CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GERHARD REISCHL presentadas el 1 de junio de 1983 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

La demandante del procedimiento en el que hoy me corresponde informar, junto con su filial, Telefunken -Fernseh- und Rundfunk GmbH (TFR) la cual, desde el 1 de junio de 1979, constituye una división independiente de AEG, participa en el mercado de la electrónica recreativa mediante la fabricación y distribución de televisores, radios, magnetófonos, tocadiscos y material audiovisual.

En cuanto a la distribución, en lo que a una parte concreta de la producción se refiere que se ha dado en llamar el «programa cinco estrellas», se decidió en 1973 la creación de un sistema de distribución selectiva que consiste en confiar la distribución selectiva tan sólo a revendedores seleccionados. Con arreglo al artículo 4 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), este sistema de distribución se notificó a la Comisión el 6 de noviembre de 1973. En el curso de unas reuniones celebradas para tratar sobre el tema, a petición de la Comisión se introdujeron algunos cambios en el sistema de distribución. Por último, a propósito de la versión del contrato de distribución selectiva que le fue notificada el 16 de marzo de 1976, el Director General de la Competencia manifestó en carta de 17 de mayo de 1976 que la misma no daba lugar a objeciones con arreglo al apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE.

En aplicación del sistema de distribución, se celebraron acuerdos con mayoristas y minoristas especializados que reunían determinados requisitos, en virtud de cuyos acuerdos AEG-Telefunken tiene la obligación de suministrar los productos objeto de los contratos sólo a los distribuidores, según la definición que de ellos se daba en el contrato de distribución selectiva, y los comerciantes se comprometen a vender los productos objeto de los contratos dentro del ámbito de aplicación territorial del sistema –la Comunidad Europea– sólo a los detallistas que, de antemano prueben que han suscrito un contrato de distribución selectiva. Hasta finales de 1978 los contratos citados se otorgaron por AEG, que a la vez actuaba en nombre y representación

* Lengua original: francés.

de TFR; posteriormente AEG-Telefunken-Konsumgüter Aktiengesellschaft, obrando en nombre y por cuenta de AEG y, al mismo tiempo de TFR, aparece en los contratos-tipo como la empresa que contrata con los distribuidores. Los departamentos y oficinas de venta de AEG garantizan la distribución en la República Federal de Alemania, cumpliendo el mismo cometido, en otros Estados miembros, las filiales de AEG encargadas de las actividades de distribución, como por ejemplo, AEG-Telefunken France SA, «ATF» y AEG-Telefunken SA Belge, «ATBG».

Con el paso del tiempo, diversos distribuidores que consideraban había razones para impugnar la manera como se aplicaba el sistema de distribución selectiva de AEG presentaron denuncias ante la Comisión. Ello hizo que, en junio de 1979, la Comisión realizara algunas verificaciones en las dependencias de TFR, ATBG y ATF, a la par que las investigaciones que, en tal momento, la misma llevaba a cabo en otras empresas del sector de la electrónica recreativa que aplicaban sistemas de distribución selectiva. Según las informaciones recogidas, mediante Decisión de 29 de mayo de 1980, la misma inició contra la demandante del presente asunto un procedimiento con arreglo al artículo 9 del Reglamento nº 17. En su comunicación de cargos de 2 de junio de 1980, la Comisión resumió lo que le parecía condenable en la aplicación del sistema de distribución selectiva. En la respuesta de 5 de agosto de 1980, la demandante manifestó su punto de vista sobre el particular, haciéndolo posteriormente durante la audiencia celebrada el 19 de agosto de 1980 así como en otros escritos.

Posteriormente se adoptó la Decisión final de la Comisión el 6 de enero de 1982. Después de una pormenorizada relación de motivos, en la que se describe de forma crítica y se examina a la luz del artículo 85 la puesta en práctica efectiva del sistema de distribución selectiva en Alemania, Francia y Bélgica, en el artículo 1 se señala que el sistema de distribución selectiva creado por la demandante para los productos de marca Telefunken, en su aplicación práctica, según la cual a) algunos distribuidores, aunque reúnan los requisitos para su admisión en el sistema de distribución no pueden conseguir los mencionados productos y b) los precios de venta de los distribuidores autorizados se fijan directa o indirectamente por AEG, constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Con arreglo al artículo 2 se ordena a AEG que, de inmediato, ponga fin a la infracción mencionada en el artículo 1. El artículo 3 dispone la imposición de una multa de un millón de ECUS (= 2.445.780 DM) que deberá ser transferida a una cuenta de la Comisión en un plazo de tres meses, a partir de la notificación de la Decisión.

El 24 de marzo de 1982, AEG Telefunken interpuso ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación contra dicha Decisión.

Mediante escrito separado, la demandante solicitó, al mismo tiempo, que el Tribunal de Justicia acordara la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada. Después de que, el 17 de marzo de 1982, la demandante hubo constituido una fianza bancaria, como había requerido la Comisión, el 6 de mayo de 1982, el Tribunal de

Justicia dictó auto acordando la suspensión de la ejecución del artículo 3 de la Decisión, a condición de que se mantuviera la garantía constituida en favor de la Comisión.

Sobre este asunto debo hacer las siguientes observaciones.

I. Ante todo debo examinar brevemente *el contenido del contrato de distribución selectiva CE de AEG-Telefunken* contra el cual la Comisión no había formulado ninguna objeción y exponer sucintamente en qué medida la Comisión considera que debe funcionar la puesta en práctica del sistema de distribución selectiva.

1. El citado contrato de distribución selectiva establece los requisitos que deben reunir los minoristas y mayoristas especializados para ser autorizados a distribuir los productos de la marca Telefunken.

a) En esencia, el requisito aplicable a los primeros consiste en que los mismos exploten un local de negocio o una tienda especializada en los sectores de la radio, televisión y tocadiscos, que estén en condiciones de presentar los productos objeto del contrato de una forma adecuada y de informar convenientemente a los clientes en un local apropiado, que presten un servicio de garantía y de posventa irreprochable a través de un taller especializado, que realicen un control riguroso de los números de serie y que respeten las disposiciones de la legislación sobre la competencia.

b) En relación con los mayoristas especializados, se prevé que los mismos adquieran por cuenta propia los productos objeto de contrato, con exclusión, en principio, de compras como comisionistas, y que tanto con respecto al fabricante como al detallista, contraigan la obligación de realizar compras con regularidad así como del pertinente abastecimiento a favor de minoristas especializados. Por otra parte, los mismos también asumen la obligación de efectuar un control riguroso de los números de serie y de abstenerse de infringir la legislación sobre competencia.

2. En opinión de la Comisión, en la práctica, la demandante no se ha ceñido estrictamente a dichos requisitos y, por consiguiente, procede reprocharle que en la puesta en práctica del sistema de distribución selectiva, la misma ha infringido el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

a) Básicamente, la demandante ha seguido la política consistente en suministrar tan sólo a los minoristas y a los mayoristas especializados *tradicionales* y no a los que realizan las nuevas formas de distribución, que practican una política de precios agresiva, como los grandes almacenes comerciales. Este hecho puede probarse atendiendo a diversos casos particulares de la República Federal de Alemania, Bélgica y Francia, que revelan también que la admisión en el sistema de distribución selectiva estuvo supeditada a unos requisitos adicionales que, de ningún modo pueden reputarse como criterios cualitativos de selección.

b) Por otra parte, en Francia la demandante intentó asegurar una *protección territorial* a favor de los distribuidores autorizados, lo cual puede considerarse como la aplicación de criterios cuantitativos de selección.

c) Por último, en el marco del sistema de distribución selectiva, la demandante siguió la política de asegurar la estabilidad de los precios de venta al por menor y de conseguir un nivel de precios uniformemente elevado. Este objetivo originó algunos acuerdos celebrados con los distribuidores sobre el respeto de un nivel de precios determinado, concertaciones sobre los precios entre los distribuidores franceses, solicitudes dirigidas a los distribuidores para respetar ciertos precios así como el ejercicio de una influencia directa sobre los precios mediante la concesión de algunas ventajas.

II. Antes de examinar la pertinencia de los cargos imputados por la Comisión y de las alegaciones que sobre el particular ha formulado la demandante, me parece de utilidad, por lo demás, recordar la *jurisprudencia* actual en materia de *sistemas de distribución selectiva.*

1. En la sentencia recaída en el asunto 26/76 [1] el Tribunal de Justicia declaró que dichos sistemas de distribución selectiva eran compatibles con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado «si la elección de revendedores se realice en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, relativos a la cualificación profesional del revendedor, de su personal y de sus instalaciones, si tales requisitos establecen de modo uniforme para todos los revendedores potenciales y se aplican de forma no discriminatoria» (apartado 20).

Similares declaraciones aparecen en las sentencias recaídas en los asuntos 99/79, [2] 31/80 [3] y 126/80. [4] Sobre el particular se subraya asimismo en las dos primera sentencias que se citan que, cuando la admisión en un sistema de distribución selectiva se halla sujeta a criterios que trascienden al ámbito de una simple selección objetiva de carácter cualitativo y, en particular, cuando la misma se apoya en criterios de carácter cuantitativo, debe considerarse que en principio un sistema de distribución de tal naturaleza está prohibido con arreglo al apartado 1 del artículo 85 (apartado 17 de los Fundamentos de Derecho de la sentencia 99/79 y apartado 21 de los Fundamentos de Derecho de la sentencia 31/80). Además, dada la relevancia que a ello se concede en la argumentación de la demandante, debe señalarse que en la sentencia recaída en el

[1] Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76,↔ Rec. p. 1875).

[2] Sentencia de 10 de julio de 1980, Lancôme BV (99/79,↔ Rec. p. 2511).

[3] Sentencia de 11 de diciembre de 1980, l'Oréal (31/80,↔ Rec. p. 3775).

[4] Sentencia de 16 de junio de 1981, Salonia (126/80,↔ Rec. p. 1563).

asunto 126/80, [5] se toma en cuenta la «capacidad» de los revendedores antes que su cualificación profesional.

Por otra parte, debe señalarse que, en el asunto 26/76 [6] el Tribunal de Justicia declaró que en estos sistemas de distribución, generalmente no influye de manera exclusiva ni siquiera principal la competencia basada en el precio, y, al tratarse de mayoristas y minoristas especializados, la intención de mantener un determinado nivel de precios forma parte de los objetivos que puede pretenderse sin que necesariamente quede afectada por la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 85 (apartado 21 de los Fundamentos de Derecho). Por otra parte, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia resalta también el hecho de que corresponde a la Comisión procurar que la rigidez en la estructura de los precios no se vea reforzada, lo cual podría tener lugar en el supuesto de que se produjera una multiplicación de las redes de distribución selectiva para la comercialización de un mismo producto (apartado 22 de los Fundamentos de Derecho).

2. No cabe duda de que esta jurisprudencia permite hacer algunas observaciones importantes en relación con el presente asunto:

a) En relación con la admisión en un sistema de distribución selectiva, debido a que todos los revendedores deben estar sometidos a los mismos criterios cualitativos, no pueden aplicarse criterios distintos y más rigurosos a una categoría especial, en este caso, por ejemplo, los grandes almacenes comerciales. Siempre y cuando se satisfagan los criterios de admisión de carácter cualitativo, no se puede decidir la exclusión de distribuidores basándose en que la cantidad de distribuidores autorizados en una zona determinada sea suficiente para asegurar el suministro, toda vez que ello equivaldría a una selección cuantitativa. Siempre que se reúnan los requisitos establecidos con carácter general, no es posible tampoco imponer nuevas condiciones tales como la aceptación o el mantenimiento de un determinado nivel de precios o la limitación de la reventa a determinados compradores.

Aquí debo añadir además que, en mi opinión, se equivoca la demandante al deducir de la utilización del término «capacidad» («Leistungsfähigkeit») en la sentencia recaída en el asunto 126/80 [7] que hace referencia a la capacidad económica de los comerciantes, como criterio cualitativo admisible. Contra esta interpretación se puede esgrimir no sólo el término «capacidad» utilizado en la versión francesa de la sentencia sino también el hecho de que la «capacidad» utilizado en la versión francesa de la sentencia sino también el hecho de que la «capacidad» se refiera tanto al revendedor como a sus empleados, en relación con los cuales es

[5] *Ibidem.*

[6] Véase la sentencia citada en el punto 1 *supra.*

[7] Véase la sentencia citada en la nota 4 *supra.*

evidente que no tiene ningún sentido hablar de capacidad *económica.* Por lo tanto, en realidad, según parece, el único sentido que la «capacidad» posee es el de la cualificación profesional que se menciona en las otras sentencias que se citan.

b) Mientras que la sentencia recaída en el asunto 26/76 [8] menciona asimismo el deseo legítimo, dado que se trata de comercio al por mayor y al detall, de mantener un determinado nivel de precios, nada indica en este contexto que la obtención de este objetivo independientemente de los medios utilizados en ningún supuesto pueda estar comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. Si dicho objetivo se pretende alcanzar mediante acuerdos entre las partes de un sistema de distribución o a través de la organización de prácticas colusorias entre los revendedores, de ningún modo me parece que pueda calificarse de irreprochable un comportamiento de este tipo, dado que es evidente que una parte de los factores expresamente mencionados en el apartado 1 del artículo 85 se hallan presentes en ese supuesto. Por tal motivo, en mi opinión, la citada frase no se refiere a una situación en la que el fabricante intente imponer unilateralmente sus criterios en materia de precios (por ejemplo, mediante amenazas de resolución del contrato) puesto que ello equivaldría a que *a posteriori* se introdujera un criterio de admisión adicional, y por ende, ilícito. Por contra, en principio, parece que pueda suponerse, si se pretende dar a la frase citada un sentido autónomo y razonable, que la misma se refiere a las recomendaciones de precios meramente unilaterales, en el sentido de indicaciones sobre los precios posibles de mercado, que pretenden dar al comercio una orientación no obligatoria y que, por ende, procede considerarlos como incensurables.

