaleza y sus especiales características, es preferible someter a apreciación jurisdiccional mediante un recurso de anulación —evidentemente, en los casos en que ello sea posible desde un punto de vista procesal— en lugar de someterlos al Tribunal de Justicia por medio del procedimiento del artículo 234 CE [conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs de 21 de marzo de 1991: «una remisión prejudicial de un órgano jurisdiccional nacional sobre la validez de un Reglamento no siempre permite al Tribunal de Justicia investigar el asunto como en la misma medida que un recurso directo contra la Institución que lo adoptó [...]» (punto 73)). Cuando menos, no es ni lógica ni jurídicamente consecuente mantener en estos casos particulares que el procedimiento del artículo 234 CE puede sustituir al del artículo 230 CE.

de convertirlo en una copia exacta del artículo 230 CE. [45]

C. *Conclusiones*

56. El análisis que acabo de efectuar permite extraer las siguientes conclusiones.

57. El órgano jurisdiccional remitente no está obligado a suspender el procedimiento de que conoce y esperar a que concluya el procedimiento de anulación por el solo hecho de que se haya interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso contra la Decisión 98/531. Sin embargo, sí existe dicha obligación si la resolución del litigio principal presupone que el órgano jurisdiccional nacional dilucide si la Decisión controvertida es válida o no, en la medida en que, por las razones que he expuesto anteriormente, dicho problema no puede someterse al Tribunal de Justicia a través de la vía de recurso del artículo 234 CE. En todo caso, el órgano jurisdiccional remitente o el órgano jurisdiccional al que se remita en su caso el asunto para que resuelva sobre el fondo debe evitar dictar una sentencia contraria a la Decisión 98/531, a no ser que dicha Decisión haya sido anulada por el órgano jurisdiccional comunitario. [46]

58. Hecha esta consideración, hay que preguntarse por el modo en que deben tratarse las cuestiones prejudiciales segunda y tercera. Me parece probable que la Supreme Court no sea capaz de resolver el

45 — En el caso hipotético de que el Tribunal de Justicia actuara como un órgano jurisdiccional de anulación en el marco de la respuesta a una cuestión prejudicial, ello pondría en entredicho la propia existencia del Tribunal de Primera Instancia. Más concretamente, en la medida en que una parte pudiera recurrir directamente al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE y obtener un control jurisdiccional del mismo alcance que el que obtendría ante el Tribunal de Primera Instancia, está claro que dicha parte preferiría eludir el procedimiento del artículo 230 CE, evitando así la posibilidad de que se interponga un recurso de casación contra la sentencia de anulación.
No me detendré más sobre los argumentos que acabo de exponer, de los que, en todo caso, parece que cabe deducir que el Tribunal de Justicia muy bien puede examinar de manera general si la respuesta a una cuestión prejudicial que plantea el problema de la validez de una Decisión de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE a un caso concreto resulta útil cuando esa misma Decisión ha sido objeto de un recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia. Como he señalado antes, pese a las eventuales imperfecciones del control jurisdiccional ejercido en el marco de la respuesta a una cuestión prejudicial, el examen de la validez de actos administrativos comunitarios a través de dicha vía procesal seguramente constituya el único medio de protección jurisdiccional de que disponen las personas que no poseen *locus standi* con arreglo al artículo 230 CE para ejercer ante el Tribunal de Primera Instancia una acción directa contra dicho acto.
No obstante, considero que no es necesario responder a esta delicada cuestión en el presente asunto. Las particularidades de éste, que se centran en la identidad de las partes del procedimiento principal, son suficientes para justificar mi punto de vista según el cual la Supreme Court no puede plantear ante el Tribunal de Justicia el problema de la validez de la Decisión 98/531.

46 — La cuestión que se plantea es la siguiente: el órgano jurisdiccional irlandés, ¿no puede cuestionar la validez de la Decisión 98/531 únicamente mientras se desarrolla el procedimiento de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia, o debe esperar a que concluya el procedimiento de casación?
A este respecto, procede hacer la siguiente distinción. Si la sentencia del Tribunal de Primera Instancia no es impugnada mediante un recurso de casación interpuesto por HB o por Masterfoods, no será posible cuestionarla en el marco del procedimiento nacional. Desde un punto de vista procesal, no sería correcto, en aplicación de la jurisprudencia TWD Textilwerke Deggendorf (véase la nota 33 *supra*), que una de las partes del procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia que ha perdido su derecho a interponer un recurso de casación pueda impugnar indirectamente la sentencia dictada en primera instancia ante los órganos jurisdiccionales nacionales.
En cambio, si se ha interpuesto ya un recurso de casación contra la sentencia dictada en primera instancia, el planteamiento por parte del órgano jurisdiccional irlandés de una petición de decisión prejudicial en la que se cuestionen las consideraciones del Tribunal de Primera Instancia presentará menos problemas prácticos. Ya he explicado antes que la respuesta a las cuestiones prejudiciales presenta similitudes, por lo que respecta al alcance y a los elementos del control jurisdiccional, con la sentencia en un recurso de casación. En determinadas circunstancias, el Tribunal de Justicia puede acumular los dos asuntos a efectos de la sentencia. Sin embargo, hay que preguntarse de nuevo, por las razones que ya he explicado, en qué medida es apropiado permitir a HB y Masterfoods, por un lado, interponer un recurso de casación y, por otro, cuestionar el fundamento de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el marco de una cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional irlandés.
En todo caso, a estas alturas prefiero no abordar esta cuestión concreta, a saber, si el órgano jurisdiccional irlandés puede o no plantear cuestiones prejudiciales mientras siga pendiente de resolución el recurso de casación.

litigio de que conoce antes de que concluya el procedimiento de anulación pendiente de resolución ante el Tribunal de Primera Instancia, habida cuenta de que la cuestión de la validez de la Decisión 95/531 parece tener carácter previo respecto de la resolución del litigio principal. Si efectivamente es así, no tiene sentido responder a estas dos cuestiones prejudiciales. En la medida en que el Tribunal de Justicia no tenga que examinar la cuestión de la validez de la Decisión 98/531, que —por las razones que ya he expuesto— no puede ser planteada por el órgano jurisdiccional remitente, dicha respuesta no tiene ninguna utilidad para la resolución del litigio principal.

59. Sin embargo, no está excluido que la Supreme Court planteara las cuestiones de que se trata con el fin de apreciar el fundamento de la fundamentación de la sentencia dictada en primera instancia por la High Court basándose únicamente en los elementos de hecho y de Derecho con base en los cuales se dictó dicha sentencia. Por lo demás, esa es la razón por la cual los únicos elementos de hecho sometidos a la consideración del Tribunal de Justicia en la resolución de remisión son los comprobados en primera instancia por la High Court. Considero que este aspecto concreto del asunto puede examinarse, en el presente caso, en el marco de la respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera. Evidentemente, no pretendo con ello examinar el fundamento del contenido de la Decisión 98/531 ni tomar en consideración elementos contrarios a dicha Decisión.

V. Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial

60. La segunda cuestión plantea el problema de la compatibilidad de las cláusulas de exclusividad de que se trata con los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE).

A. *El precio de los helados y la compatibilidad de los contratos de que se trata con las disposiciones del artículo 86 del Tratado CE*

61. Antes de entrar en el examen de la alegaciones de la partes que presentaron observaciones en el presente procedimiento, me parece necesario subrayar un problema concreto planteado por el Gobierno sueco.

62. De los hechos comprobados por el órgano jurisdiccional irlandés de primera instancia parece desprenderse lo siguiente: en la época de autos, en la que se centró el examen de dicho órgano jurisdiccional, el precio de venta de los helados HB a los minoristas era el mismo independientemente de que dichos minoristas hubieran celebrado o no con HB contratos de suministro de los arcones congeladores de que se trata. En consecuencia, se presume que el precio de los helados incluía, además del precio del propio helado, el coste del congelador y de su mantenimiento. Si se parte de este supuesto, mediante la citada política de precios globales, unida a la imposición de la cláusula de exclusividad relativa al uso de los arcones congeladores, se introdujeron diferencias entre los minoristas. A los minoristas que tenían sus propios arcones congeladores se les cobraba por un servicio que no recibían;

además, se les repercutía el coste de suministrar los arcones congeladores de HB a los demás minoristas de forma gratuita (o por un precio simbólico).