III. Una vez hechas las anteriores observaciones, debo abordar la parte de este asunto relativa al problema de la discriminación en la admisión de distribuidores y a la concesión de protección territorial en algunos casos. Sobre el particular, empezaré por examinar los casos particulares citados en la Decisión y acto seguido trataré de las observaciones críticas de carácter general que se hacen en la Decisión, a propósito de la cuestión que interesa en el caso de autos, bajo los títulos «La fase de implantación», «Política General de distribución en Alemania» y «Política general de distribución en Francia».

1. *La no autorización de distribuidores en Alemania*

Aquí deben tenerse en cuenta dos supuestos: la negativa a realizar suministros al Ratio-Markt, local abierto en mayo de 1976 en Kassel perteneciente a la cadena de almacenes de venta al por menor (hipermercados) de la sociedad Terfloth & Snoek GmbH, así como la prohibición de suministrar que se había impuesto en diciembre de 1976 contra el mayorista autorizado Harder en Villingen, y los acontecimientos que desempeñan un papel importante en relación con las tentativas de levantar la prohibición.

[8] Véase la sentencia citada en la nota 1 *supra.*

a) El caso de Ratio-Markt de Kassel

No es necesario que aluda aquí a los detalles de este caso; sobre el particular me remito al informe para la vista y a los documentos obrantes en autos. En opinión de la demandante sólo se puede hablar de una inadmisión discriminatoria cuando se demuestra que un distribuidor reunía los requisitos que requiere el sistema de distribución. Ratio no satisfacía los criterios del comercio especializado y, por lo tanto, a causa de su obligación contractual con respecto a los comerciantes autorizados, la demandante no pudo admitir a los almacenes Ratio en su sistema de distribución. Por el contrario, de una nota de 6 de abril de 1976 referente a las reuniones mantenidas con motivo de una primera visita a los locales de Ratio (documento nº 7, anexo al escrito de contestación) la Comisión considera que puede inferir que los representantes de la misma demandante consideraron que «en lo esencial» Ratio-Markt satisfacía los criterios del comercio especializado. Sin embargo, en definitiva esto importa poco por cuanto hay también discriminación cuando otra circunstancia, como el miedo a un comportamiento en materia de precios, ha sido la causa determinante de la inadmisión. Esto es lo que debe considerarse en el caso Ratio dado que la negativa a suministrar antes que nada se debía al hecho de que se trataba de un «gran almacén comercial» y de que, como se desprende de la citada nota, no se llegó a un acuerdo sobre los precios de venta. Por otra parte, en cualquier caso procede objetar a la demandante que ha negado totalmente a Ratio su admisión en el sistema de distribución, en tanto en cuanto no ha precisado los requisitos de admisión que supuestamente incumplía, incluso después de que, mediante carta de 22 de diciembre de 1976 Ratio había reiterado su solicitud de recibir suministros manifestando expresamente su propósito de respetar todas las condiciones impuestas por la demandante.

En mi opinión, tan sólo puede hablarse de aplicación discriminatoria de los criterios para la admisión en el sistema de distribución cuando se dejan de efectuar los suministros a pesar de que se reúnan *todos* los requisitos para la admisión, es decir, cuando los aspectos *adicionales* son determinantes en el caso de un comprador. Por lo tanto, es evidente que la cuestión de la existencia de requisitos para la admisión no puede dejarse irresoluta teniendo en cuenta el hecho de que, en cualquier caso, se decidió abstenerse de suministrar por distintos motivos, ya que, en algunas circunstancias, se llegaría a sancionar un punto de vista meramente subjetivo, sin demostrar ninguna violación objetiva del juego de la competencia.

Por consiguiente, en relación con Ratio-Markt de Kassel, es evidente que de la nota de 6 de abril de 1976 no puede colegirse que la misma demandante considerara que, «en lo esencial» Ratio satisfacía los criterios del comercio especializado, lo cual, por lo demás, no equivaldría a un respeto *total* de tales criterios. Habida cuenta de la redacción dada al final del segundo apartado de la citada nota, en donde se utiliza la palabra «deberían», es evidente que únicamente se reproducen algunas manifestaciones de Ratio. Por lo tanto, no se trata de una apreciación correspondiente a los representantes de la demandante, la cual,

a la sazón, no podía producirse con carácter definitivo dado que todavía no se había procedido a la apertura del establecimiento y que es claramente importante el papel que desempeña la actividad comercial normal (música de fondo, presencia de dependientes) para una apreciación apropiada. Por el contrario, como también se desprende de la nota, tal apreciación debía tener lugar a finales del mes de mayo.

Por otra parte, algunos factores revelan que la apreciación realizada posteriormente, por algunos motivos legítimos, tuvo un resultado negativo. Se desprende, así, de una carta del Abogado de Ratio, de 22 de diciembre de 1976 (documento nº 40, anexo a la demanda) que, a finales del mes de mayo se censuró el hecho de que Ratio no dispusiera de un departamento especializado y separado y que una gran cantidad de productos estuvieran almacenados en sus embalajes de origen en los locales destinados a la venta; ello constituiría un incumplimiento de las condiciones previstas en el contrato de distribución CE, letra c del apartado 1 de la cláusula II, que trata de la «presentación adecuada» y de la existencia de un «local de venta apropiado». Ello se reconoce asimismo en una carta que el Abogado de Ratio dirigió a la Comisión el 2 de octubre de 1980 (documento nº 7, anexo al escrito de contestación). Por otra parte interesa resaltar el hecho de que Ratio no siguió la vía judicial para intentar conseguir el suministro y que no interpuso ningún recurso contra las resoluciones judiciales que obtuvo la demandante en 1978 por el hecho de que Ratio consiguió los productos objeto del contrato, infringiendo el sistema de distribución. Es igualmente significativo el hecho de que en el informe de la visita efectuada en 30 de octubre de 1980 (documento nº 53, anexo a la demanda) aparezcan censuras de índole análoga, cuya justificación la entidad Ratio no ha refutado, y de que la demandante (como se menciona en las alegaciones efectuadas sobre la comunicación de los cargos a propósito de investigaciones concretas) haya podido igualmente censurar el hecho de que Ratio no dispusiera de un personal cualificado suficiente dado que la formación profesional sólo se ha podido demostrar para uno de los tres vendedores competentes para una gran superficie comercial.

Por otra parte, a mi juicio, tampoco puede considerarse que se haya demostrado suficientemente el hecho de que el *motivo determinante* de la demandante para abstenerse de suministrar a Ratio haya radicado en el hecho de que se trataba de unos «grandes almacenes comerciales» y de que no se había podido alcanzar un acuerdo sobre los precios de venta. En relación con el extremo citado en primer lugar, nada se desprende de los documentos aportados en relación con el caso Ratio. En cuanto al segundo extremo, ciertamente la Comisión se ha podido referir al último apartado de la nota de 6 de abril de 1976, a tenor del cual: «Se ha tratado de la fijación de los precios, pero no se ha alcanzado ningún acuerdo. La fijación de precios dependerá de las conversaciones que tendrán lugar en Kassel». Ahora bien, al respecto, por una parte no se puede ignorar el hecho de que la primera de las frases citadas hace alusión al «catálogo de Ratio para el año 1976», en el que no se encuentra ninguna referencia a los productos contractuales, que se menciona en la

frase precedente. Por otra parte, tampoco se ha probado que, efectivamente la fijación de precios haya revestido una importancia decisiva. Esto se podría haber comprobado fácilmente en la audiencia de Ratio, la cual, por lo demás, se ha efectuado. Sin embargo, es sorprendente que no se haga ninguna referencia a este punto en las observaciones detalladas que Ratio dirigió a la Comisión en octubre de 1980.

Por último, cuando la Comisión censura el hecho de que, con posterioridad al compromiso contraído en la carta de 22 de diciembre de 1976, Ratio no haya tenido la posibilidad de cumplir todos los requisitos para la admisión, al no ser informado acerca de los requisitos incumplidos, me parece especialmente dudoso que esto posibilite afirmar una puesta en práctica ilícita del sistema de distribución. Con abstracción del hecho de que, como indica la carta de Ratio de 22 de diciembre de 1976, se plantearon algunas objeciones concretas, como mínimo debería reconocerse que aquí se trata de un punto de vista totalmente nuevo sobre la apreciación de la puesta en práctica de un sistema de distribución, dado que, según el Derecho alemán (sobre este particular la demandante se remite a la sentencia recaída en el asunto 14/68, [9] *la promesa* de respetar los criterios del comercio especializado no basta, y se exige que los mismos sean *efectivamente satisfechos* cuando se invoque el derecho a recibir suministros (véase la sentencia dictada por el Bundesgerichtshof el 30 de junio de 1981, KZR 11/80).

[9] Sentencia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm (14/68,↔ Rec. p. 1).

Por lo tanto, el asunto Ratio-Markt no ofrece la prueba de una práctica de admisión discriminatoria de la demandante. En consecuencia, no debe *ser tomado en consideración* en la apreciación de la puesta en práctica del sistema de distribución por la demandante.

b) Harder (Villingen)

No se trata aquí de la admisión inicial de un distribuidor como mayorista especializado, sino de la manera como la demandante trató a un distribuidor autorizado después de que, en el mes de diciembre de 1976 se prohibió que el mismo recibiera suministros (sobre el particular, véase la carta del departamento de ventas de Friburgo del 15 de diciembre de 1976 (documento nº 55, anexo a la demanda), a causa de infracciones contra el sistema de distribución consistentes en repetidas entregas de importantes cantidades de productos a los minoristas no integrados en dicho sistema. Habida cuenta de que, en la carta citada se precisa igualmente que, además de las obligaciones dimanantes del contrato de distribución, el Sr. Harder estaba dispuesto a contraer los siguientes compromisos:

«2) Declaración expresa de no suministrar nuestros productos a hipermercados o a empresas similares.

3) Abstenerse de comerciar con dichos productos en otros países comunitarios.»

La Comisión ha llegado al convencimiento de que igualmente se trataba de un supuesto

de aplicación discriminatoria del sistema de distribución, precisamente porque la demandante no se contentaba con el respeto de los requisitos técnicos recogidos en el contrato de distribución selectiva CE que Harder claramente reunía.

En mi opinión, al igual que en el asunto Ratio-Kassel, la Comisión se refirió equivocadamente a este asunto para probar una práctica de admisión discriminatoria.

En primer lugar, según parece, es inconcuso que, con razón, la demandante prohibió que se suministrara a Harder; en efecto, a tenor de la letra a) de la cláusula VI del contrato de distribución selectiva CE, cualquier nueva entrega a favor de un distribuidor puede suspenderse si éste incumple las obligaciones establecidas en el contrato de distribución, y la Comisión nunca dudó seriamente de que Harder había incumplido la obligación que le incumbe en virtud del punto 2 de la cláusula V del contrato de distribución selectiva CE.

Por otra parte, en lo tocante a la conversación sobre una posible reanudación de relaciones comerciales a que se refiere la nota del 15 de diciembre de 1976, importa resaltar el hecho de que sólo se menciona que Harder estaría *dispuesto* a contraer obligaciones adicionales; por contra no parece que esto lo haya exigido el departamento de ventas de Friburgo de la demandante como condición para reanudar el suministro. Pero, aun suponiendo que el departamento de ventas de Friburgo hubiera tomado tal iniciativa, en última instancia, ello tendría poca importancia dado que correspondía a TFR pronunciarse definitivamente sobre la manera de tratar el asunto Harder, como lo indica la última frase de la carta de 15 de diciembre de 1976. No obstante, sobre el particular ha quedado patente en el curso del procedimiento que fueron otras razones las que movieron a TFR a romper las relaciones comerciales. Efectivamente, de la correspondencia aportada ante el Tribunal de Justicia se desprende que se requirió a Harder para que esclareciera las infracciones cometidas, se comprometiera a cesar su conducta infractora y, como prevé el contrato de distribución, pagara los gastos causados con sus infracciones. Es ésta la única condición a la que se supeditó el cese de la prohibición de realizar suministros, según las cartas de los Abogados de 29 de agosto y de 7 de septiembre de 1977. Sin embargo, a pesar de numerosos requerimientos, no se respetaron dichas condiciones. Antes al contrario, se comprobaron otras entregas no autorizadas además de indicaciones inexactas sobre las fuentes de abastecimiento y evasivas irregulares. Consecuentemente, parece ser que se rompieron las relaciones en septiembre de 1977, sin que Harder, de ningún modo, haya pretendido su restablecimiento.

Por consiguiente, el caso Harder no puede reputarse como prueba de aplicación discriminatoria del sistema de distribución dado que, simplemente se trata de un supuesto de exclusión lícita decidida a causa de las infracciones cometidas y de la falta de voluntad de Harder de dar garantías para la correcta ejecución del contrato de distribución.