63. Teniendo en cuenta la posición dominante que ocupa HB en el mercado, [47] considero que este comportamiento de dicha sociedad —siempre suponiendo que los hechos se desarrollaran de ese modo— era contrario al artículo 86, letra c), del Tratado CE. Esta disposición califica de explotación abusiva de una posición dominante el hecho de «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». [48] En el presente caso, los minoristas que no deseen que HB les suministre arcones congeladores ni someterse a las cláusulas de exclusividad controvertidas sufren una evidente desventaja competitiva con respecto a los minoristas que celebran contratos de suministro de arcones congeladores con HB. [49] Por lo demás, la Comisión llegó asimismo a esta conclusión en el pliego de cargos que remitió a la sociedad HB en 1993. La propia HB parece haber admitido de manera indirecta que había un conflicto entre su política comercial y las normas sobre la competencia, ya que modificó dicha política en 1995, introduciendo un sistema de precios diferenciados dependiendo de si HB suministraba o no al minorista, además de los helados, un arcón congelador. [50]

64. Por consiguiente, el abuso de posición dominante por parte de HB que se ha descrito es contrario al artículo 86 del Tratado, siempre que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. [51] Además, las cláusulas de exclusividad con-

47 — Véanse los puntos 90 y ss. *infra*.

48 — El Tribunal de Justicia debe abordar frecuentemente casos en los cuales la discriminación consiste en imponer un precio diferente por el mismo producto o el mismo servicio. A título de ejemplo, véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461). En el presente asunto, lo que sucede es exactamente lo contrario: se impone el mismo precio por situaciones diferentes, de modo que se favorece a una categoría de socios comerciales en detrimento de otra.

49 — En otros términos, existe un comportamiento abusivo por parte de HB, que crea una situación de competencia desleal. A mi entender, esta observación es suficiente para considerar dicho comportamiento contrario al artículo 86 del Tratado CE, sin que sea necesario examinar además en qué medida existe asimismo una violación de la libre competencia como consecuencia del cierre del mercado.

50 — HB reembolsa a los minoristas a los que no suministra arcones congeladores una cantidad a tanto alzado, que se supone que corresponde al coste de la compra y el mantenimiento en que no incurre por el hecho de no suministrar arcones congeladores.

51 — Procede señalar que el perjuicio del comercio intracomunitario es un requisito para la aplicación del artículo 86 del Tratado CE que, por regla general, ha sido interpretado de manera amplia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Dicho perjuicio no necesita ser sustancial, directo o actual, sino que basta con que sea indirecto o potencial (sentencias de 13 de julio de 1966, Grundig, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223).
En el presente asunto, hay que hacer las siguientes observaciones. Si se comprueba, según se ha indicado, que HB tuvo un comportamiento abusivo, la situación creada en el mercado será la siguiente: como consecuencia de la posición dominante de HB, la mayoría de los minoristas irlandeses compran helados a HB, independientemente de que ésta les suministre simultáneamente o no un arcón congelador. Los minoristas pueden dividirse en dos categorías. Por un lado, están aquellos que se encuentran vinculados por la cláusula de exclusividad y no pueden, por tanto, abastecerse ni almacenar helados de otros productores nacionales o extranjeros distintos de HB; estos minoristas se benefician de una ventaja competitiva gracias al comportamiento abusivo de HB. Por otro lado, están aquellos minoristas que, además de los helados de HB, podrían comprar asimismo productos similares de otros productores nacionales o extranjeros; estos minoristas sufren una desventaja competitiva con respecto a la anterior categoría.
Así pues, con su comportamiento HB consigue los siguientes resultados: en primer lugar, gracias a su posición dominante opera con la mayoría de los minoristas irlandeses. En segundo lugar, gracias a su comportamiento abusivo, consigue colocar en una situación competitiva desventajosa a aquellos minoristas con los que opera que también pueden abastecerse de helados de otros productores, sean extranjeros o no. De este modo, obstaculiza a los proveedores extranjeros el acceso al mercado irlandés de helados de consumo impulsivo. En mi opinión, esta última observación es suficiente para sostener que la política de HB, consistente, por un lado, en vender los helados a un precio único y, por otro, en imponer una cláusula de exclusividad para los arcones congeladores que suministra, puede afectar al comercio intracomunitario.

trovertidas, unidas a la política de precios únicos de los helados, eran contrarias a la disposición comunitaria antes citada, y su respeto no podía ser impuesto por vía jurisdiccional.

B. *Las cláusulas de exclusividad controvertidas y el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE*

65. El Tribunal de Justicia debe examinar si una serie de contratos de exclusividad infringen el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE. [52]

a) La sentencia Delimitis

66. El derrotero jurídico que seguiré para examinar el problema de que se trata fue trazado en la sentencia Delimitis, antes citada. [53]

67. El Tribunal de Justicia declaró que un contrato de exclusividad del que tanto el suministrador como el minorista obtienen ventajas no es, en sí mismo, contrario al Derecho comunitario de la competencia; «no obstante, es preciso verificar si no tienen por efecto impedirla, restringirla o falsear su juego». [54] Para apreciar un contrato de este tipo, es preciso tener en cuenta «el contexto económico y jurídico en el que éste se sitúa y en el que, junto con otros, puede producir un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia». Este efecto acumulativo constituye tan sólo «un elemento entre otros» en relación con una posible alteración del juego de la competencia y con sus consecuencias para el comercio entre Estados.

68. El examen de los efectos acumulativos de un acuerdo y de acuerdos similares requiere, antes de nada, delimitar el mercado afectado. Para apreciar si la existencia de varios contratos de exclusividad obstaculiza el acceso al mercado así delimitado, debe examinarse a continuación «la naturaleza y la importancia del conjunto de

52 — La particularidad del presente asunto radica en el hecho de que la cláusula de exclusividad no se refiere al suministro del producto controvertido (HB no prohíbe a los minoristas irlandeses que se abastezcan de otras marcas de helados), sino a la utilización de los arcones congeladores para el almacenamiento de los productos (HB prohíbe el almacenamiento en sus arcones congeladores de productos de otra marca). Ahora bien, una vez más los contratos de que se trata tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado de helados y pueden afectar al comercio entre Estados, lo que está prohibido con arreglo al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE.
La existencia de un vínculo entre dichos contratos, relativos al uso exclusivo de los arcones congeladores utilizados para almacenar los helados, y las condiciones de competencia en el propio mercado de helados es algo que quedó demostrado en la sentencia de 8 de junio de 1995, Langnese-Iglo (T-7/93, Rec. p. II-1533). En aquella sentencia, el Tribunal de Primera Instancia examinó la legalidad de una Decisión de la Comisión relativa a la compatibilidad con el artículo 85 de contratos de suministro exclusivo celebrados entre productores de helados y minoristas que vendían helados destinados al consumo «en la calle». Al examinar en qué medida había, además de dichos contratos, otros factores importantes que contribuyeran a cerrar el acceso al mercado, la Comisión señaló que el acceso de nuevos competidores al mercado se hacía aun más difícil por la existencia de un sistema de préstamo de un elevado número de cámaras frigoríficas puestas a disposición de los minoristas con la condición de que éstos se comprometieran a utilizarlas exclusivamente para almacenar los productos del proveedor. El Tribunal de Primera Instancia estimó que «la Comisión ha considerado acertadamente que se trata de un factor que contribuye a hacer más difícil el acceso al mercado. En efecto, esta circunstancia produce necesariamente la consecuencia de que cualquier nuevo competidor que llegue al mercado deba convencer al minorista para que cambie la cámara frigorífica instalada por la demandante por otra, lo que implica una renuncia al volumen de negocios realizado con los productos del antiguo proveedor, o conseguir que el minorista acepte instalar una cámara frigorífica más, lo que puede resultar imposible, principalmente debido a la falta de espacio en los pequeños puntos de venta. [...]» (apartado 108).

53 — Dicha sentencia se refería a contratos de exclusividad para el suministro de cerveza celebrados entre un proveedor (una fábrica de cervezas) y un revendedor (restaurante o establecimiento de bebidas). El primero otorgaba al segundo determinadas ventajas financieras y económicas, como la concesión de precios bonificados, el arrendamiento de locales y el suministro de equipos; el segundo se comprometía a abastecerse de cerveza exclusivamente de el primero y a no vender en su establecimiento productos competidores.

54 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 13.

estos contratos». La incidencia de estos contratos sobre el acceso al mercado depende, especialmente, del número de puntos de venta vinculados mediante contratos de exclusividad en relación con el número de establecimientos de bebidas que no lo están, de la duración de los compromisos suscritos, así como de las cantidades del producto de que se trate comercializadas por los «puntos de venta así vinculados» en relación con las cantidades vendidas por los distribuidores no vinculados. [55]
El Tribunal de Justicia indica que «la existencia de un haz de contratos similares [se trata de contratos de exclusividad], [56] aun cuando su incidencia sobre las posibilidades de acceso al mercado sea importante, no puede, no obstante, bastar por sí sola para concluir que el mercado afectado es inaccesible, cuando sólo constituya un elemento, entre otros, del contexto económico y jurídico en el que un contrato debe ser examinado». [57]

69. A continuación, el Tribunal de Justicia subrayó que debía examinarse «si existen posibilidades reales y concretas para que un nuevo competidor se infiltre en el haz de contratos». [58]

70. Si de este examen se desprende que la red de contratos controvertidos tiene, como «efecto acumulativo», cerrar el acceso de nuevos competidores nacionales y extranjeros al mercado, la responsabilidad de dicho cierre y las prohibiciones establecidas por el artículo 85, apartado 1, deben imputarse a los operadores que «contribuyen a él de manera significativa». [59] Para analizar esta última cuestión, consistente en determinar en qué medida determinados contratos de exclusividad contribuyen a producir el efecto acumulativo de cierre del mercado, debe tomarse en consideración «la posición de las partes contratantes en el mercado». [60] Ésta se determina, con base en la cuota de mercado del proveedor, en función del número de puntos de venta que controla en relación con el número total de puntos de venta y de la duración de los contratos de que se trate.

71. En síntesis, un contrato de exclusividad estará prohibido si se ha comprobado, en primer lugar, que el conjunto de los contratos similares tiene por efecto acumulativo cerrar el mercado, habida cuenta asimismo del contexto económico y jurídico más general en el que se aplican y, en segundo lugar, que el contrato de que se trata contribuye de manera significativa a dicho resultado.

b) La aplicación de la jurisprudencia Delimitis al presente asunto

72. En primer lugar, se pide al Tribunal de Justicia que examine la naturaleza y la

55 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 19.

56 — La observación es mía.

57 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 20.

58 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 21. El Tribunal citó criterios como, en primer lugar, la normativa relativa a la adquisición de sociedades de producción y al establecimiento de puntos de venta; en segundo lugar, el número mínimo de puntos de venta necesario para la explotación rentable de un sistema de distribución; en tercer lugar, la presencia de mayoristas de cerveza y de redes independientes de distribución y, en cuarto lugar, las condiciones de competencia que existen en el mercado de referencia. Por lo que respecta a este último criterio, consideró como elementos determinantes el número y dimensiones de los productores presentes en el mercado, el grado de saturación de éste y la fidelidad de los consumidores a las marcas existentes.

59 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 24.

60 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 25.

importancia del conjunto de los contratos de suministro de arcones congeladores que contienen una cláusula de exclusividad celebrados entre las sociedades que suministran los helados y los minoristas. [61] Este tipo de contratos son habituales en Irlanda. Si bien en sí mismos no son contrarios al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, pueden restringir la competencia, en la medida en que excluyen de determinados puntos de venta los productos de otros competidores.

73. En primer lugar, debe examinarse cuáles son las características de los puntos de venta. De las apreciaciones formuladas por la High Court en su sentencia recurrida ante la Supreme Court se desprende que la mayoría de los puntos de venta está constituida por minoristas; [62] estos establecimientos concentran también la mayor parte de las ventas. Por otro lado, una proporción muy pequeña de los minoristas poseen sus propios arcones congeladores, es decir, congeladores en los que pueden almacenar helados de diferentes marcas. [63] La gran mayoría de los minoristas tan sólo cuentan con uno o dos arcones congeladores destinados al uso exclusivo de un proveedor. El escaso número de arcones congeladores parece deberse a la falta de espacio en los establecimientos de los minoristas y a la inexistencia de un interés comercial por parte de dichos minoristas; éstos no esperan conseguir ningún aumento significativo de sus beneficios por la adquisición de un nuevo arcón congelador, aun cuando ello sea posible en la práctica. [64] Por lo que respecta a la sociedad HB, según los datos facilitados por el órgano jurisdiccional nacional controla aproximadamente 12.000 arcones congeladores de los 18.000 que existen en el mercado relevante. El órgano jurisdiccional irlandés de primera instancia estimó que aproximadamente el 80 % de los arcones congeladores que se encuentran en pequeños puntos de venta están controlados por HB.

74. Considero que los contratos de suministro de arcones congeladores a los minoristas afectan de manera significativa a las posibilidades de acceder al mercado de un nuevo competidor. Puesto que es muy poco o nada probable convencer al minorista de que sustituya un arcón congelador ya instalado o instale uno nuevo (de su propiedad o de otra marca), todo indica que los puntos de venta controlados mediante las cláusulas de exclusividad por un proveedor están, de hecho, vinculados a éste. Puesto que hay un número mucho mayor de puntos de venta que tienen contratos de suministro de congeladores con una cláusula de exclusividad que de puntos de venta con sus propios «congeladores libres», es evidente que la gran mayoría de los puntos de venta en Irlanda están, de hecho, vinculados a un proveedor.

61 — La primera preocupación de quien aplica el Derecho consiste en delimitar el mercado del producto y el mercado geográfico. De la formulación de la segunda cuestión prejudicial se desprende que el órgano jurisdiccional remitente parece considerar como mercado relevante el de los helados con envoltorio individual de consumo impulsivo en Irlanda.

62 — Se trata, sobre todo, de pequeñas tiendas de ultramarinos, quioscos y gasolineras. Representan alrededor de 9.000 puntos de venta sobre un total de 10.279 (investigación de mercado efectuada en 1990).

63 — La principal razón por la cual el número de propietarios de arcones congeladores es tan bajo es el coste de adquisición y de mantenimiento, así como la facilidad de adquirir un arcón congelador a un fabricante de helados, aun cuando dicha adquisición implique la aceptación de la cláusula de exclusividad.

64 — Sobre este particular, debería examinarse asimismo en qué medida el mercado relevante está saturado de arcones congeladores. En otros términos, si el número de arcones congeladores ya instalados ha alcanzado prácticamente su nivel máximo no cabe esperar que los minoristas tengan interés en instalar más arcones congeladores en sus tiendas.

75. Por lo que respecta, en particular, al caso de HB, disfruta además de una ventaja adicional debido a la posición que ocupa en el mercado. Es el productor de helados con la mayor gama de productos y que goza de mayor popularidad. Por consiguiente, los minoristas —que, como se ha indicado, normalmente no poseen sus propios arcones congeladores— están muy interesados, cuando deciden comprar helados, en dirigirse a HB; gracias a la posición que ésta ocupa en el mercado, cabe presumir que les asegura un mayor volumen de negocios. Por la misma razón, hay muy pocos casos en los que los arcones congeladores de HB son sustituidos por congeladores de uso exclusivo de otra marca. Por último, no hay expectativas de que la adquisición de un nuevo congelador para almacenar helados de otra marca incremente de forma significativa los beneficios de los minoristas; los helados de HB seguirán suponiendo la mayor parte de las ventas de la tienda. Todo ello fue confirmado asimismo por el órgano jurisdiccional irlandés de primera instancia.

76. Por lo que respecta a las posibilidades de que nuevos competidores accedan a la red de distribución existente y, por consiguiente, al mercado relevante, HB expone una serie de argumentos para demostrar que los contratos de que se trata no tienen por efecto acumulativo cerrar el mercado a nuevos competidores. HB sostiene que, para aplicar correctamente el artículo 85, apartado 1, al presente asunto, hay que determinar el «nivel mínimo de acceso al mercado» que debe dejarse a los nuevos competidores. Si en el presente caso se garantiza dicho nivel mínimo de acceso, las cláusulas de exclusividad controvertidas no serán contrarias a las normas comunitarias sobre la competencia.