2. *Inadmisión de un distribuidor en Bélgica*

Se trata del mayorista Diederichs con el que se mantuvieron negociaciones en septiembre de 1977 sobre una normalización de sus actividades (véase la nota de 29 de septiembre de 1977, que se aportó a los autos, anexa al escrito de contestación como documento nº 16), después de que se destacara desde hacía algunos años debido a sus actividades comerciales al margen de las distintas agencias nacionales, y a la venta de aparatos Telefunken a precios inferiores al precio de venta de ATGB. Entre otras cosas, se observaba en la nota citada que, prácticamente Diederichs carecía de establecimiento, que once camioneros abastecían la totalidad del territorio belga según unos trayectos fijos y que no contaba con ninguna organización de servicio exterior. A propósito de este caso, se subrayó en un télex de mediados de octubre de 1977 (documento nº 64, anexo a la demanda) que tan sólo era posible la admisión en el sistema de distribución, «en la medida en que cumplan los criterios que establece el contrato de distribución», una vez que por escrito se asuma el compromiso de abstenerse de infringir el derecho de la competencia en el futuro. En un informe de ATBG a TFR, de 28 de octubre de 1977 (documento nº 16, anexo al escrito de contestación), se indica, por lo demás, que Diederichs suscribió un contrato de distribución con la entidad Grundig y señala que, para Telefunken, un contrato de tal naturaleza sería igualmente posible. Sin embargo se añadía que: «De las conversaciones se desprende que Diederichs no desea aceptar ninguna concertación sobre los precios que hiciera su actividad compatible con la nuestra». Por último, a propósito del caso Diederichs, se señaló en una nota de 28 de octubre de 1977 (documento nº 65, anexo a la demanda) que debería renunciarse a la admisión de Diederichs por motivos de política de distribución, dado que, durante las negociaciones se puso de manifiesto que, de ninguna manera el Sr. Diederichs estaba dispuesto a aplicar a los revendedores belgas cualquier nivel de precios que recomendara ATBG y que, por lo tanto, podía temerse importantes perturbaciones en el conjunto del mercado belga. Dado que, por lo demás, la negativa a celebrar un contrato de distribución con Diederichs no había planteado ninguna objeción jurídica, por cuanto las infracciones cometidas hasta entonces constituían suficiente motivo, no procedía proseguir las negociaciones iniciadas con el Sr. Diederichs.

En relación con este caso, la totalidad de los argumentos formulados sobre el particular durante el procedimiento induce a pensar que la Comisión tuvo razón al proponerlo como prueba de una puesta en práctica irregular del sistema de distribución y que lo alegado por la demandante para su defensa (esencialmente que Diederichs no había cumplido los requisitos cualitativos necesarios para la admisión) no parecen muy convincentes.

En la medida en que la demandante se refiere a una conducta contraria al Derecho de la competencia que Diederichs observó en el pasado, por una parte procede destacar el hecho de que, de acuerdo con la nota de 28 de octubre de 1977, últimamente citada, es evidente que la supuesta infracción de las reglas que rigen la competencia imputable a

Diederichs, no fue la causa determinante de la ruptura de las negociaciones. Si bien es cierto que, por otra parte, debe reconocerse que, a tenor del contrato de distribución selectiva CE, los distribuidores están obligados a respetar las disposiciones del Derecho de la competencia, no obstante, es inconcuso que esto solamente se aplica al período siguiente a la admisión en el sistema de distribución. Por lo tanto, las infracciones cometidas con anterioridad sólo pueden ser tenidas en cuenta, a lo sumo, cuando justifican –por su número y su importancia– el temor de que se las persiga también tras la admisión en el sistema de distribución.

Sin embargo, el caso Diederichs no ofrece indicios suficientes en tal sentido. En efecto, sobre el particular no puede considerarse suficiente (no se han alegado otros hechos) la referencia de la demandante al hecho de que en 1975, se había planteado al Ministerio belga de Economía un caso de competencia desleal imputado a Diederichs, asunto que aparentemente no tuvo consecuencias, ni la referencia a la condena dictada contra Diederichs por publicidad engañosa contenida en una sentencia dictada por el Tribunal de commerce de Tongeren el 8 de enero de 1976, que posteriormente fue confirmada por sentencia de la Cour d'appel de Amberes de 27 de junio de 1977.

Por otra parte, en la medida en que la demandante ha alegado insistentemente que, en realidad, Diederichs no había cumplido los criterios del comercio especializado previstos en su contrato de distribución selectiva CE, su referencia a la situación económica de Diederichs, sobre la que ya había obtenido información en septiembre de 1977 y que se calificaba de «precaria» en una carta de 19 de octubre de 1977 (documento nº 66, anexo a la demanda) ciertamente no me resulta convincente. En efecto, la demandante supone equivocadamente (como ya lo he indicado) que a tenor de la jurisprudencia pertinente, procede considerar igualmente la capacidad financiera de un distribuidor como un criterio de admisión cualitativo a tener en cuenta. Lo mismo puede decirse tanto en relación con su referencia al hecho de que Diederichs no estuvo en condiciones de prestar una garantía ni un servicio posventa (a propósito de los cuales la Comisión ha manifestado, con razón, que tales prestaciones incumbían no a los mayoristas sino a los minoristas), como la argumentación según la cual Diederichs no estaba dispuesto a dar la información necesaria, puesto que la nota de 29 de septiembre de 1977, sobre este particular, se limita a mencionar que Diederichs no estaba dispuesto a dar su propia lista de clientes al objeto de alcanzar un acuerdo acerca de los clientes a los que no debía suministrar, lo cual, difícilmente puede considerarse como una negativa a dar información. Por lo demás, si bien las manifestaciones que ha realizado la demandante en el curso del procedimiento han podido dar la impresión de que un examen riguroso habría podido originar una duda legítima sobre la existencia de los criterios del comercio especializado en el caso de Diederichs, habida cuenta sobre todo, del reducido personal y de la ausencia de una organización de servicio exterior sin los cuales es imposible asegurar una regular venta a domicilio sobre muestras, controlar y aconsejar a los clientes conforme al contrato de distribución, no cabe duda de que, con razón, la Comisión

ha considerado tal argumentación como motivos que, en realidad, sólo se han alegado *a posteriori*. En efecto, es significativo que en ninguno de los documentos indicados, dichos aspectos se hayan considerado como determinantes, mientras que, por contra, en la carta de 24 de octubre de 1977 se encuentra la manifestación de que Diederichs celebró un contrato de distribución (al parecer, similar) con Grundig, cuya carta continúa diciendo que «un acuerdo de este tipo sería posible también para Telefunken».

Por último, en relación con la argumentación de la demandante referente a las conversaciones sobre los precios (no se trataba de precios de venta al detall, que Diederichs desconocía, sino de precios de compra, y en el caso de Diederichs se trataría de evitar una violación del Derecho belga en cuya virtud, ATBG está obligado a comunicar al Ministerio los precios netos de base para el comercio especializado y a conceder sobre dichos precios, tan sólo, rebajas máximas determinadas y no un margen especial como lo solicita Diederichs), procede señalar que el citado motivo no se contempla en ninguno de los documentos aportados, como obstáculo a la admisión en el sistema de distribución. De acuerdo con la nota de 28 de octubre de 1977, en la que se menciona la ruptura de las negociaciones con Diederichs, sin que se profundice más en ningún aspecto sobre los criterios del comercio especializado, es igualmente evidente que únicamente importa el hecho de que Diederichs no estuviera dispuesto «a aplicar a los revendedores belgas el nivel de precios recomendado por ATBG», lo que hacía temer «importantes perturbaciones en todo el mercado belga».

Por lo tanto, de hecho, es innegable que, con razón, la Comisión ha apreciado en el trato deparado al mayorista belga Diederichs, un caso de inadmisión discriminatoria en el sistema de distribución, precisamente porque, en el caso de autos, la exclusión se funda no sobre los criterios del comercio especializado sino sobre un factor diferente, que se refiere a la fijación de los precios y que, en consecuencia, reviste un carácter ilícito.

3. *La discriminación en la admisión de distribuidores en Francia*

Aquí el interés se centra sobre tres casos en los que la admisión para formar parte del sistema de distribución de la demandante sólo se produjo una vez que los distribuidores dieron ciertas garantías en lo que atañe a la fijación de los precios.

a) A propósito de la cadena de establecimientos Auchan, en un documento que aportó la Comisión (nota de 21 de marzo de 1978, parte A del documento nº 9, anexo al escrito de contestación) se lee que se observó en la primavera de 1971 que Auchan vendía productos de fabricantes competidores «al precio de coste más IVA», y que, desde hacía dos años una filial de Estrasburgo causaba graves dificultades por vender aparatos Telefunken a «precios extremadamente reducidos» y que, por tal motivo, hasta el presente no se atendieron los pedidos de Auchan. Dado que dicha sociedad continuó insistiendo para ser admitida en el sistema de distribución, al parecer, se solicitó información en junio de 1978, como lo ha manifestado la demandante, sin que ello

se haya refutado, al objeto de comprobar si se cumplían los criterios del comercio especializado, cuya información, según parece, no fue transmitida. Después de que, con ocasión de algunas visitas efectuadas por representantes de la demandante, éstos comprobaran que se reunían los requisitos necesarios, se aceptó que los establecimientos Auchan formaran parte de los distribuidores especializados a principios de noviembre de 1978. Sobre el particular, un documento que igualmente ha aportado la Comisión (nota de 20 de noviembre de 1978, parte C del documento nº 9, anexo al escrito de contestación) supone no sólo el reconocimiento de que Auchan se encontraba en condiciones de suscribir el contrato de distribución de la demandante, sino también la observación (y es a ésta a la que la Comisión reconoce especial importancia) siguiente: «Por otra parte, en contrapartida de nuestros suministros, aceptaría retirar todos los anuncios de prensa sobre nuestros televisores, fijaría los precios recomendados que le pediríamos que aplicara, con la condición de que, en la ciudad en la que se vendieran estos productos, ningún comercio de clase alguna practique precios inferiores, en cuyo caso necesitaría ajustarse a ellos.»

Sobre el particular, en sus observaciones sobre la comunicación de cargos, la demandante alegó que desde siempre, Auchan destacaba por utilizar métodos agresivos en sus anuncios y, en particular, por una publicidad referente a los precios de coste y a los precios mínimos. Es posible demostrarlo mediante algunas cartas de la entidad Thomson-Brandt de los años 1977 a 1980 en las que se mencionan «prix d'appel» («precios reclamo») que Auchan practicaba ilegalmente y que, en última instancia llevaron al cese de suministros a dicha empresa. Sobre el particular, es igualmente posible remitirse a un documento ATF del mes de noviembre de 1979, el cual, mediante comparar los precios de compra y de venta, indica claramente que Auchan incurría en una competencia desleal al conceder gratuitamente una garantía y un plazo de seis meses para el pago. Por consiguiente, procede suponer que Auchan, para captar clientes, vendía a precios inferiores a los precios de coste (lo que constituía una violación del Derecho francés) y de esta forma perjudicaba la reputación de la marca Telefunken. Por tal motivo nacieron dudas sobre la posibilidad de admitir a Auchan, habida cuenta de la regla del respeto del Derecho de la competencia mencionada en el contrato de distribución. Este fue el único objeto de las conversaciones mantenidas en octubre de 1978 cuya única finalidad fue garantizar la práctica de precios conformes con el Derecho de la competencia, que, posteriormente, a pesar de todo, Auchan no tuvo en cuenta.

En mi opinión, tampoco puedo estar de acuerdo con la demandante sobre este extremo. Sobre el particular, lo de menos es si la utilización sistemática de ofertas reclamo por un distribuidor realmente justifica su exclusión del sistema de distribución y si la demandante ha probado suficientemente que, en el pasado, la conducta de Auchan sobre el particular era contraria al Derecho de la competencia, lo cual difícilmente demuestran los documentos en que se ampara la demandante, los cuales datan de un período posterior a la admisión de Auchan en el sistema de distribución. Los términos

en que aparece redactada la nota de 20 de octubre de 1978 (sobre los que se ha podido basar la Comisión) son determinantes. Es inconcuso que se trata de un acuerdo en cuya virtud Auchan se compromete a abstenerse de hacer publicidad a través de anuncios para televisores Telefunken; por otra parte, no se trata de un problema de precios contrarios a las normas reguladoras de la competencia sino de respetar los precios recomendados por Telefunken y de la posibilidad de ajustarse a precios inferiores que se practiquen en la ciudad de que se trata.

Por lo tanto, puede afirmarse que se supeditó la admisión de Auchan a una condición adicional que no guarda ninguna relación con los criterios del comercio especializado, es decir, una condición que tiende a excluir un comportamiento lícito en el mercado. En realidad, ello constituye la puesta en práctica de forma discriminatoria, del sistema de distribución que, con razón, la Comisión ha puesto en tela de juicio, habida cuenta de la jurisprudencia invocada al principio de mis conclusiones.

b) En opinión de la Comisión, el caso Mammouth (Toulouse) se presenta de un modo análogo.

Sobre el particular, la misma se refiere a una nota de fecha 20 de octubre de 1978 (documento nº 10, anexo al escrito de contestación) a tenor de la cual ATF sólo estaba dispuesta a suministrar a estos grandes almacenes comerciales (a la sazón, al parecer, la central de la cadena Mammouth no estaba interesada en establecer relaciones comerciales con ATF), una vez que el director del departamento de radio y televisión de Mammouth en Toulouse hubiera prometido que se atendría a «los precios aplicados, por regla general, en la ciudad de Toulouse».

Sobre el particular, ante todo, la demandante ha replicado que el caso Mammouth no había figurado en la comunicación de los cargos y que, por primera vez, había sido mencionado en la Decisión impugnada, lo cual parece que debe entenderse en el sentido de que procede no tener en cuenta este caso en razón de la violación del derecho a ser oído en el marco de un procedimiento administrativo. Por otra parte, la misma ha declarado que tan sólo podía tenerse una idea correcta de la situación si se consideraba que, como se desprende igualmente de la nota de 20 de octubre de 1978, Mammouth había intentado obligar a mayoristas autorizados a suministrarle productos mediante la amenaza de una campaña publicitaria de «precios rotos» para finales del mes de octubre. Ante todo, esto era lo que convenía evitar. Por lo demás, como lo demuestra una declaración de fecha 15 de febrero de 1982 (documento nº 57, anexo a la demanda), el único objetivo de las negociaciones con Mammouth Toulouse fue evitar que Mammouth practicara unos precios ilícitos en relación con los precios medios, es decir, vender a precios de coste, o sea, en realidad, exigir el respeto de la obligación prevista en la letra f) del punto 1 de la cláusula II del contrato de distribución.