77. No discrepo de dicho razonamiento. No obstante, el gran número de puntos de venta vinculados de hecho en razón de las cláusulas de exclusividad relativas al uso de los arcones congeladores constituye un indicio significativo —que el órgano jurisdiccional nacional debe confirmar— de que la restricción de la competencia ocasionada por el conjunto de contratos de que se trata es tan grave que no existe el (mínimo) margen necesario para acceder al mercado. Esta apreciación no se ve enervada por el hecho de que determinados competidores, como Mars, consigan, a pesar de dichas restricciones, hacerse con una pequeña parte del mercado. Además, no se puede mantener válidamente —como intenta hacer HB— que el acceso al mercado de suministro de helados en Irlanda presuponga que el nuevo proveedor de helados deba ocuparse de crear su propio «parque de arcones congeladores» para asegurarse así el control de determinados puntos de venta. Este planteamiento parece justificar la imposición de un mayor grado de vinculación del mercado presentándola como una condición previa para su liberalización; ahora bien, conviene subrayar que el mercado relevante es el del suministro de helados de consumo impulsivo, y no un mercado único para el suministro de helados y de arcones congeladores.[65] Por último, HB observa, de manera reveladora, que no se considera que los contratos de exclusividad contribuyan a cerrar el mercado de un modo contrario a las normas

65 — El correcto funcionamiento de las normas sobre la competencia no permite obligar a los fabricantes de helados a suministrar arcones congeladores para poder operar en el mercado de helados. La competencia entre las marcas no debe ser sustituida por la competencia por acceder a los establecimientos al por menor.

comunitarias sobre la competencia si los nuevos proveedores de helados tienen la posibilidad de recurrir a otros métodos para consolidar su posición en el mercado. Sin embargo, no está claro que dicha posibilidad exista en el mercado irlandés de helados, [66] si bien en todo caso esta es una cuestión que corresponde dilucidar al órgano jurisdiccional remitente. [67]

78. Del anterior análisis se desprende que —en la medida en que los elementos de hecho y de Derecho apreciados sean correctos— el haz de contratos relativos a arcones congeladores con una cláusula de exclusividad celebrados entre suministradores de helados en Irlanda y minoristas tiene por efecto acumulativo alterar las condiciones de una competencia basada en los méritos en el mercado relevante y provoca el cierre de dicho mercado. El sistema de cláusulas de exclusividad, tal como funciona en el presente caso, parece otorgar una ventaja excesiva al proveedor que posee la mayor parte del mercado, hace prácticamente imposible el acceso al mercado de nuevos proveedores (en particular, de proveedores pequeños y medianos, es decir, aquellos proveedores que no tienen una amplia gama de productos y no pueden asumir el coste de crear una red de arcones congeladores) y perjudica en última instancia al consumidor, ya que no favorece la competencia en calidad y precio de los productos. No dudo que pueda considerarse que dicho sistema beneficia, en cierto modo, a las partes de los contratos controvertidos relativos a los arcones congeladores, ni que también pueda tener un impacto positivo en el mercado; [68] no obstante, aun admitiendo que pueda ser así, ello no elimina las consecuencias negativas y perniciosas para la libre competencia, equiparables al cierre del mercado.

79. Queda por examinar la cuestión de si puede aplicarse la cláusula *de minimis* enunciada en la sentencia Delimitis; es decir, si los contratos relativos a los arcones congeladores de HB «contribuyen de manera significativa» [69] a producir en el mercado los efectos negativos antes descritos. Considero que, al menos con base en los elementos expuestos en la sentencia en primera instancia del órgano jurisdiccional irlandés, debe responderse de manera afirmativa a esta cuestión. HB es parte de la inmensa mayoría de dichos contratos relativos a arcones congeladores. La propia sociedad se presenta como el proveedor

66 — Cabría considerar que otro método para acceder al mercado, de acuerdo con la sentencia Delimitis, sería la adquisición de nuevos puntos de venta, la creación de una red de distribución rentable o la utilización de un sistema existente de intermediarios independientes. Sin embargo, de los autos no se desprende que exista en Irlanda un mercado al por mayor independiente de helados de consumo impulsivo que permitiera a los nuevos proveedores acceder a la distribución. Además, si el mercado relevante se encuentra efectivamente saturado por lo que respecta al número de puntos de venta y al número total de arcones congeladores instalados, es evidente que las soluciones alternativas abiertas a los nuevos operadores (especialmente las pequeñas y medianas empresas) son particularmente limitadas. En mi opinión, la solución propuesta por HB, consistente en la adquisición de otras empresas que cuenten con una red de distribución no puede considerarse como una solución alternativa; aun suponiendo que existiera dicha posibilidad, el coste del acceso al mercado sería con toda probabilidad un elemento disuasorio para los operadores económicos interesados. Por otro lado, no podría considerarse compatible con las normas comunitarias sobre la competencia permitir a los operadores ya establecidos aherrojar el mercado de tal modo que la única perspectiva para un nuevo competidor de acceder al mismo consistiera en la compra de uno de los competidores ya existentes; en ese caso, no existiría libre competencia.
También debe examinarse la cuestión de si la posición de fuerza que ocupan los actuales suministradores de helados y su reputación entre los consumidores constituyen un obstáculo insuperable para eventuales nuevos competidores.

67 — El órgano jurisdiccional remitente deberá examinar esta cuestión a la luz del apartado 21 de la sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*.

68 — Véanse los puntos 85 y ss. *infra*.

69 — Sentencia Delimitis, citada en la nota 3 *supra*, apartado 24.

más importante establecido en el mercado, hace tiempo que ha consolidado dicha posición, cuenta con la mayor red de arcones congeladores y, gracias a ello, ofrece sus productos en la gran mayoría de los puntos de venta. Repito que, de acuerdo con las apreciaciones efectuadas por el órgano jurisdiccional irlandés de primera instancia, dos terceras partes de los arcones congeladores existentes en puntos de venta en Irlanda han sido suministrados por HB con base en contratos de exclusividad, y que el 80 % de los establecimientos minoristas están vinculados de hecho a HB.

80. Estas observaciones no se ven enervadas por las alegaciones de HB.

81. Esta sociedad se remite, en primer lugar, al criterio de la duración de las cláusulas de exclusividad, utilizado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Delimitis. Sostiene que, a diferencia de los hechos de que se trataba en el asunto Langnese-Iglo,[70] los contratos de uso exclusivo de los arcones congeladores controvertidos son celebrados de forma voluntaria por los minoristas, que pueden resolverlos a instancia suya sin incurrir en ningún otra obligación frente a la sociedad proveedora. Según HB, este elemento indica que dichos contratos son compatibles con el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE.

82. No puedo acoger este punto de vista. En todo caso, resulta útil examinar la duración real de los contratos. Si la duración media es larga y si se comprueba que los minoristas se muestran reticentes a resolver los contratos con un breve plazo de preaviso, no será posible sostener que la posibilidad de «resolverlos a instancias suya» contemplada en los mismos sea suficiente para que pueda considerarse que dichos contratos no entrañan el cierre del mercado de un modo contrario al artículo 85, apartado 1.

83. HB afirma asimismo que, para determinar correctamente de qué modo sus contratos contribuyen al cierre del mercado, es necesario efectuar la siguiente distinción. A su entender, en el número total de puntos de venta que no operan en régimen de libre competencia por estar vinculados de hecho a HB no deben incluirse los casos de aquellos minoristas que, pese a tener uno o más arcones congeladores de HB, no están en todo caso interesados en vender ninguna otra marca de helados por razones puramente comerciales, en particular la escasa demanda por parte de los consumidores de helados distintos de los de HB.

84. No puedo acoger este razonamiento, en el que parece haberse basado fundamentalmente la High Court. Los efectos de un contrato restrictivo de la competencia deben apreciarse de manera objetiva, independientemente de las razones por las cuales las partes contratantes celebran dicho contrato restrictivo. En principio, el hecho de que los demás proveedores estén en gran medida excluidos del mercado puede constituir una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE,

70 — Citado en la nota 52 *supra*.

incluso si el minorista que acepta la cláusula de exclusividad declara, en un momento dado, que no está interesado en ampliar el número de proveedores. Por consiguiente, para determinar correctamente los efectos restrictivos sobre la competencia de los contratos relativos a los arcones congeladores controvertidos, deben considerarse dependientes de hecho de HB, habida cuenta del análisis precedente, todos los puntos de venta que únicamente dispongan de arcones congeladores de HB y que, por tanto, no vendan helados de ninguna otra marca.

c) Sobre la justificación objetiva de las cláusulas de exclusividad controvertidas

85. HB sostiene que las cláusulas controvertidas introducen una restricción insignificante de la competencia, que es perfectamente legal por estar objetivamente justificada. A este respecto, invoca la sentencia Pronuptia [71] y la teoría de la justificación objetiva de determinados comportamientos contractuales que, por esa razón, están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE.