Ciertamente, a propósito de esta argumentación, en lo que a su primera parte se refie-

re, debe admitirse que, tan sólo las infracciones mencionadas en la comunicación de cargos pueden apreciarse en una Decisión con arreglo al artículo 85 y que, si deben alegarse hechos nuevos contra una empresa, es preciso completar los cargos a fin de que el interesado tenga la posibilidad de presentar observaciones (sentencias recaídas en los asuntos 41/69 [10] y 51/69. [11] Sin embargo, es igualmente cierto que una decisión puede ampararse en medios de prueba adicionales en apoyo de hechos ya imputados (sentencia recaída en el asunto 54/69, [12] y que, entre otros supuestos, sólo es preciso formular cargos adicionales, si se trata de introducir apreciables modificaciones en los elementos de prueba de las infracciones discutidas (sentencia recaída en el asunto 51/69 [13]). En el caso de autos, la comunicación de cargos contiene particularmente el que, en Francia, sólo se admitían en el sistema de distribución a los que se ha dado en llamar grandes almacenes comerciales, una vez que se hubieran puesto al mismo nivel en cuanto a los precios que pretendiera ATF y que, en Francia, las empresas que tuvieran una influencia sobre el mercado no habrían conservado ningún margen de maniobra en la determinación de los precios. En consecuencia, cabe pensar, efectivamente que Mammouth igualmente se encuentra en esta situación, que el hecho de mencionar este caso, tan sólo constituye un medio de prueba adicional de los cargos ya imputados y que, sobre el particular, no era necesario ningún cargo adicional por cuanto la prueba de la infracción no cambiaba sustancialmente por tal motivo. Por otra parte, tampoco debe desatenderse el hecho de que la Comisión se base en un documento cuya copia se realizó en las dependencias de ATF y a sabiendas de esta última; por lo tanto, para la demandante no se trata de un elemento desconocido sino de un documento cuya utilización podía esperar. En consecuencia, no parece que se han violado los derechos de defensa de la demandante a pesar de que el caso Mammouth no fuera objeto de una notificación especial, y, por lo tanto, tales hechos no deben dejar de valorarse.

Por otra parte, en principio, debo igualmente estar de acuerdo con la apreciación de la Comisión desde el punto de vista del Derecho de la competencia. También es cierto que en el documento de 20 de octubre de 1978 se alude a la amenaza de una «campaña de prensa de precios rotos» que pudo anularse. Pero, por una parte, esto no necesariamente tiene el mismo sentido que «precio de compra» mencionado en la nota del 15 de febrero de 1982. Por otra parte es importante el hecho de que en el párrafo determinante de la primera de las citadas notas sólo se mencionen los «precios practicados, por regla general, en la ciudad de Toulouse» al paso que nada permite que ello se interprete en el sentido de que el objetivo que se pretendía alcanzar fuera

[10] Sentencia de 15 de julio de 1970, Chemiefarma/Comisión (41/69, Rec. p. 661).

[11] Sentencia de 14 de julio de 1972, Bayer AG/Comisión (51/69, Rec. p. 745).

[12] Sentencia de 14 de julio de 1972, Francolor/Comisión (54/69, Rec. p. 851).

[13] Véase la sentencia citada en la nota 11 *supra*.

evitar la práctica de «precios de compra» contrarios a las normas de la competencia.

En consecuencia, debe señalarse (y ello sin que parezca necesario oír a testigos sobre el sentido del acuerdo celebrado) que en el caso Mammouth, el suministro estuvo igualmente supeditado a un requisito adicional en el sentido de la renuncia a una determinada competencia en los precios y que, por lo tanto, con razón se ha referido el caso como prueba de la puesta en práctica de forma discriminatoria, del sistema de distribución.

c) El tercer caso que debemos examinar aquí se trata de la admisión del distribuidor Iffli de Metz, al que tendremos que referirnos nuevamente en otro contexto.

Por una parte, se ha dicho que la admisión aquí estuvo supeditada al acuerdo de los distribuidores de Metz ya autorizados; por otra parte, Iffli tuvo que comprometerse frente a ATF a respetar los precios de venta al por menor que fijara dicha sociedad.

aa) A propósito del primer punto, tengo la impresión de que la Comisión no ha podido aportar la prueba suficiente de que dicha postura (ciertamente impropia), que justificaría la imputación de una puesta en práctica del sistema de distribución de forma discriminatoria, realmente haya sido determinante. Ciertamente, en una nota de 30 de junio de 1978 (documento nº 58, anexo a la demanda) se indica que la solicitud de admisión de Iffli en el sistema de distribución plantea problemas debido a «la exclusiva de que disfruta hasta el presente Le Roi de la Télé» (otro distribuidor de Metz ya autorizado). Sin embargo, se resalta también en dicha nota que «la llegada de Darty (otra cadena de minoristas importantes) a Metz hace que dicha exclusiva deje de tener vigencia ...», en último lugar se recuerda simplemente la conveniencia de entrevistarse con un representante de Le Roi de la Télé «para comunicarle nuestra postura e intentar que no se encuentre ante un hecho consumado». Esto sólo parece que se hizo posteriormente (no se mencionan contactos con otros distribuidores autorizados) mediante una carta de 11 de octubre de 1978 (documento nº 61, anexo a la demanda) cuyo texto es el siguiente: «En la medida ... en que determinados revendedores estuvieran dispuestos a suscribir nuestro contrato de cinco estrellas y satisficieran ... los criterios que siempre hemos pretendido, podríamos estudiar una colaboración con ellos ...». Por otra parte, poco tiempo después, el 23 de octubre de 1978, Iffli firmó el contrato de distribución selectiva CE.

Por lo tanto, no parece que en el caso de Iffli exista un requisito adicional ilícito para la admisión consistente en un derecho de consulta a favor de los distribuidores ya autorizados, de manera que esta imputación no puede tomarse en consideración al objeto de valorar el caso en su conjunto.

bb) En relación con el segundo aspecto, la Comisión se refiere a la siguiente frase de la nota de 30 de junio de 1978: «El Sr. Iffli se compromete a respetar nuestros precios y nos da garantías de que si elige Telefunken no es con el fin de dañar la marca.»

Sobre el particular, ya señaló la demandante que a juzgar por las expresiones utilizadas («dañar la marca» y «*nuestros* precios», sólo pueden referirse a los precios de compra de ATF) tan sólo podía tratarse de impedir que se efectuaran ventas a precios inferiores al precio de coste, es decir, conductas contrarias a las normas de la competencia. En tal sentido, Iffli despertó temores justificados. En efecto, anteriormente Iffli había ya utilizado marcas distintas de Philips para actividades publicitarias y, concretamente, a finales de 1977, realizó ofertas de reclamo a precios inferiores a su precio de coste. Dado que la sociedad Darty, conocida por sus precios agresivos, había abierto una filial en Metz en la primavera de 1978, cabía esperar que Iffli se enzarzara en una guerra de precios con ella. Desde la primavera de 1979 se demostró hasta qué punto los temores de ATF eran justificados (temores que se reflejaron en las expresiones citadas) cuando, tal como se describió pormenorizadamente en la carta que el 7 de noviembre de 1980, dirigiera el representante de la demandante a la Comisión, en efecto Iffli realizó ofertas de reclamo, ofreciéndose los aparatos Telefunken a precios inferiores al 15 % de los precios practicados por regla general.

No obstante, me parece que sobre este particular deberíamos seguir la interpretación de la Comisión más que la de la demandante. En relación con este extremo, debe observarse que no se ha probado que antes de su admisión, mediante las ofertas de reclamo, Iffli hubiera observado un comportamiento contrario al Derecho de la competencia, del mismo modo es importante señalar que «dañar la marca» no necesariamente significa vender a precios inferiores al precio de coste. Sin embargo, en particular, no carece de justificación relacionar «nos prix» (nuestros precios) con la explicación de precios al por menor que se ha dado algunos párrafos más arriba y con la referencia al hecho de que la política comercial de Telefunken había conseguido «hacer mantener los precios de venta al por menor y, por ende, preservar un margen conveniente a favor de los revendedores». Por otra parte, con razón, la Comisión ha observado que, sin duda se habría escogido una redacción diferente para evitar la realización de ventas a precios inferiores al de coste. Por último, no debe olvidarse el hecho de que esta interpretación se confirmó en una carta de Iffli de 12 de agosto de 1980 (documento nº 8, anexo a la demanda, a tenor de la cual se explicó a Iffli que sería preferible que «la competencia en los precios se ejerciera sobre otras marcas» y en la que se resalta igualmente el hecho de que las negociaciones se refirieron al respeto «del margen impuesto por Telefunken» así como a su promesa «de no provocar una competencia de precios sobre los televisores Telefunken».

Por lo tanto, sin aportar más pruebas, toda vez que la credibilidad de Iffli, puesta en duda por la demandante, no reviste una importancia determinante en este caso, puede incluirse el caso de Iffli entre los que revelan una práctica de admisión discriminatoria al estar supeditada la admisión a la promesa de abstenerse de realizar una competencia basada en el precio de venta al por menor.

4. Paso ahora a examinar los hechos que en la decisión de la Comisión están encabezados por el título «protección territorial». Sobre el particular, en términos generales se indica en la Decisión que en Francia se había asignado un territorio concreto de venta a determinados distribuidores mediante contrato, a los cuales se había garantizado que en el interior del territorio asignado disfrutarían de la inexistencia de toda competencia en la distribución de los productos Telefunken, y, por tal motivo, se negó la admisión solicitada por otros distribuidores. Si esto se probara, sobre este punto procedería afirmar también una puesta en práctica ilícita del sistema de distribución por cuanto se estaría en presencia de una selección *cuantitativa* que limitaría la competencia en un territorio determinado, lo cual no es aceptable, según la jurisprudencia. Por el contrario, en mi opinión, es inconcuso que entre tales casos no pueden estar incluidos aquellos en los que un fabricante renuncia, *por iniciativa propia,* sin obligación de clase alguna, a contratar con nuevos distribuidores porque, en el marco de su estrategia de ventas, considera que un territorio se halla suficientemente abastecido, lo que puede denominarse como una exclusividad real o moral de los distribuidores autorizados.

a) El primer caso que interesa aquí es el de la tienda de Metz Le Roi de la Télé

En este caso, no tengo la impresión de que se haya probado la existencia de los elementos fácticos citados en la Decisión (garantía de una protección territorial y negativa a admitir nuevos candidatos).

Sobre el primer extremo, la Comisión tan sólo ha podido referirse a dos cartas dirigidas al citado distribuidor el 3 de enero de 1978 (documento nº 62, anexo a la demanda) y el 11 de octubre de 1978 (documento nº 61, anexo a la demanda). A pesar de que la Comisión haya citado tres frases de la última de las referidas cartas, verdaderamente, no puede inferirse de ello que se dieran a Le Roi de la Télé garantías de una protección territorial. Ello es así en cuanto a la observación «nuestra Dirección General de Frankfurt nos ha dado instrucciones imperativas para no limitar excesivamente nuestra cartera de clientes ...», lo que puede entenderse perfectamente en el sentido de una restricción meramente unilateral; sin embargo, es también aplicable a la expresión de carácter general «que nos protejamos al máximo a fin de no provocar la anarquía en nuestra distribución» así como a la manifestación última «que forma parte de nuestro común interés limitar las agresiones que sufrimos por una cierta flexibilidad bien orquestada». Si bien, por otra parte, en la carta de 3 de enero de 1978 se menciona «nuestro deseo de proteger su situación en Metz», como se demostró hasta dicho momento, no obstante, gracias, entre otras cosas, a otros párrafos de la carta, se probó que ésta constituye simplemente la reacción a una queja formulada por Le Roi de la Télé contra el hecho de que, aprovechándose de la resolución de un contrato con una tercera parte e infringiendo las normas de la competencia, el distribuidor Iffli hubiera vendido aparatos Telefunken en Metz en un momento en que todavía no se le había admitido en el sistema de distribución.

En cuanto al segundo extremo (negativa a admitir nuevos distribuidores), ciertamente

no debe tenerse en cuenta la manifestación que figura en el primer párrafo de la carta que Iffli dirigió a la Comisión el 12 de agosto de 1980, a tenor de la cual, ATF se negó a establecer relaciones comerciales con Iffli a causa de la exclusiva concedida a Le Roi de la Télé, ya que esta manifestación se refiere a los años *1969 a 1972,* es decir, una época en la que el sistema de distribución que aquí interesa todavía no existía. En este sentido, es igualmente importante aludir a la ya mencionada carta de 11 de octubre de 1978; la cual, de un modo general revela el hecho de que ATF estaba dispuesta a admitir en el sistema de distribución a cualquier comerciante que satisficiera los criterios del comercio especializado. Sin embargo, al referirse al modo como posteriormente se trató a Iffli, no sólo es esencial recordar que, en efecto, fue admitido como distribuidor; de acuerdo con la descripción del desarrollo de las negociaciones (véase la carta de la demandante a la Comisión, de 18 de septiembre de 1980), tampoco puede afirmarse que se haya demorado su admisión de forma abusiva. Por último, tampoco puede pasarse por alto el hecho de que (y ello juega claramente en contra de la tesis de la Comisión) mucho tiempo antes de que Iffli hubiera presentado una solicitud de admisión, no sólo los establecimientos de la FNAC y Atlas sino también una filial de Darty habían sido admitidos en Metz después de una inspección individual. En relación con estos distribuidores, la Comisión tampoco pudo probar que su admisión se rechazara el máximo de tiempo posible; por lo demás, en su caso no se indica que se realizara ninguna tentativa para influenciar la competencia al asegurar una cierta fijación de precios.

b) Asimismo debo citar el caso *«Lama»*

En relación con el mismo la Comisión se limita a citar una carta de 23 de octubre de 1978 (documento nº 14, anexo al escrito de contestación) en la que, en respuesta a una queja de Lama por el hecho de que algunas cadenas de minoristas (Direct y Cart Expert) realizaran su actividad comercial en el territorio de Lama con la anuencia de ATF, se manifestaba que la distribución a través de mayoristas no tenía punto de comparación con la distribución a través de minoristas y en la que se indicaba que: «Aunque sea ilícito en el marco de la circular Scrivener, cuando de mayoristas se trata, es normal que nos otorguemos la exclusiva fáctica sobre un territorio determinado.»