86. Más concretamente, HB alega que los contratos relativos al uso y mantenimiento de los arcones congeladores sin ninguna contrapartida directa les benefician tanto a ella como a los minoristas que contratan con ella. Por ejemplo, permiten reducir el coste total de la venta de helados, [72] mejorar la distribución de los productos [73] y aumentar el número de puntos de venta de los productos. [74]

87. Además, HB sostiene que la cláusula de exclusividad incluida en los contratos antes citados es fundamental para el buen funcionamiento del sistema y sólo introduce restricciones de la competencia insignificantes y legales. Observa que, sin dicha cláusula, estarían en peligro la buena organización del mercado de helados de consumo impulsivo y la adecuada distribución de dichos productos. Gracias a dichas cláusulas, los proveedores garantizan un mejor acceso a sus productos, cuentan con un cierto margen para asumir el coste de los arcones congeladores, pues anticipan un mayor volumen de ventas, controlan mejor las condiciones de higiene y refrigeración de los helados, ven facilitada la publicidad y la promoción en general de sus productos y consiguen protección contra un comportamiento abusivo por parte de sus competidores, [75] protegiendo sus derechos de propiedad sobre los congeladores. Todo ello se consigue, según las alegaciones de

71 — Sentencia de 28 de enero de 1986 (161/84, Rec. p. 353).

72 — Los minoristas evitan el importante gasto que supone para ellos la compra y el mantenimiento de un arcón congelador. Como filial de Unilever, HB compra los arcones congeladores al por mayor a los fabricantes a precios netamente más favorables que los que obtendría un comprador aislado. Además, el hecho de no facturar por separado los arcones congeladores y los helados simplifica las transacciones.

73 — HB controla mejor las condiciones de distribución y de conservación de sus productos y obtiene una mejor cobertura geográfica del mercado.

74 — Numerosos minoristas se niegan a asumir el riesgo comercial inherente a la compra o arrendamiento y el mantenimiento de arcones congeladores para helados, debido al carácter marginal que esta actividad tiene para ellos. HB sostiene que el suministro y el mantenimiento gratuitos de arcones congeladores constituye en muchos casos el único medio de conseguir que determinados puntos de venta ofrezcan helados.

75 — Estos últimos se beneficiarían de una ventaja competitiva indebida si pudieran vender sus helados utilizando los arcones congeladores de HB.

HB, sin una restricción excesiva de la competencia.

88. Mis observaciones sobre dichas alegaciones son las siguientes:

En primer lugar, señalo que el criterio de la justificación objetiva resulta difícil de interpretar y de aplicar en la práctica; cabe cuestionarse incluso si constituye un criterio adecuado para interpretar las disposiciones comunitarias en materia de competencia. [76] Sin embargo, no está enteramente ausente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [77]

En segundo lugar, a diferencia del caso examinado por el Tribunal de Justicia en el asunto Pronuptia, en el presente asunto la cláusula de exclusividad no parece constituir una condición objetivamente necesaria para el funcionamiento de un sistema cuyo mantenimiento como tal está plenamente justificado. Por otro lado, admito que los contratos de suministro de arcones congeladores a los minoristas presentan ventajas tanto para las partes como para el consumidor; sin embargo, eso no significa que la existencia y el funcionamiento correcto del mercado de helados de consumo impulsivo en Irlanda dependan de dichas cláusulas. [78] Por otro lado, y más importante aún, la cláusula de exclusividad que acompaña al suministro de un arcón congelador no es una condición *sine qua non* para la celebración de contratos relativos a arcones congeladores. Pese a las afirmaciones en contra de HB, nada demuestra que el establecimiento por parte de los proveedores de helados de una red de distribución que incluya el suministro de arcones congeladores a los minoristas no pueda tener lugar sin el suministro gratuito de un arcón congelador acompañado de una cláusula de exclusividad relativa a su utilización. [79]

76 — En mis conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión (C-235/92 P, Rec. p. I-4539), punto 45, expresé mis reservas sobre la posibilidad de trasladar el principio de la «rule of reason», de origen americano, al ordenamiento jurídico comunitario, en particular por lo que respecta a la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE.

77 — Además de la sentencia Pronuptia, citada en la nota 71 *supra*, me remito a mis conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke y Comisión (C-83/98 P, Rec. p. I-3271), en las que hice referencia al criterio de la justificación objetiva del control de las ayudas de Estado. Véanse asimismo las sentencias de 8 de junio de 1982, Nungesser (258/78, Rec. p. 2015), y de 6 de octubre de 1982, Coditel (II) y otros (262/81, Rec. p. 3381).

78 — Así lo demuestra también el hecho de que HB sea capaz asimismo de distribuir con éxito sus productos en puntos de venta en los que no hay arcones congeladores de su propiedad.

79 — Nada demuestra que la práctica actual sea necesaria para el funcionamiento de la red de distribución de helados en Irlanda. Tampoco cabe deducir en modo alguno de las alegaciones de HB que la eliminación de la exigencia de exclusividad en el uso de los congeladores trastornará la situación hasta tal punto que, por un lado, ya no será posible celebrar contratos relativos a arcones congeladores con los minoristas y, por otro, el mercado se verá afectado de manera irreversible como consecuencia del colapso del sistema de distribución y la reducción del número de puntos de venta. La existencia de un nexo de causalidad entre la eliminación de la exclusividad y el trastorno del sistema no ha quedado suficientemente demostrada.
Por lo que respecta a la protección del derecho de propiedad de HB sobre los arcones congeladores, señalaré que el suministro de un arcón congelador sin ninguna contrapartida, pero con la obligación simultánea de aceptar la cláusula de exclusividad, no constituye el único modo de alcanzar dicho objetivo, sino una decisión tomada por HB por razones comerciales. En lugar de incorporar el coste de los arcones congeladores al precio de los helados, cabría imaginar otros métodos de amortización del coste de su inversión en los arcones congeladores; el cobro a los minoristas de un alquiler específico por el uso de los congeladores es una de las soluciones posibles (véanse los puntos 105 y ss. *infra*).
Esta solución podría dar lugar a que un cierto número de minoristas renunciaran a vender helados. En todo caso, el alcance de esta reducción del número de puntos de venta no se conoce con certeza. Además, los minoristas podrían tener que soportar el coste del arrendamiento de un arcón congelador, pero comprarían los helados a un precio inferior (ya que el coste del congelador dejaría de incluirse en el precio del helado) y podrían expandir su actividad comercial utilizando el congelador asimismo para almacenar y conservar otros helados. En todo caso, la reducción del número de puntos de venta no legitima, por sí sola, las restricciones de la competencia derivadas de las cláusulas de exclusividad controvertidas.

En tercer lugar, considero que, aun admitiendo que determinadas restricciones de la competencia podrían estar justificadas por el mantenimiento de un sistema que sin lugar a dudas funciona en beneficio del mercado y de los operadores que participan en el mismo, dichas restricciones no pueden rebasar un límite que puede determinarse aplicando el principio de proporcionalidad. [80] En consecuencia, si se comprueba, de acuerdo con el análisis precedente, con base en la apreciación global del contexto jurídico y fáctico en el que se inscriben los contratos controvertidos de HB, que éstos contribuyen de manera significativa, junto con otros contratos similares, al efecto acumulativo negativo para la competencia cerrando el mercado, dichos contratos, a pesar de los elementos positivos señalados por HB, serán contrarios al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE. En primer lugar, debido a la gravedad de las consecuencias negativas para la competencia, las restricciones controvertidas rebasan un determinado límite a partir del cual ya no pueden considerarse justificadas. [81] En segundo lugar, como ya he señalado, no se ha demostrado que las restricciones de que se trata, causadas por los contratos de exclusividad de que conoce el Tribunal de Justicia, sean indispensables para alcanzar el objetivo que persiguen, por legítimo que éste sea. [82]

89. En conclusión, procede responder del siguiente modo a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial: habida cuenta de los elementos jurídicos y fácticos del mercado relevante, un acuerdo o una práctica como el que es objeto del procedimiento principal es contrario al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE si se cumplen tres requisitos: en primer lugar, que impida de hecho, en relación con los acuerdos o prácticas similares existentes en el mismo mercado, el acceso de otros competidores a una parte especialmente importante de los

80 — Suele afirmarse que la sentencia Pronuptia permite considerar un acuerdo o una práctica colusoria compatible con el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE sin que sea necesario apreciar en qué medida restringe la competencia, en razón únicamente de que constituye una condición necesaria para el funcionamiento de un sistema que, en sí mismo, no es contrario al artículo 85, apartado 1. No estoy de acuerdo con este planteamiento. Si las restricciones de la competencia de que se trata son particularmente graves, no pueden calificarse de «accesorias» o «insignificantes». La sentencia Pronuptia pretendía mejorar la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, y no ofrece una vía para eludir la aplicación de dichas disposiciones.
En consecuencia, es necesario encontrar un equilibrio entre los beneficios de la libre competencia, que se ve afectada por el acuerdo o práctica de que se trate, y los beneficios que este último pretende proteger. La voluntad de alcanzar objetivos legítimos no siempre justifica la distorsión de las condiciones de competencia, sobre todo si dicha distorsión es grave. Además, habrá que preguntarse, aplicando los criterios del principio de proporcionalidad (carácter apropiado, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto), si el acuerdo o la práctica de que se trata afecta a la competencia de una manera excesiva.

81 — En mis conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Montecatini/Comisión, citada en la nota 76 *supra,* ya sostuve una tesis similar sobre la imposibilidad de justificar restricciones particularmente graves de la competencia por la «rule of reason», que parece haber sido adoptada tanto por el Juez comunitario como por el Juez americano de la competencia. En aquella misma sentencia, el Tribunal de Justicia afirmó lo siguiente: «A este respecto, basta con señalar que, aun suponiendo que la "rule of reason" pueda aplicarse en el marco del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, no puede excluir en ningún caso la aplicación de dicha disposición en el supuesto de una práctica colusoria que implique a productores que poseen la casi totalidad del mercado comunitario y relativa a objetivos de precios, a la limitación de la producción y al reparto del mercado. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en ningún error de Derecho al considerar que el carácter patente de la infracción se oponía, en cualquier caso, a la aplicación de la "rule of reason"» (apartado 133).

82 — Es evidente que, si los elementos de hecho y de Derecho del mercado fueran diferentes, las alegaciones de HB sobre la utilidad de las cláusulas de exclusividad tendrían más peso y podrían justificar dicha utilidad a la luz del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE.

puntos de venta existentes, dando lugar así al cierre del mercado; en segundo lugar, que contribuya de manera significativa a dicho cierre y, en tercer lugar, que dicha restricción de la competencia pueda afectar al comercio entre Estados miembros. [83]

C. *Las cláusulas de exclusividad controvertidas y el artículo 86 del Tratado CE*

90. La posición que ocupa una empresa en el mercado puede calificarse de «dominante» cuando permite a esta empresa impedir que haya una competencia efectiva y comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y los consumidores. [84] En principio, salvo circunstancias excepcionales el hecho de tener una cuota de mercado significativa constituye la prueba de la existencia de una posición dominante. [85]

91. La cuota de HB en el mercado irlandés de los helados con envoltorio individual de consumo impulsivo se sitúa desde hace muchos años en torno al 70 % o más. Este dato, unido a otros parámetros, [86] llevan necesariamente a la conclusión de que HB ocupa una posición dominante en ese mercado. [87]

92. La explotación abusiva de una posición dominante, prohibida por el artículo 86, es «un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa [...] que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal [...], el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado». [88] Una empresa que ocupe una posición dominante no puede eliminar «a un competidor y [reforzar] de este modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos». [89] Por lo que respecta a la aplicación correcta del artículo 86, el Tribunal de Justicia ha estimado que «el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada». [90] Por lo que respecta a los contratos de exclusividad, existe una reiterada jurisprudencia según la cual «para

83 — En la medida en que se compruebe la existencia de un cierre del mercado hasta el punto de que no sea posible para nuevos proveedores de helados acceder a los puntos de venta, independientemente de cuál sea la situación geográfica y el origen de los productos de dicho proveedor, considero probable que se vea afectado el comercio entre Estados miembros. Dicha restricción de la competencia hace más difícil el acceso de competidores extranjeros al mercado irlandés.

84 — Véanse las sentencias de 14 de febrero de 1978, United Brands (27/76, Rec. p. 207), y de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en la nota 48 *supra*.

85 — Véanse las sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en la nota 48 *supra*, apartado 41, así como las sentencias de 3 de julio de 1991, Akzo/Comisión (62/86, Rec. p. I-3359), apartado 60, y de 26 de mayo de 1993, Hilti (C-52/92 P, Rec. p. I-2961).

86 — Inexistencia de otro competidor de las mismas dimensiones, aceptación por los consumidores, control de una gran parte de los puntos de venta, acceso a los conocimientos especializados y otras ventajas derivadas de su participación en el grupo multinacional Unilever.

87 — También el órgano jurisdiccional irlandés de primera instancia llegó a esta conclusión.

88 — Véase la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en la nota 48 *supra*, apartado 91.

89 — Véase la sentencia Akzo/Comisión, citada en la nota 85 *supra*, apartado 70.

90 — Véase la sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión (C-333/94 P, Rec. p. I-5951), apartado 24.

una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores —aunque sea a instancia de éstos— mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, constituye una explotación abusiva de [esa] posición». [91]

93. HB propone a los minoristas el siguiente trato: les suministra (sin ninguna contrapartida directa por su parte) arcones congeladores cuyos costes de adquisición y de mantenimiento asume ella; sin embargo, pone como condición que dichos arcones congeladores se utilicen exclusivamente para almacenar sus propios productos. De este modo, incita a los minoristas que no tienen un congelador, ya sea propio o de otro proveedor, a celebrar con ella contratos de suministro que contienen una cláusula de exclusividad. Ya he explicado que, por regla general, los minoristas que celebran dichos contratos no aceptan sustituir sus congeladores HB por congeladores de otro proveedor o por sus propios congeladores, ni están dispuestos tampoco a instalar congeladores adicionales. [92] En consecuencia, los puntos de venta cubiertos por los contratos controvertidos se convierten de hecho en puntos de venta exclusiva de productos de HB. Del análisis anterior se desprende que el porcentaje constituido por estos puntos de venta es especialmente elevado, y parece ascender al 80 % de las pequeñas tiendas. [93]

94. Esto refuerza la posición dominante de HB y debilita aún más la competencia, en todo caso ya debilitada debido a la posición dominante de HB. De un modo más general, la política controvertida de HB es incompatible con las condiciones de una competencia basada en los méritos en el suministro de productos de consumo: en primer lugar, dificulta el acceso a este mercado y la consolidación de su posición en el mismo a los otros proveedores competidores de HB; en segundo lugar, restringe la libertad de los minoristas para elegir sus proveedores en función de las ventajas que ofrecen; en tercer lugar, restringe la libertad de los consumidores para elegir los productos de que se trata en función de su calidad y su precio. En otros términos, en ninguno de los niveles del mercado la competencia entre distintas marcas de helados con envoltorio individual de consumo impulsivo depende de las características de dichos productos, sino de si los puntos de venta de que se trata están vinculados o no a HB. En conclusión, considero que el comportamiento de HB constituye un abuso de posición dominante.

95. La corrección de esta conclusión no se ve enervada por las alegaciones formuladas por HB.

91 — Véanse las sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en la nota 48 *supra*, apartado 89, y Akzo/Comisión, citada en la nota 85 *supra*, apartado 149. En su sentencia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (T-65/89, Rec. p. II-389), apartado 68, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «cuando, como en el presente caso, un operador dispone de una posición fuerte en el mercado, la celebración de contratos de compra en exclusiva relativos a una proporción importante de las compras constituye un obstáculo inaceptable a la entrada en dicho mercado».

92 — Véanse los puntos 74 y 75 *supra*.

93 — Véase el punto 73 *supra*.