En mi opinión, lo anterior prueba únicamente una «exclusiva de hecho» en el sentido aludido anteriormente, lo que implica que, por iniciativa propia, ATF no se ha esforzado en encontrar nuevos mayoristas en el territorio de venta asignado a Lama. En cualquier caso, no se ha demostrado que se haya inadmitido a otros comerciantes interesados en la distribución por deferencia a Lama y, por lo tanto, según parece este caso no facilita la prueba de una selección cuantitativa practicada por la demandante.

c) Los otros dos casos citados en relación con este punto (Radio du Centre y Schadroff), en cualquier caso de acuerdo con la motivación de la Decisión, se refieren a otro aspecto de la protección territorial; no obstante acto seguido paso a examinarlos en razón de la conexidad de los hechos.

aa) En el primer caso debe atribuirse especial relevancia a la carta que el 2 de marzo de 1978 ATF dirigió a Radio du Centre (documento nº 13, anexo al escrito de contestación). En el mismo se mencionan los «acuerdos de 1977 en relación con la atribución de vuestra zona de actividad para nuestra marca». Por otra parte, en la misma se indica que parece estar justificada «la explotación conjunta por su sociedad y por la SNER, su competidor de Roanne», en razón de la evolución de los negocios, y para 1978 se emprendió la correspondiente alteración de las zonas de actividad, de tal forma que, a excepción de los territorios que debían considerarse como «zonas de actividad» de Radio du Centre, una zona (la Corrèze) debía explotarse conjuntamente con Cleis France y otra (le-Puy-de-Dôme) conjuntamente con la SNER.

Por lo tanto, en este caso no se trata de un rechazo de candidatos y una selección cuantitativa sino de la *determinación de zonas de actividad de un mayorista* y de su modificación.

Según parece, ello debe entenderse en el sentido de que la admisión en el sistema de distribución se acompaña de una delimitación de zonas de actividad cuyo efecto consiste en que cada mayorista debe atenerse a la zona que tenga atribuida y, en consecuencia, abstenerse de competir en otras zonas. Se comprende fácilmente que ello pueda censurarse dado que se trata de una conducta vinculada al sistema de distribución. A la observación que hace la demandante sobre el particular de que simplemente se trata de determinar los centros de distribución regionales, desprovistos de derechos de exclusiva, dado que la misma se encuentra en total libertad para asignar partes de dichas zonas a otros distribuidores, no sólo puede oponérsele que en las cartas citadas se mencionan expresamente los *acuerdos*. No cabe duda de que asimismo, la conducta descrita podría calificarse como *la implantación de una práctica concertada* y, por lo tanto, con razón la censura la Comisión, máxime por el hecho de que no ha sido posible demostrar que, en la práctica, las delimitaciones carecieron de importancia y que los distribuidores no tuvieron en cuenta las mismas.

Por consiguiente, de entrada, no puede considerarse injustificado el hecho de que la Comisión haya incluido en su decisión el caso de *Radio du Centre*.

bb) Si se atiende a los hechos mencionados en la motivación de la Decisión, la situación es análoga en el caso *Schadroff* (apartado 35 de la Decisión).

Sobre el particular la Comisión se refiere a la carta de 13 de abril de 1979 (anexo 15 del escrito de contestación). Aparentemente, dicha carta se basa en una queja de Schadroff por el hecho de que un mayorista de Marsella hubiera realizado ofertas en la zona de actividad de Schadroff. Sobre el particular se indica que ATF «solicitó al mayorista de Marsella que se abstuviera de seguir realizando semejantes ofertas en nuestro sector (por lo demás se la ha prometido así)». Al final de la carta, se dice además que Schadroff podía considerar que el

mismo tenía «la ventaja de tener la exclusiva de hecho sobre un territorio determinado, lo cual siempre hemos defendido y de lo cual, muy a menudo os hemos dado muestras».

En efecto puede suponerse que ello se apoya en un acuerdo sobre la *delimitación de zonas de actividad* en el sentido anteriormente indicado. Por lo tanto, con razón lo ha censurado igualmente la Comisión en el marco del examen de la puesta en práctica del sistema de distribución, en especial al afirmarse la idea de que la delimitación de las zonas de actividad se ha podido garantizar eficazmente por la demandante, como mínimo, consiguiendo que se llegue a un acuerdo colusorio entre los mayoristas interesados. Por ello, poco importa, en definitiva, si se ha ejercido presión (ciertamente inadmisible) sobre el mayorista de Marsella, especialmente mediante la amenaza de una ruptura de relaciones comerciales.

Por el contrario, en mi opinión, y ello, por lo demás, se ha mencionado solamente en el curso del procedimiento judicial y no en la comunicación de cargos ni en la misma Decisión, la Comisión no ha logrado probar igualmente que en el territorio de Schadroff se había practicado una selección cuantitativa bajo la forma de la *negativa a suministrar* a otro distribuidor. En sus alegaciones a la comunicación de cargos la demandante ya precisó, al referirse a la actividad de cadenas de filiales en el territorio considerado, así como a una carta de Schadroff de 7 de noviembre de 1977, que, en cualquier caso, Schadroff no disfrutaba de una exclusiva absoluta. Como ya conoce el Tribunal de Justicia, la Comisión completa su argumentación aludiendo a una carta que ATF dirigió a los establecimientos Chapel el 23 de mayo de 1977 en respuesta a una solicitud de éstos (parte A del documento nº 12, anexo al escrito de contestación). En la misma se indica que ATF trabaja desde hace quince años con el mayorista Schadroff en el territorio de referencia, que este último distribuye los televisores en color Telefunken con carácter de exclusiva, y por último se propone a Chapel para que se dirija a dicha sociedad.

No obstante, es necesario recordar lo que, sobre el particular ha expuesto la demandante en sus alegaciones a la comunicación de cargos, sin que, con una base seria, ello se haya puesto en duda o refutado. Así pues, en mayo de 1977, cuando solamente explotaban un local comercial de venta al detall, al parecer, los establecimientos Chapel se interesaron solamente en las condiciones de venta y, sin duda alguna, con razón ATF reaccionó contra ello de forma negativa dado que no se percibía interés alguno para la compra. En abril de 1978 fue cuando se produjo la constitución de una sociedad de comercio al por mayor con el nombre de Semavem. En septiembre, ésta cursó un único pedido, de un carácter inusual (un aparato de cada clase) e inmediatamente después efectuó la publicación de anuncios para todos los aparatos objeto del pedido. Ello, junto con la continuación de dicha actividad, aunque el oficial judicial comprobó que Semavem no tenía a su disposición los aparatos anunciados en su publicidad, fue considerado por la demandante como una violación de las normas que regulan la libre competencia (ofertas recla-

mo) y por este motivo la misma ni firmó el contrato de distribución ni, en consecuencia, admitió a Semavem en el sistema de distribución.

Habida cuenta de esta situación que la Comisión se abstuvo de examinar más extensamente, no se puede, en efecto, dar por supuesto que la falta de suministro a los establecimientos Chapel y posteriormente a la sociedad de comercio al por mayor que la misma constituyó sea prueba suficiente de la existencia de una exclusiva garantizada a favor de Schadroff y de la aplicación de una selección cuantitativa en su zona de actividad.

5. Dado que el examen de los casos citados en la Decisión ha demostrado que únicamente una parte de ellos permite afirmar una puesta en práctica ilícita del sistema de distribución selectiva, a continuación voy a referirme al párrafo de la motivación de la Decisión relativo a la *política general* de la demandante y donde, con la ayuda de documentos de alcance general, la Comisión intenta demostrar los indicios de la puesta en práctica ilícita del sistema de distribución. Al igual que en la Decisión, distinguiremos sobre el particular entre la «fase de introducción», la política general de distribución en Alemania y la política general de distribución en Francia.

a) La fase de introducción

Sobre el particular la Comisión citó cuatro documentos de los que se desprende la intención de principio de no suministrar a los distribuidores que pueden constituir un peligro para el nivel de precios pretendido por la demandante, cuyos documentos, por ende, llevan a la conclusión de que se aplicaban criterios de selección distintos de los meramente cualitativos.

aa) Según mi parecer, entre dichos documentos *no tiene fuerza probatoria* la nota de 7 de septiembre de 1973, que se aportó, a petición del Tribunal de Justicia, documento nº 3, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982, que lleva por título «Sistema de distribución selectiva CEE – reflexiones sobre el coloquio celebrado en Berlín el 31 de agosto de 1973» y en la que se expresa lo siguiente: «al comerciante debe garantizársele un margen mínimo de beneficios. A tal fin, existen dos posibilidades:

a) la industria suministra dichos productos a precios que garantizan al comercio el margen que le corresponde, o

b) la industria procura que dichos productos no entren en los circuitos no necesitados de dicho elevado margen de beneficios. Pensamos en los establecimientos *cash and carry,* que rompen los precios y amenazan la existencia del comercio especializado».

Con respecto a este extremo doy menor importancia al hecho de que la utilización de la palabra «reflexiones» apunta a unas consideraciones sin carácter vinculante, que no se trata de un documento de la Dirección

de TFR, que el mismo se remonta a un período en el cual el sistema de distribución todavía no se había notificado y en el que la demandante aún no había adoptado una decisión definitiva sobre el particular, o que en el mismo no se mencionara que no se admitiría a dichos distribuidores a pesar de que satisficieran los criterios del comercio especializado. Sobre todo debe resaltarse el hecho de que, en una frase que antecede a la que acabamos de citar se indique que: «los actuales productos Telefunken, y, mayormente, los productos futuros que precisarán de una información específica, requieren que el comerciante realice una enorme inversión de capital en forma de gastos de representación, demostración, servicio y de personal especialmente formado». Entonces esta frase va seguida de la observación (pertinente con respecto a la sentencia del asunto Metro [14]) de que sobre el particular debe garantizarse al comercio un mínimo margen de beneficios. Para pasar a afirmar, con respecto a los establecimientos *cash and carry,* es decir, los que por regla general se hallan desprovistos de servicio de posventa, que a los mismos no se deberían efectuar suministros, lo cual debería contemplarse a la luz de la manifestación de que los mismos no necesitan «dicho elevado margen de beneficios». Ello tan sólo expresa la idea de que los mismos no prestan servicios especiales y que, por lo tanto, no satisfacen los criterios que, sobre el particular, con razón se consideran determinantes (representación, etc.). Ahora bien, desde este prisma, no se puede objetar ciertamente la exclusión con carácter general de dichos distribuidores de una concreta organización del sistema de distribución selectiva.

bb) A una conclusión análoga puede llegarse también con respecto a las manifestaciones de la oficina de ventas de Münster de 22 de septiembre de 1975 sobre la política de distribución (documento nº 3, anexo al escrito de dúplica) en las que, en relación con los hipermercados, se señalaba que igualmente, en cierta medida, los mismos se orientan hacia la instalación de departamentos especializados, pero en donde se afirmaba asimismo que se intentaba descartar a dichas categorías de compradores.

Ciertamente no considero que sea determinante lo expuesto por la demandante sobre el particular, apoyándose en citas de diccionarios, a saber que los establecimientos *cash and carry,* los hipermercados, los grandes comercios de autoservicios y los establecimientos comerciales de descuento, según el lenguaje común, no cumplen las condiciones exigidas a un minorista especializado, ya que, desde luego, ello no descarta que no obstante puedan satisfacerse los criterios del comercio especializado en algún caso particular. En cambio, lo más importante es el hecho de que la nota procede de una *oficina de ventas,* la cual, por supuesto, no puede establecer de modo vinculante la política de TFR, y que es evidente que una gran empresa como la de la demandante no puede responsabilizarse de todas las declaraciones de sus colaboradores, ni siquiera en el caso de que las mismas no se hayan contradicho. Por otra parte no tiene sentido que una afirmación de principio de tal naturaleza, de carácter

[14] Véase la sentencia citada en la nota 1 *supra.*

interno, que como máximo puede servir de base a una cierta presunción, pueda considerarse suficiente para reconocer la existencia de la puesta en práctica ilícita del sistema de distribución. Si la misma lleva aparejada una sanción, entonces será preciso demostrar asimismo que se ha puesto en práctica la manifestación de carácter interno, y éste no es el caso. Al contrario, el hecho de que ningún hipermercado haya sido excluido indebidamente se ha comprobado no sólo mediante el examen de los casos particulares. Con la aportación de dos cartas dirigidas en 1976 a los hipermercados alemanes, la demandante también ha demostrado que, en principio, igualmente se hallaba dispuesta a admitir distribuidores de este tipo en el sistema de distribución; por lo demás ha demostrado sobre este punto (alegaciones a la comunicación de cargos, pp. 38 y ss.) que múltiples distribuidores de este tipo fueron admitidos en Alemania (7), en Francia (6), en los Países Bajos (7) así como en Bélgica (2), sin que se haya podido probar en todos dichos casos que haya habido intentos de influenciar los precios.

cc) Por lo tanto, de hecho también se dirá lo mismo en lo esencial con respecto a la nota de 5 de julio de 1976 en relación con una reunión mantenida el 21 de junio de 1976 sobre la política de distribución (documento nº 24, anexo al escrito de contestación). Si bien, en relación con una discusión sobre diversas concepciones de la política de ventas, se manifestó lo siguiente:

«se seguirá practicando nuestra política actual, es decir división de nuestro programa de suministros en dos partes, la primera consistente en un programa libre, accesible a todos los intermediarios de nuestro sector, y la otra en un programa reglado que, dado que precisa de la organización de un servicio de asesoramiento a la clientela y de un servicio posventa (por ejemplo, televisores en color y aparatos hi-fi), solamente es accesible al comercio al por menor y al por mayor tradicionales»,

como máximo, abstracción hecha que al comienzo de dicho documento, de manera totalmente general, se menciona «la consiguiente orientación que en estos últimos años hemos dado a nuestra política de distribución, en el sentido de los criterios establecidos en nuestro sistema de contratos de distribución selectiva», puede deducirse que en principio se determinó la política de ventas tal como se define en la cita. Sin embargo, ciertamente no puede afirmarse (me remito a lo expuesto sobre el documento de 22 de septiembre de 1975) que ello *demuestre* que los suministros se hacen *solamente* al comercio al por menor y al por mayor tradicionales, sin que en ningún caso se admitan las nuevas formas de distribución.

dd) Del mismo modo considero convincente la argumentación de la demandante sobre las «directrices relativas al sistema de distribución selectiva» de 8 de octubre de 1973, es decir, un documento que igualmente se preparó con anterioridad a la notificación del sistema de distribución y su efectiva puesta en práctica y que, por consiguiente, en principio, no puede revelar indicación alguna sobre su puesta en práctica.