96. Dicha parte sostiene, en primer lugar, que la celebración de contratos relativos a los arcones congeladores que incluyen una cláusula de exclusividad constituye una práctica habitual de los proveedores en el mercado relevante que no impide una competencia basada en los méritos, sino que, por el contrario, tiene un efecto positivo sobre las condiciones de competencia. Además, una eventual prohibición de dichos contratos por ser contrarios al artículo 86 del Tratado CE obligaría a HB a actuar en contra de sus propios intereses, algo que no es posible. [94] HB también invoca la sentencia Bronner, [95] de la que deduce que una empresa que ocupe una posición dominante no está obligada a abrir a la competencia el sistema de distribución de sus productos, ni siquiera a cambio de una retribución razonable, siempre que, en primer lugar, la denegación del derecho al acceso no tenga por efecto impedir la competencia por parte de la empresa que solicita dicho acceso, que, en segundo lugar, dicha denegación del acceso pueda justificarse objetivamente y que, en tercer lugar, exista una solución alternativa. Por último, HB sostiene, por un lado, que los contratos controvertidos no falsean las condiciones de la competencia, ya que no le otorgan la exclusividad más que en relación con un porcentaje insignificante de los puntos de venta y, por otro, que, en todo caso, su comportamiento está objetivamente justificado.

97. No discuto que los contratos relativos a los arcones congeladores constituyan una práctica comercial habitual en el mercado relevante ni que, desde una cierta perspectiva, sean ventajosos para las partes contratantes. Sin embargo, dicha observación no basta para considerar que los contratos de HB no son contrarios al artículo 86 del Tratado CE; su existencia podría aceptarse en mercados en los que imperen unas condiciones de competencia normales, pero no en el caso de que, como en el presente asunto, la competencia se encuentra ya debilitada precisamente a causa de la posición dominante de HB. Además, las alegaciones de HB no refutan las apreciaciones efectuadas en mi anterior análisis, en particular la apreciación según la cual los contratos relativos a los arcones congeladores de HB no permiten que la competencia funcione de un modo normal, como debe suceder en el caso del suministro de bienes de consumo.

98. Además, si bien es cierto que la aplicación del artículo 86 del Tratado CE que se propone puede privar a HB de la posibilidad de aprovechar todas las ventajas que se derivan de su posición en el mercado, no lo es menos que no le obliga a actuar en contra de sus intereses. Es perfectamente legítimo que el margen de maniobra de que dispone una sociedad en la definición de su estrategia comercial se vea limitado en virtud del artículo 86, en la medida en que una empresa que ocupa una posición dominante siempre tiene la especial responsabilidad de no perjudicar, con su comportamiento, la existencia de una legítima competencia no falseada en el mercado común.

94 — HB invoca las conclusiones del Juez del Tribunal de Primera Instancia Sr. Kirschner, que ejerció las funciones de Abogado General en el asunto en el que recayó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak (T-51/89, Rec. p. II-309), punto 63. En sus conclusiones, sostiene que ninguna sociedad, ni siquiera si ocupa una posición dominante, puede ser obligada a actuar en contra de sus propios intereses.

95 — Sentencia de 26 de noviembre de 1998 (C-7/97, Rec. p. I-7791).

99. Además, las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Justicia en la sentencia Bronner [96] y el principio de los «servicios indispensables» no afectan al presente asunto. La sentencia Bronner se refería al derecho de acceso de un competidor a una red de distribución de otro competidor que ocupaba una posición dominante cuando la participación en dicha red se presenta como un servicio indispensable para el ejercicio de dicha actividad y para la existencia de la competencia. El problema central que aquí nos ocupa es diferente; se refiere a la alteración de las condiciones de la competencia mediante una cláusula de exclusividad impuesta a los minoristas para el suministro de productos como condición para la entrega de arcones congeladores sin ninguna contrapartida directa. El problema de los servicios indispensables no se plantea en el presente asunto. [97]

100. Por lo que respecta a la alegación de HB según la cual el número de minoristas vinculados por las cláusulas de exclusividad controvertidas es insignificante, señalaré que los criterios con base en los cuales HB efectúa sus cálculos y llega a dicha conclusión son incorrectos. HB parece no incluir en su análisis a los minoristas que poseen únicamente arcones congeladores de HB, pero que afirman que, en todo caso, por razones puramente comerciales no están interesados en vender ninguna otra marca de helados. Como ya he explicado en mi análisis referido al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, todos los puntos de venta que únicamente poseen arcones congeladores de HB deben considerarse vinculados de hecho a HB por los contratos relativos a los congeladores. [98] Observo que, de acuerdo con los datos facilitados por el órgano jurisdiccional nacional, el 80 % de las pequeñas tiendas irlandesas venden únicamente helados de HB y, aunque lo deseen, no pueden ampliar su gama de productos debido a que están equipadas con arcones congeladores de HB.

101. Por lo que respecta al argumento relativo a la «justificación objetiva» del comportamiento de HB, subrayo, en primer lugar, que la jurisprudencia no parece haber utilizado expresamente este concepto en el marco de la interpretación del artículo 86 del Tratado CE. Con todo, estoy de acuerdo en que difícilmente cabría admitir que un comportamiento comercial objetivamente justificado fuera también un comportamiento abusivo. [99] El carácter justificado o no de un comportamiento se aprecia conforme al principio de proporcionalidad. [100] Una sociedad que ocupa una posición dominante no está facultada para introducir restricciones desproporcionadas de la libre competencia, ni siquiera si los objetivos que persigue son plenamente

96 — Citada en la nota 95 *supra*.

97 — Más concretamente, en la sentencia Bronner, citada en la nota 95 *supra*, la sociedad editora que ocupaba una posición dominante había creado una red de distribución que no impedía a un competidor crear su propia red de distribución. Además, dicha red no impedía a los minoristas adquirir y vender otros diarios. En cambio, la red de distribución creada por HB, asociada a las cláusulas de exclusividad controvertidas, por un lado, impide a los competidores crear su propia red y, por otro, impide en última instancia a los minoristas abastecerse de productos similares de otra marca.

98 — Véase el punto 84 *supra*.

99 — Desde este punto de vista, el concepto de justificación objetiva aparece como un elemento que debe tenerse en cuenta para determinar si el comportamiento de las empresas que ocupan una posición dominante tiene carácter abusivo o no.

100 — Por lo que respecta al sentido del principio de proporcionalidad en el marco del artículo 86, véase el análisis efectuado en sus conclusiones por el Juez del Tribunal de Primera Instancia Sr. Kirschner, que ejerció las funciones de Abogado General en el asunto en el que recayó la sentencia Tetra Pak, citada en la nota 94 *supra*, puntos 67 a 74; dichas conclusiones contienen referencias jurisprudenciales y doctrinales especialmente útiles.

legítimos. En relación con los contratos relativos a los arcones congeladores controvertidos, considero que las graves consecuencias negativas para el funcionamiento del mercado que se han señalado anteriormente, el alcance de las restricciones de la competencia derivadas de los mismos y la consiguiente imposibilidad de asegurar las condiciones de una competencia basada en los méritos y normal implican por sí solos que el comportamiento de HB sea injustificable. [101] Ahora bien, aun en el caso de que no se admita la citada «presunción de abuso», el comportamiento de HB que se está examinando no está objetivamente justificado, ya que establece obstáculos y distorsiones de la libre competencia que exceden del objetivo perseguido y no son necesarios para alcanzarlo. [102]

102. En consecuencia, llego a la siguiente conclusión: una empresa que suministra helados con envoltorio individual de consumo impulsivo y que ocupe una posición dominante en el mercado relevante ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 86 del Tratado al incitar a los minoristas a celebrar con ella contratos de suministro de arcones congeladores sin ninguna contrapartida directa pero que contienen una cláusula que obliga a usar dichos arcones congeladores exclusivamente para almacenar sus productos, con lo que consigue, habida cuenta de las características del mercado, vincular de hecho a un gran número de puntos de venta y restringir aún más una competencia ya debilitada, al no permitir que el mercado funcione en condiciones de una competencia basada en los méritos.

VI. La tercera cuestión prejudicial

103. El órgano jurisdiccional remitente pregunta en qué medida la protección de la propiedad que se garantiza en el artículo 222 del Tratado CE (actualmente artículo 295 CE) impide cuestionar los contratos controvertidos relativos a los arcones congeladores de HB con base en los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE).

104. Procede responder de manera negativa a esta cuestión.

105. Recordaré que el derecho de propiedad está garantizado de acuerdo con los

101 — Subrayaré que las consecuencias negativas para la competencia están sujetas a un límite que, si una sociedad que ocupa una posición dominante lo rebasa, tiene por efecto que su comportamiento se presuma abusivo e injustificado.