Previa instrucción de verificar cuidadosamente si se satisfacen todos los criterios del contrato de distribución, el mismo reza como sigue (véase el Anexo A acompañado al escrito de 24 de febrero de 1983 de la demandante:

«Por otra parte, por lo que a las empresas con múltiples sucursales se refiere, existe la posibilidad de que algunas sucursales cumplan todas las funciones que se exigen al comercio especializado, aunque no el conjunto de la empresa. En principio, tampoco deberá realizarse suministros a dichas sucursales. Sin embargo, en el supuesto de que ustedes se vean expuestos a dificultades específicas y que parezca oportuno realizar suministros de productos objeto del sistema a los departamentos especializados de dichas empresas, les rogamos que tan sólo lleven a cabo las negociaciones pertinentes previo acuerdo con Hannover».

Al igual que la demandante, considero que en tales casos no puede censurarse el principio del no suministro, a causa del riesgo de que los productos objeto del sistema se pongan en poder de filiales que no satisfacen los requisitos, lo cual puede perjudicar el prestigio de la marca debido a una distribución inadecuada de los productos. Sin embargo, ello no debe dar lugar a objeción alguna en el supuesto de que se requiera previo acuerdo con la central de TFR en los casos en que, no obstante, el suministro se reputa adecuado (en tal sentido la demandante pudo ampararse en una sentencia dictada por el Bundesgerichtshof el 30 de junio de 1981), dado que la central posee una mejor visión de conjunto sobre si otras sucursales distintas de aquellas para las que se prevé el suministro satisfacen los criterios del comercio especializado y si se dan garantías de que no se remitirá la mercancía a las sucursales que no cumplan los requisitos.

ee) Por lo tanto, de lo anterior se desprende que los documentos citados en el apartado «fase de introducción», por sí mismos no pueden ser un medio de prueba decisivo en cuanto a la imputación de la ilícita puesta en práctica del sistema de distribución.

b) Bajo el encabezamiento «Política general de distribución», la Comisión se refiere a continuación al informe del 25 de mayo de 1976 relativo a una reunión de jefes de venta (aportado por la Comisión a petición del Tribunal de Justicia, con su escrito de 16 de diciembre de 1982, documento nº 4).

Por una parte se expresa: «los grandes comercios manifiestan una cierta hostilidad con respecto a la distribución selectiva. Hasta este momento se han podido diferir las decisiones sobre el particular». Por otra parte, el informe alude al hecho de que en caso de liberalización del sistema de distribución, los jefes de venta temen algunos efectos negativos (comercio especializado): no obstante, consideran que, a largo plazo, es inevitable una evolución de tal naturaleza. Por último, en la página 5 se indica además:

«al objeto de evitar que se provoque una confrontación a causa de una conducta

demasiado rígida con respecto a los grandes comercios, se han adoptado los principios siguientes:

– Fijación de criterios cualitativos para los grandes comercios.

– Si tan sólo determinados establecimientos de cadenas de hipermercados reúnen los requisitos, la entidad de que se trata debe aceptar el principio de la selección.

– La selección de los grandes comercios se llevará a cabo en estrecha colaboración entre la oficina y TFR.

– Se mantendrá puntualmente informadas a las principales asociaciones del comercio especializado. Si las negociaciones se encontraran con la incomprensión de las asociaciones, lógicamente sería preciso actuar judicialmente para preservar el sistema de distribución selectiva.»

Habida cuenta del tenor de este documento, no cabe duda que, en principio, debe reconocerse que, con razón lo ha apreciado la Comisión en el sentido de demostrar la imputación que formuló, en la medida en que revela que, al parecer, el caso de los grandes comercios, hasta entonces se negó el examen de la existencia de los criterios del comercio especializado; y que, con respecto a los mismos, tan sólo «a largo plazo» se consideraba inevitable la liberalización del sistema de distribución. No cabe duda de que ello refleja una puesta en práctica ilícita del sistema de distribución y, por lo tanto, al menos en este contexto destaca la importancia de los citados documentos de 22 de septiembre de 1975 y 5 de julio de 1976.

Es cierto que igualmente debe añadirse que del informe antes aludido parece difícil inferir todos los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 85, y en particular, para imponer una multa. En efecto, no contiene ninguna indicación (y sobre el particular la Comisión tampoco llevó a cabo ulteriores investigaciones) sobre el alcance de la discriminación que afecta a los grandes comercios, ya que difícilmente se concibe que la totalidad de los grandes comercios de que se trata satisfagan los criterios del comercio especializado y se hallen interesados igualmente en la distribución de aparatos Telefunken.

Por otra parte el referido informe, según parece, plantea algunas reservas en lo tocante al acuerdo mencionado en la página 5, por una parte en la medida en que se hace referencia a la fijación de criterios de carácter cualitativo para los grandes comercios (lo que indica la fijación de criterios adicionales), por otra parte, en relación con la información de las principales asociaciones del comercio especializado y la necesidad, en caso de falta de entendimiento por su parte, de actuar judicialmente para preservar el sistema de distribución. Sin embargo, aun suponiendo, como lo resalta la demandante, que ello no signifique que debía informarse al comercio especializado de cada petición de admisión de un gran comercio, no obstante, a la luz de la totalidad del contexto, se

ha de presumir que, previa información con carácter general al comercio especializado acerca del contenido del acuerdo y en caso de que las citadas asociaciones hubieran emitido alguna reserva, los jefes de venta se creían obligados a tenerlo en cuenta y a correr el riesgo de instar los procedimientos judiciales oportunos en relación con la admisión de grandes comercios. Según parece, de ello se desprende que, tanto si esto se califica como derecho de consulta concedido a las asociaciones del comercio especializado como si no, lo cual, sin lugar a dudas resulta un tanto excesivo, se han incrementado las dificultades para, y se ha demorado la admisión de grandes comercios en el caso de que se produjera alguna reacción por parte de tales asociaciones del comercio especializado, e igualmente ello parece reflejar una puesta en práctica discriminatoria del sistema de distribución.

No obstante, en el escrito de réplica, la demandante alegó sobre este punto que sólo se trataba de *propuestas* que hacían los jefes de venta a la Dirección y que, en realidad, las mismas nunca se habían puesto en práctica. No puedo pura y simplemente ignorar esta aseveración máxime cuando ningún otro documento constituye la prueba de una gestión de tal naturaleza. Sobre el particular tampoco basta con señalar, como lo hace la Comisión, que se trataba de acuerdo entre los jefes de ventas porque un *acuerdo de voluntades* de tal naturaleza, naturalmente, tampoco permite superar una falta de facultades para ello. Por lo tanto, habría sido necesario proceder a investigaciones adicionales acerca de la decisión tomada sobre las ideas desarrolladas y su puesta en práctica efectiva, antes de resolver en favor de una actuación administrativa que culmina con la imposición de una multa. En defecto de esto, no cabe duda de que, en el caso de autos no procede tener en cuenta la parte del informe indicado en la que se menciona un acuerdo entre los jefes de venta, y por ende, en lo que a la imputación relativa a la *política general de distribución en Alemania* se refiere, puede considerarse, como máximo, que la misma se basa sobre pruebas *de un valor muy limitado.*

c) A propósito de *la política general de distribución seguida en Francia,* la Comisión, por lo demás ha hecho alusión a algunos documentos que en el momento presente debo examinar bajo el prisma de *la admisión discriminatoria,* más tarde trataré una vez más de la política de precios.

aa) En primer lugar debe mencionarse la nota de 7 de julio de 1977 (documento nº 25, anexo al escrito de contestación) en la que se expuso que no debía modificarse la política de distribución, y en la que, por consiguiente, se solicitó a Sedif (un mayorista que, al parecer, fue admitido en el sistema de distribución) «que se abstuviera de suministrar nuestro material en las grandes superficies comerciales (Hyper, Carrefour, Conforama, etc.)». Sobre el particular la demandante consideró que dicho documento no era pertinente, y ello por dos motivos. Por una parte, el mismo no se mencionó en la comunicación de cargos y, por otra parte, era patente que «las grandes superficies comerciales» citadas no habían sido admitidas en el sistema de distribución, dada su falta de interés en la distribución de

aparatos TFR, y, por consiguiente, no podían recibir suministros.

En relación con el primer razonamiento, en mi opinión le es aplicable lo que ya he expuesto acerca del caso Mammouth. Lo importante es el hecho de que en la comunicación de cargos se haya realizado una censura de carácter general de la política de ATF en materia de admisión de grandes almacenes. Sobre este punto, el documento que ahora interesa y del que la demandante conocía que la Comisión había obtenido una copia en el procedimiento instado en su contra, constituye únicamente un complemento de prueba en el sentido de la citada jurisprudencia. Por ello, sin duda podía el mismo ser utilizado en el procedimiento seguido contra la demandante, sin que pueda hablarse de violación del derecho de defensa.

En cuanto a la segunda parte del razonamiento, es cierto que no ha sido posible refutar que a las citadas tres «grandes superficies comerciales» con razón se les ha negado los suministros, ya que todavía no se las había admitido en el sistema de distribución. Sin embargo, no puede ignorarse que la nota va más allá e implica la prohibición de carácter general de suministrar a las grandes superficies comerciales. Sobre el particular, por lo tanto, la crítica de la Comisión se halla ciertamente justificada por cuanto nada permite suponer que el término «grandes superficies comerciales» se refiera tan sólo a las grandes superficies comerciales de alimentación desprovistas de departamentos especializados, y porque según otros documentos aportados durante el procedimiento, no puede afirmarse con carácter general sobre estas formas de comercio que las mismas no reúnen en ningún caso los requisitos para la admisión (véase, por ejemplo, la nota de 5 de enero de 1978, que se examina más adelante (documento nº 6, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982).

bb) Debe destacarse igualmente la nota de 5 de enero de 1978 que acabamos de mencionar y que se refiere al proyecto ATF para 1978. Por una parte, contiene unos comentarios sobre la estructura de los comerciantes que trabajan con ATF en el mercado francés (los establecimientos comerciales de descuento representaban tan sólo en 1977 el 0'5 % de los comerciantes de ATF, para una cuota de mercado del 7 %, lo que justifica que se señale que en el caso de ATF es extremadamente bajo el porcentaje de establecimientos comerciales de descuento (grandes superficies comerciales). Por otra parte la nota indica: «Ultimamente ha llegado a ATF una avalancha de peticiones cada vez más apremiantes procedentes de establecimientos comerciales de descuento. Hasta el presente se han denegado dichas solicitudes: Del mismo modo, en 1978 debe evitarse cualquier colaboración por todos los medios posibles.»

La demandante no ha podido exponer nada relevante sobre el particular. Por lo tanto, la Comisión ha citado con razón dicho documento como prueba de una política de admisión restrictiva seguida por la demandante con respecto a los establecimientos comerciales de descuento; pues en dicho documento nada indica que las peticiones

mencionadas hayan merecido una contestación negativa a causa de la inobservancia de los criterios del comercio especializado, sin que tampoco se precise que la política prevista para 1978 debiera afectar solamente a los supuestos en los que los establecimientos comerciales de descuento no cumplieran los criterios de admisión.

cc) Lo mismo puede sostenerse con respecto al documento de 1 de septiembre de 1978 (documento nº 7, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982) citado en tercer lugar, en el cual, en relación con el mercado francés se afirmaba que «deliberadamente se ha dejado de suministrar a los establecimientos comerciales meramente de descuento por razones de mantenimiento de precios», lo que demuestra que la política prevista para 1978 en la nota de 5 de enero de 1978 fue realmente seguida.

Lo manifestado por la demandante sobre este aspecto en el sentido de que la citada frase debía meramente entenderse en el sentido de que la misma no se esforzó en contratar con dichos distribuidores, se puede contradecir no sólo mediante la nota de 5 de enero de 1978 sino igualmente por el hecho de que ningún párrafo de la carta de 1 de septiembre de 1978 sirve de apoyo para la interpretación de la demandante.

dd) Por último, debe mencionarse además la carta de 12 de enero de 1979 (documento nº 8, anexo al escrito de réplica) en la que, en relación con los nuevos canales de distribución se afirma que, habida cuenta de la importancia considerable que los mismos han adquirido, se prevé que, a medio plazo, *se acelere la apertura paulatina* de la política de los canales de distribución.