102 — A este respecto, HB formula una serie de argumentos que ya he examinado en el marco de mi análisis relativo al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE. En particular, considera que los contratos controvertidos garantizan una mejor promoción y disponibilidad de los productos, reducen los costes de distribución, consiguen ampliar la cobertura geográfica de los productos, garantizan un funcionamiento más eficaz del sistema de distribución, ponen a disposición de los minoristas arcones congeladores que, de lo contrario, no estarían en condiciones de adquirir, simplifican y facilitan las transacciones en la medida en que el coste del congelador y de los productos se incluye en el precio total del helado y protegen los derechos de propiedad de HB sobre los congeladores.
Por lo que respecta a dichas alegaciones, observo que no se ha demostrado que el suministro de un arcón congelador sin ninguna contrapartida directa, pero sujeto a una cláusula de exclusividad, constituya el único medio necesario para alcanzar dichos objetivos. La supresión de la exclusividad puede modificar todo el sistema de contratos relativos a los arcones congeladores y constituir, desde un punto de vista estrictamente comercial, una solución menos atractiva, pero que evite el gravísimo perjuicio para las condiciones de la competencia que se deriva de los contratos controvertidos. Por consiguiente, dichos contratos son contrarios al artículo 86 del Tratado CE.

principios enunciados en las constituciones de los Estados miembros; estas normas nacionales fundamentales establecen una distinción entre la esencia de dicho derecho, cuya vulneración está en principio prohibida, y el ejercicio del mismo, que puede restringirse por razones de interés general en la medida en que sea necesario. [103] No discuto que los artículos 85 y 86 del Tratado CE ocupan un lugar importante en el sistema del ordenamiento jurídico comunitario y sirven al interés general consistente en garantizar una competencia no falseada. [104] En consecuencia, es perfectamente comprensible que el derecho de propiedad esté sujeto a restricciones en virtud de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, en la medida en que dichas restricciones puedan ser necesarias para proteger la competencia. El artículo 222 del Tratado CE no puede ser utilizado en ningún caso por los operadores económicos como escudo para eludir la aplicación de los artículos 85 y 86.

106. En el presente caso, los artículos 85 y 86 del Tratado CE, tal como han sido interpretados anteriormente, no afectan a la esencia del derecho de propiedad de HB sobre los arcones congeladores, [105] sino que introducen límites a las cláusulas contractuales redactadas por HB por lo que respecta al uso que debe darse a los arcones congeladores que suministra a los minoristas, límites que son necesarios para proteger las condiciones de la competencia en el mercado relevante. Dicha sociedad puede buscar otros medios de proteger su patrimonio [106] distintos de la imposición de las cláusulas de exclusividad; ahora bien, no puede invocarse el artículo 222 del Tratado CE para evitar atenerse a las obligaciones que se derivan de la correcta interpretación y aplicación de los artículos 85 y 86.

103 — Véase la sentencia de 13 de diciembre de 1979, Hauer (44/79, Rec. p. 3727), apartado 18.

104 — El artículo 3, letra g), del Tratado CE [actualmente, artículo 3 CE, apartado 1, letra c)] establece que, para alcanzar los fines de la Comunidad, la acción de ésta implicará «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior». Me parece evidente que esta acción —en la que se inscribe también la aplicación de los artículos 85 y 86— constituye uno de los aspectos del interés general comunitario.

105 — Eso es lo que sucedería si dichos artículos obligaran a HB a tolerar que sus congeladores fueran utilizados por proveedores competidores sin ninguna contrapartida. Dicha eventualidad no se produce en el presente caso; no se priva a HB del derecho de proteger su patrimonio, sino que se la impide hacerlo mediante contratos contrarios a los artículos 85 y 86.

106 — Por ejemplo, puede vender o arrendar los arcones congeladores a los minoristas. Ya he subrayado (véase el punto 79 *supra)* que la decisión de HB de entregar los congeladores sin ninguna contrapartida directa y con la cláusula de exclusividad controvertida no es el único medio de garantizar sus derechos derivados de la propiedad de los congeladores, sino más bien una estrategia comercial. Cabe concebir otros métodos para cubrir el coste de la inversión en los congeladores sin tener que recurrir a la cláusula de exclusividad.
No obstante, HB afirma que la solución del arrendamiento no es viable, habida cuenta de las características del mercado, mientras que la reventa de los congeladores le ocasionaría pérdidas. Admitiendo que esto sea cierto, ello no enerva la conclusión a la que he llegado en mi anterior análisis. Por un lado, el hecho de que un operador económico no pueda utilizar sus bienes del modo que desea no equivale a privarle de su patrimonio ni a lesionar la esencia de sus derechos de propiedad. Por otro, el hecho de que probablemente tenga que sufrir un perjuicio comercial en relación con el uso de dichos bienes no basta para llevarme a interpretar los artículos 85 y 86 del Tratado CE de un modo diferente; la responsabilidad de dicho perjuicio le corresponde exclusivamente a él y su decisión de definir una política comercial contraria a las normas sobre la competencia.

VII. Conclusiones

107. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, el análisis que he efectuado en relación con las cuestiones prejudiciales segunda y tercera permite responder a las cuestiones de Derecho comunitario planteadas sin necesidad de examinar la legalidad y la validez de la Decisión 98/531. Con todo, considero que el Tribunal de Justicia podría perfectamente abstenerse de responder a dichas cuestiones si considerara que el litigio principal no debe resolverse antes de haber examinado la validez de la Decisión 98/531, lo que, como he explicado, habida cuenta de las particularidades del presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia hará en el marco del recurso de anulación de que conoce. No obstante, si el Tribunal de Justicia considera que debe responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, y apreciar asimismo la validez de la Decisión 98/531, me limitaré, con carácter subsidiario, a observar que dicha Decisión es correcta a la luz del control jurisdiccional que puede efectuarse en el marco del procedimiento del artículo 234 CE, y que los contratos relativos a los arcones congeladores controvertidos, celebrados entre HB y los minoristas irlandeses, son contrarios a los artículos 81 CE y 82 CE.

VIII. Conclusión

108. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la primera cuestión prejudicial:

«El órgano jurisdiccional remitente no está obligado a suspender el procedimiento de que conoce y esperar a que concluya el procedimiento de anulación por el solo hecho de que se haya interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso contra la Decisión 98/531 de la Comisión. Sin embargo, sí existe dicha

obligación si la resolución del litigio principal presupone que el órgano jurisdiccional nacional dilucide si la Decisión controvertida es válida o no, en la medida en que dicho problema no puede someterse al Tribunal de Justicia a través de la vía de recurso del artículo 234 CE, sino que será examinado por el Tribunal de Primera Instancia en el marco del procedimiento de anulación que se sigue ante él. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente debe evitar dictar una sentencia contraria a la Decisión 98/531, a no ser que dicha Decisión haya sido anulada por el órgano jurisdiccional comunitario.»

En el caso de que el Tribunal de Justicia considere que procede examinar las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, propongo que responda del siguiente modo:

«Habida cuenta de los elementos jurídicos y fácticos del mercado relevante, un acuerdo o una práctica como el que es objeto del procedimiento principal es contrario al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) si se cumplen tres requisitos: en primer lugar, que impida de hecho, en relación con los acuerdos o prácticas similares existentes en el mismo mercado, el acceso de otros competidores a una parte especialmente importante de los puntos de venta existentes, dando lugar así al cierre del mercado; en segundo lugar, que contribuya de manera significativa a dicho cierre y, en tercer lugar, que dicha restricción de la competencia pueda afectar al comercio entre Estados miembros.

Una empresa que suministre helados con envoltorio individual de consumo impulsivo y que ocupe una posición dominante en el mercado relevante ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) al incitar a los minoristas a celebrar con ella contratos de suministro de arcones congeladores sin ninguna contrapartida directa pero que contienen una cláusula que obliga a usar dichos arcones congeladores exclusivamente para almacenar sus productos, con lo que consigue, habida cuenta de las características del mercado, vincular de hecho a un gran

número de puntos de venta y restringir aún más una competencia ya debilitada, al no permitir que el mercado funcione en condiciones de una competencia basada en los méritos.

La protección de la propiedad, tal como está garantizada por el artículo 222 del Tratado CE (actualmente artículo 295 CE), no se opone a que se considere que contratos de exclusividad como los contratos de que conoce el órgano jurisdiccional remitente son contrarios a los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE, apartado 1, y 82 CE).»