En efecto, en ello puede verse tan sólo la confirmación de la idea de que hasta entonces se había aplicado una política de admisión restrictiva («paulatina apertura») y que tan sólo con posterioridad se aceleró la apertura. La prueba la facilita también, por otra parte, la carta de 26 de octubre de 1978 que ATF dirigió a TFR (documento nº 75, anexo al escrito de demanda) en la que se señala que «la situación jurídica nos obliga a suscribir contratos con todas las partes que cumplan con los criterios objetivos», de la que se desprende que tan sólo en otoño de 1978 se abandonó la política de admisión discriminatoria.

ee) En resumen, podemos pues considerar que efectivamente *la política general de distribución* seguida *en Francia hasta finales de 1978* estuvo marcada *por una aplicación ilícita del sistema de distribución.* Es cierto que igualmente debe añadirse, en este contexto, que desconozco en qué medida los establecimientos comerciales meramente de «descuento», en tanto que reunían los requisitos del comercio especializado, estaban de algún modo interesados en la distribución de los productos Telefunken y, por lo tanto, los documentos de carácter general en ningún caso permiten una valoración de la extensión de la discriminación censurada, a cuya valoración difícilmente puede renunciarse para calificar la conducta de la demandante.

IV. Influencia ejercida sobre la fijación de los precios de los distribuidores autorizados

Llegados a esta nueva parte de mi exposición, paso a tratar de la crítica referente a la puesta en práctica del sistema de distribución con el propósito de ejercer una influencia sobre los precios de mercado.

El punto de partida de la Comisión es de una claridad meridiana: a su juicio, los sistemas de distribución selectiva se hallan en el límite de lo admitido por el Derecho de la competencia, porque ésta a nivel comercial entre los productos de una misma marca (competencia «intraband») queda limitada a causa de que no todo intermediario es admitido en la distribución. De ello infiere (para que a la puesta en práctica de tales sistemas de distribución no le afecten las objeciones fundamentadas en el artículo 85) la regla ilimitada en cuya virtud en modo alguno debe influirse a los distribuidores en la fijación de los precios. Según su parecer, esta libertad ha sido en muchos aspectos obstaculizada en la aplicación práctica del sistema de distribución Telefunken: mediante acuerdos de carácter horizontal o vertical, conductas concertadas, «gentleman's agreements», pero también mediante actos unilaterales de la demandante que van desde recomendaciones de precios hasta imposiciones, simultaneadas con presiones encubiertas, con miras a la fijación de precios, pasando por intensas negociaciones acerca de los precios. Teniendo en mente la misión, definida en la sentencia dictada en el asunto 26/76, [15] de procurar que no se refuerce la rigidez de la estructura de precios, ha considerado la Comisión que debe censurar expresamente las influencias ejercidas sobre la fijación de los precios en el caso de los aparatos Telefunken, ya que ello condujo a disminuir la competencia de precios, que ya se vio limitada a través de la exclusión de determinados distribuidores especialmente agresivos.

Habida cuenta de que, igualmente en este contexto, la Decisión por una parte alude a algunos casos particulares y, por otra, teniendo en cuenta documentos de carácter general se esfuerza en demostrar la existencia de una política general que tiende a garantizar unos elevados precios y márgenes comerciales, parece oportuno hacer una nueva subdivisión en nuestro análisis (al igual que en la primera parte) de forma que, en primer lugar, examinemos los casos particulares citados en los distintos países para, a continuación, centrarnos en la política general de distribución seguida en los países de que se trata.

1. *Influencia ejercida sobre los precios en Francia*

a) Los casos particulares aludidos

aa) *El caso Auchan*

Ya se ha visto claramente en otro contexto que la admisión de Auchan en el sistema de

[15] Véase la sentencia citada en la nota 1 *supra*.

distribución se había supeditado al compromiso de que se siguieran las recomendaciones de ATF sobre precios, y de que no se cobraran precios inferiores a los practicados en la ciudad de que se trate (véase la nota de 20 de octubre de 1978). Por lo tanto, nos hallamos en presencia de un verdadero *acuerdo* íntimamente vinculado al sistema de distribución y, por ende, con razón ha sido ello objeto de censura (puesto que no pudo demostrarse que únicamente se trataba de excluir los precios contrarios a las reglas de la competencia) también desde el punto de vista de la influencia ejercida sobre la competencia basada en el precio.

Por el contrario, la argumentación de la demandante según la cual, posteriormente, Auchan nunca respetó el compromiso contraído, no es pertinente ya que, a los fines de la aplicación del artículo 85, basta con que la *finalidad que se pretende conseguir* sea la limitación de la competencia, lo cual es igualmente cierto en el supuesto de una concertación. Por lo tanto, las indicaciones de la demandante en cuanto al hecho de que Auchan continuó haciendo ofertas a precios mínimos y a «precios rebajados» (página 86 de las alegaciones a la comunicación de cargos), que era tan pequeña la diferencia entre los precios anunciados y los precios de compra que el margen restante no permitía cubrir los servicios adicionales (aplazamiento de pago y garantía) anunciados, y que otros fabricantes criticaron, como se refleja en una carta de Thomson-Brandt del mes de abril de 1980, las ofertas reclamo de Auchan como máximo pueden tener importancia para la apreciación del *alcance de la violación de las reglas sobre competencia,* sin olvidar, como lo expuso la demandante en la página 85 de las alegaciones a la comunicación de cargos que, es igualmente importante indicar que de hecho tan sólo a partir de finales de 1979 desarrollaron normalmente las relaciones comerciales.

bb) *El caso Mammouth*

Este caso se presenta de forma análoga. Aquí también reviste una decisiva importancia la promesa, mencionada en la carta de 20 de octubre de 1978, de respetar los precios que se practicaban en Toulouse, cuya promesa supone el acuerdo de abstenerse de realizar una competencia basada en el precio. Igualmente con razón la ha censurado la Comisión desde el punto de vista de la influencia ejercida sobre los precios en el marco del sistema de distribución. Si bien la demandante ha manifestado sobre el particular (página 33 de la demanda) que la política de precios de Mammouth fue muy agresiva después de su admisión en el sistema de distribución (sin que ATF actuara en contra), como máximo ello puede tener importancia al objeto de apreciar los efectos dimanantes del acuerdo celebrado.

cc) *El caso Iffli (Metz)*

A juicio de la Comisión, intervienen tres elementos fácticos en este caso. Por una parte, en el momento de su admisión en el sistema de distribución, Iffli se comprometió a respetar los precios al por menor que indicara ATF (véase la nota de 30 de junio de 1978); por otra parte, la demandante promovió un acuerdo sobre la política de precios fijos entre Iffli y los otros dos distribuidores de Metz (Le Roi de la Télé y

Darty); por último, el 12 de agosto de 1978 Iffli afirmó que los representantes de ATF manifestaron que los revendedores de la región de París y otras regiones de Francia habían llegado a un acuerdo para abstenerse de ejercer una competencia basada en el precio de los aparatos Telefunken.

Sobre el primer extremo debe reconocerse que con razón la Comisión censura una puesta en práctica de este tipo del sistema de distribución, dado que la misma redunda en una limitación de la competencia de precios.

Por el contrario, en cuanto a los otros dos extremos, el procedimiento ha revelado motivos serios y fundados para no compartir la opinión de la Comisión.

Sobre el primer extremo, es cierto que debe reconocerse que en la nota de 30 de junio de 1978 se dice lo siguiente: «Es preferible llegar a un compromiso sobre política de precios que se cobran en la ciudad de Metz entre Le Roi de la Télé, Iffli y Darty ...», y que en su carta de 12 de agosto de 1980, Iffli manifestó que de acuerdo con las declaraciones de los representantes de ATF, Darty y Le Roi de la Télé se pusieron de acuerdo para no desarrollar una competencia basándose en el precio de los aparatos Telefunken. Sin embargo, sobre el particular la demandante no sólo ha insistido en el hecho de la falta de aceptación de la propuesta mencionada en la carta de 30 de junio de 1978, y de que no se había llegado a ningún acuerdo sobre los precios entre los distribuidores citados imputable a su intervención. También señaló que la sociedad Darty, empresa con un volumen de negocios muy importante y que practica unos precios agresivos, evidentemente no podía estar interesada en un acuerdo de tal naturaleza, el cual tampoco habría tenido sentido dado que aún quedaban en Metz otros detallistas que se habrían esforzado para que siguiera habiendo competencia de precios. Por consiguiente, habría sido oportuno un examen más en profundidad en esta situación, por ejemplo a través del testimonio de los distribuidores interesados. En cualquier caso, en base a los documentos de que disponemos y teniendo en cuenta la solicitud que presentó la demandante en el curso del procedimiento administrativo, en relación con la falta de credibilidad de Iffli, y cuyo objetivo consistía en dirigir en forma, a Iffli una petición de información, lo cual no se ha realizado, no puede considerarse que se haya producido la aportación de pruebas suficientes para demostrar la imputación según la cual la demandante favoreció un acuerdo sobre precios de tipo horizontal.

En relación con el tercer extremo, la demandante explicó insistentemente que la manifestación de Iffli carecía de todo fundamento, e igualmente ha llamado la atención sobre los indicios que revelan la falta de credibilidad de Iffli (véase la carta de 7 de noviembre de 1980 dirigida a la Comisión). Por lo tanto, las declaraciones de Iffli, que se realizaron sin previa petición de información en debida forma y sobre las que no tuvo lugar la confrontación que exigía la demandante (véase su carta de 18 de septiembre de 1980) difícilmente pueden considerarse como base suficiente para la imputación formulada por la Comisión.

Por consiguiente, en relación con Iffli, sólo se halla justificada la censura del primer hecho expresado. Por otra parte, cuando la demandante alude al volumen de negocios muy modesto logrado por Iffli con los aparatos Telefunken en el curso de los años 1978 y 1979, así como a la inexistencia de pedidos a partir de 1980 (alegaciones a la comunicación de cargos, página 89, y demanda, página 98) y cuando alude al hecho de que, en realidad, Iffli no respetó el acuerdo mencionado en la carta de 30 de junio de 1978, lo cual se prueba por las comprobaciones oficiales relativas a las ofertas reclamo hechas con unos precios Telefunken muy bajos (véase la nota de 26 de marzo de 1979, documento nº 60, anexa a la demanda), como máximo ello tiene relevancia a los fines de la apreciación de los efectos producidos por la violación comprobada de las reglas de la competencia.

dd) *Otros casos franceses*

Si bien, esencialmente, en los casos de los tres distribuidores a que acabo de referirme, se trataba de acuerdos celebrados en el momento de la admisión en el sistema de distribución, los tres casos restantes que deben examinarse en este contexto se refieren a actos cuyo objetivo consiste en influir sobre los precios con posterioridad a la admisión en el sistema de distribución.

i) Sobre el particular, es de interés, ante todo la carta de ATF de 26 de mayo de 1978 (documento nº 9, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982), en la cual se menciona un «compromiso adoptado por la Sociedad Darty», en relación con tres tipos de aparatos de televisión, «consistente en aumentar sus precios de venta a partir del 31 de mayo de 1978», cuyo compromiso se adoptó como consecuencia de una visita de representantes de ATF.

Tanto durante el procedimiento administrativo como ante el Tribunal de Justicia, la demandante expuso sobre el particular que la carta se apoyaba en el hecho de que, para los tres tipos de aparatos, Darty había emprendido una campaña de promoción de ventas limitada al mes de mayo y a París. Al término de dicha campaña, por su propia iniciativa, Darty volvió a cobrar los precios normales anteriores, habiendo sido la finalidad la mera información a los colaboradores del servicio exterior de ATF y a otros distribuidores. Habida cuenta de la importante posición que Darty ocupa en el mercado (en el ámbito de la electrónica recreativa, la sociedad ostenta en Francia una cuota del mercado entre el 8 % y el 10 %), y de la reducida parte del mercado que la demandante tiene en Francia, habría sido inconcebible que la demandante influenciara a Darty en cuanto a la fijación de precios. La utilización de la palabra «compromiso» fue equívoca; en realidad habría sido necesario decir «decisión adoptada por la sociedad Darty».

Pero, en mi opinión, este argumento no es convincente. De hecho, igualmente manifestó la demandante (véase p. 145 del escrito de demanda) que durante la citada campaña, los distribuidores competidores prácticamente no vendieron ningún aparato y no cursaron ningún pedido; esto es lo que

movió a los representantes de ATF a realizar una visita a Darty. Si posteriormente se afirmó expresamente que se había llegado a un «compromiso» en relación con el aumento de precios, ello puede ciertamente considerarse como un acuerdo. Por lo tanto, al apreciarse la puesta en práctica del sistema de distribución, con razón se consideró que dicha actuación era irregular, incluso en el caso de que pueda darse por sentado que a la demandante no le era posible imponer unilateralmente a Darty una conducta en materia de precios.

ii) En segundo lugar, el interés se centra en una nota de 5 de junio de 1978 referente a los «precios de los televisores en color que se practican en París» (documento nº 19, anexo al escrito de contestación). En el mismo se afirma: «Según parece, todos se hallan de acuerdo para un aumento de los precios (en fecha de 2 de junio de 1978 - tarde).» y en la misma se dan instrucciones para ponerse en contacto con FNAC y Darty. De ello la Comisión colige la existencia de *acuerdos sobre los precios entre distribuidores parisinos.*

Habida cuenta de toda la información recibida, la Comisión se precipitó en sacar conclusiones sin efectuar las investigaciones necesarias. En efecto, la demandante manifestó que la nota hacía referencia a la campaña de promoción de ventas de Darty a la que se había adherido FNAC. Como se desprende de su introducción, la misma se redactó posteriormente a la visita a Darty y, por lo tanto, es plausible suponer, especialmente también a causa del uso de la palabra «aumentar», que «todos» no equivale a la totalidad de los distribuidores parisinos sino únicamente a Darty. Si solamente Darty y FNAC realizaron una campaña de promoción de ventas, efectivamente es improbable que todos los minoristas parisinos se pusieran de acuerdo para un aumento de precios. Tampoco se desprende de la nota que se celebrara un acuerdo entre Darty y FNAC - promovido por ATF, ya que allí se indica que, en lo que a FNAC se refiere, todavía no se había producido ningún aumento de precios y que por lo tanto era preciso ponerse en contacto con FNAC. Sin embargo, la nota no revela la naturaleza de los contactos con FNAC ni, en particular, si se había llegado a un acuerdo, o si se había influido de forma indebida, ejerciendo simultáneas presiones, para la fijación de precios.

Por consiguiente, a falta de más aclaraciones sobre el particular, no puede darse como probada la tesis de la Comisión según la cual se produjeron acuerdos sobre precios por iniciativa de ATF entre los distribuidores parisinos, o que los contactos con FNAC con el fin de influir sobre los precios hubieran excedido lo admisible en el marco de un sistema de distribución.

iii) Por otra parte, la Comisión destaca la importancia de una nota de 5 de junio de 1978 (documento nº 20, anexo al escrito de contestación) en la que, a propósito de los precios de catálogo de la central de compras Camif, se señala que, dado que otros distribuidores consideraban que Camif era una empresa competidora, y ajustaban sus precios a los de la misma, ATF le pidió «que aumentara los precios de venta al por menor

de los materiales en su catálogo de invierto de 1978».

Habida cuenta del razonamiento de la demandante y a falta de otras aclaraciones de parte de la Comisión, en este caso tampoco considero probada una influencia ilícita sobre los precios. En efecto, la demandante ha explicado que debía considerarse la petición de que se trata a la luz del aumento de los precios de venta de los fabricantes previsto para primeros de septiembre de 1978, y que se menciona efectivamente en una carta dirigida a Cart (documento nº 10, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982). Sin embargo, esta indicación dada a su debido tiempo, sobre un aumento previsto de los precios, sólo puede considerarse como una información normal dada en el marco de las relaciones comerciales existentes y, sin lugar a dudas, tampoco puede considerarse una petición o recomendación de tener en cuenta dicha información como una intervención ilegal en la libre fijación de los precios, y en tanto en cuanto la misma no se acompaña de presión alguna (que no aparece en el caso de autos) como, por ejemplo, la amenaza de romper las relaciones comerciales.

iv) Por otra parte, la Comisión se refiere a la nota de 13 de octubre de 1978 (documento nº 22, anexo al escrito de contestación) acerca de los precios de venta al detall previstos a partir del 18 de septiembre de 1978. En la misma se indica en primer lugar, que los precios previstos para dicha fecha «no se han aplicado en su totalidad a causa de las existencias que se encontraban en los almacenes de sus clientes», y continúa diciendo: «nos ponemos de acuerdo con los grandes clientes, es decir Darty, FNAC y Grands Magasins, a fin de que todos estos precios se apliquen a partir del 2 de noviembre de 1978».

Sobre el particular, al parecer, es fundada la censura que formula la Comisión, en particular a la luz de las explicaciones de la demandante. Según parece, los importantes clientes citados disponían todavía de grandes existencias de aparatos adquiridos a bajos precios, mientras que los pequeños clientes no conseguían vender los aparatos adquiridos a precios elevados después del aumento del mes de septiembre de 1978 y por lo tanto urgían a ATF para que tomara medidas. Si en este contexto tuvo lugar una concertación sobre los precios entre ATF y algunos clientes, dicha participación activa de ATF en una armonización de precios ciertamente sobrepasa lo que en el marco de un sistema de distribución selectiva puede calificarse como preocupación normal para garantizar, mediante negociaciones sobre los precios, un cierto nivel de precios en el comercio especializado.

v) Por otra parte, deben examinarse aquí dos cartas dirigidas a la central de compras Cart. La primera, con fecha 4 de noviembre de 1977 (documento nº 21, anexo al escrito de contestación), revela la sorpresa de ATF ante la publicación de catálogos destinados a los miembros, uno de ellos con precios aplicados con carácter general y el otro con precios reducidos. Por otra parte se menciona un acuerdo sobre la publicación de dos catálogos «con la condición de que uno sea

de precios elevados y el otro de precios mínimos», y ATF plantea la cuestión relativa a la posibilidad de retirar el catálogo. La otra carta de 21 de julio de 1978 (documento nº 10, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982) se refiere a un aumento de precios al 1 de septiembre de 1978 y cita los precios mínimos de venta al por menor recomendados, para terminar diciendo: «según lo que hemos acordado, les rogamos que para la publicación de su catálogo tengan en cuenta los precios de venta al por menor que se relacionan antes, considerándolos precios mínimos».

Sobre este extremo, la demandante manifestó que los precios del catálogo de invierno 1977 de Cart estaban claramente distanciados de los precios previstos de común acuerdo y que, al expresar su asombro ATF, Cart descubrió que, efectivamente se había cometido un error a causa de la utilización, por *error,* de una antigua lista de precios. Además, se trataba tan sólo de contactos organizados con miras a la elaboración de catálogos y para permitir que los compradores conocieran con tiempo suficiente si debían esperar un aumento de los precios por parte de los fabricantes; una información de tal naturaleza sería el único objeto de la carta de 21 de julio de 1978.

No obstante, esta interpretación que, en sí misma, tiende a minimizar los hechos, no parece convincente. Sobre el particular, poco importa conocer si realmente se cometió un error sobre los precios al prepararse el catálogo de invierno de Cart para 1977. Efectivamente, lo importante es que, en la primera carta citada, se menciona expresamente la publicación de dos catálogos en unas determinadas condiciones, es decir, un acuerdo sobre los precios, y que igualmente se aluda a un deterioro de las relaciones comerciales que, en su caso, pudiera producirse, lo cual puede entenderse como una amenaza o el ejercicio de una presión. El texto de la carta de 21 de julio de 1978 revela igualmente la existencia de un acuerdo sobre el respeto de los precios indicados, de los que se dice expresamente que deben considerarse como precios mínimos. De ello, por ende, la Comisión pudo colegir con razón que en sus relaciones comerciales con Cart, ATF igualmente había dado muestras de un comportamiento reprochable desde el punto de vista del Derecho de la competencia por cuanto sobrepasaba claramente las recomendaciones no vinculantes sobre los precios.

vi) Por último, en este contexto, todavía debo resaltar una carta de ATF de 3 de abril de 1979 (documento nº 6, anexo al escrito de réplica) que se refiere a las condiciones especiales previstas para un aparato concreto, y a cuyo tenor: «a partir del 1 de abril de 1979 este aparato se facturará a un precio neto, sin prima, de 2.854 FF, libre de impuestos» y: «los establecimientos Darty se comprometen a no aprovecharse de esta prima especial de 225 FF para reducir el precio de venta al por menor».

Igualmente en este caso debe, no obstante, compartirse el punto de vista de la Comisión, según el cual la carta revela un comportamiento censurable con arreglo al Derecho de la competencia. Efectivamente, se trata de un acuerdo cuyo objetivo consiste

en que la prima concedida por ATF no se utilice para la reducción de los precios de venta al por menor por debajo de los que se indican en la carta. Ello constituye un acuerdo inadmisible en cuanto al respeto de un nivel de precios determinado.

b) Documentos de carácter general sobre la política de distribución seguida en Francia

Habiendo observado que en algunos casos concretos registrados en el mercado francés, se influyeron ilícitamente los precios en el marco del sistema de distribución y que ello redundó en una limitación de la competencia basada en el precio, me quedan por examinar los factores complementarios que, en relación con esta cuestión, pueden entresacarse de los documentos de carácter general que la Comisión trajo a los autos en prueba del hecho de que ATF siguió una política de precios elevados.

Sobre el particular, deben tenerse en cuenta cuatro documentos:

aa) Una circular ATF de 13 de septiembre de 1977 dirigida a los colaboradores del servicio exterior (documento nº 5, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982) a cuyo tenor, su cometido consistiría en «dar a los clientes la impresión de que Telefunken se esfuerza en protegerlos (adecuado margen de beneficios)».

bb) La ya mencionada nota de ATF de 30 de junio de 1978 en relación con el caso Iffli, según la cual por diversos motivos Iffli pretende que se la admita en el sistema de distribución, especialmente por tener conocimiento «de la política comercial de Telefunken que logra que se mantengan los precios de venta al por menor y, por lo tanto, que se conserve un conveniente margen de beneficios a favor del revendedor» y en la que se menciona asimismo, en unos términos totalmente generales «nuestra política de precios».

cc) La ya también citada nota de 5 de enero de 1978, en la que, después de describir la estructura 1977 de los comerciantes que trabajan con ATF en el mercado francés, se manifiesta que, debido al extremadamente reducido porcentaje de establecimientos comerciales de descuento (grandes superficies comerciales) en el caso de ATF, habría sido posible «aplicar para los aparatos TFR un nivel de precios elevado y uniforme [...] (márgenes de beneficios superiores a los obtenidos con los aparatos de las empresas competidoras)».

dd) Una carta de 12 de enero de 1979 (documento nº 8, anexo al escrito de réplica) sobre la evolución de los negocios en 1978, en la cual se explica «la política de precios elevados» a través de la comparación con los precios de aparatos semejantes de las empresas Philips, Thomson o Grundig, y de la que se desprende que ello se halla vinculado a la limitada apertura del sistema de distribución a los modernos canales de distribución.

En mi opinión, sobre la cuestión de la influencia ilícita ejercida sobre los precios, de

lo anterior no se desprende ningún *nuevo* argumento totalmente autónomo.

El objetivo de la nota citada en primer lugar era ciertamente facilitar a los colaboradores del servicio exterior un argumento publicitario; aparte de la perfecta legitimidad de un determinado margen de beneficios mínimo a causa de los gastos imputables a los servicios que presta el comercio especializado, al mencionar aquí un «adecuado margen de beneficios» se hace referencia, como máximo, a la política de admisión en principio restrictiva con respecto a los grandes almacenes comerciales, que ya he valorado en otro contexto.

Lo mismo puede afirmarse en lo que al segundo documento aludido se refiere, por cuanto en el mismo se hace mención de un «margen conveniente». En la medida en que, entre otras cosas, el mismo alude al mantenimiento de los precios de venta al por menor y, en general, a la política de precios de ATF, lo hace, sin embargo, de una manera demasiado general para que de ello puedan sacarse conclusiones en cuanto a determinados métodos utilizados para ejercer influencia sobre los precios.

En relación con los documentos citados en tercero y cuarto lugares, ciertamente debe reconocerse que, aparentemente, confirman la existencia de una política de precios elevados de ATF. Sin embargo, los mismos tampoco reflejan nada nuevo a propósito de las *medidas concretas* adoptadas en el ámbito de la fijación de precios.

2. *Influencia ejercida sobre los precios en Bélgica*

Sobre el particular la Decisión cita *solamente* un único caso en el que, por lo demás, se refiere a un documento de carácter general.

a) Si también aquí empezamos examinando el caso particular, es importante que nos demos cuenta de que, en este punto, el distribuidor Verbinnen indicó que a principios de 1980, se le había pedido que aumentara en 3.000 BFR el precio de un aparato de televisión, a lo cual, no obstante, se negó (véanse las cartas de Verbinnen de 3 de noviembre de 1980 y de 27 de noviembre de 1980, documentos n^{os} 9 y 11, anexos a la demanda).

aa) A consecuencia de una objeción formulada por la demandante, sobre este extremo se plantea ante todo el problema de si, en cualquier caso, este supuesto podía haberse incluido en la Decisión habida cuenta de que no aparecía en la comunicación de cargos.

No me parece que ello pueda plantear objeciones. Sobre el particular, poco importa si simplemente estamos en presencia de una nueva prueba presentada en apoyo de una imputación ya contenida en la comunicación de cargos. Lo que, en cualquier modo, es determinante es el hecho de que las dos cartas citadas se presentaran a la demandante a fin de que la misma formulara alegaciones, sobre cuyo contenido, por lo demás, ya lo hizo (véase la carta de su Abogado de 24 de abril de 1981), lo que impide que se

pueda hacer referencia a la violación de su derecho a ser oída en el marco del procedimiento administrativo.

bb) En relación con los hechos que la Comisión censura, la demandante ha expuesto que el precio aplicado por Verbinnen no tenía carácter excepcional (el mismo aparato lo ofrecían a un precio aun más bajo trece distribuidores, sin que a ello se opusiera ATBG) y por lo tanto, exigió una aclaración sobre este punto, mediante una solicitud de información, en su caso sancionada con una multa, o una confrontación con Verbinnen.

Habida cuenta de esta situación (la Comisión no accedió a la petición de la demandante), en principio pueden manifestarse dudas sobre el problema de si, de cualquier modo, pueden considerarse las indicaciones de Verbinnen como pruebas pertinentes. Pero, en ningún caso, las mismas permitirían que se probara la existencia de una conducta contraria a las reglas de la competencia en el marco de la puesta en práctica del sistema de distribución. En efecto, tan sólo puede darse *por* sentada, como máximo, la existencia de medidas *unilaterales* que no suponen ni presión ni amenaza de sanciones, y que, por lo demás, por tal motivo han quedado sin efecto. Pero lo que la Comisión reputa como un tipo de presión (en la carta de Verbinnen de 3 de noviembre de 1980 tan sólo se alude a «machinatie» (maquinación) que, respecto a un representante de ATGB, había consistido en una solicitud anónima de información al presentarse él mismo como un cliente, y en una crítica de los aparatos), no puede considerarse como un intento de ejercer una influencia. Igualmente interesa resaltar que en dicho contexto, menciona solamente el intento de influir sobre la actividad de Verbinnen en materia de *importación* y, no en cambio en cuanto a la fijación de sus precios.

En mi opinión, el caso del distribuidor Verbinnen, a quien se le continúa suministrando, según las indicaciones de la demandante, no puede considerarse como la prueba de una influencia ilícita ejercida sobre la fijación de los precios en Bélgica.

b) Por otra parte, por lo que respecta al documento relativo a la *política general de precios en Bélgica,* se trata de un informe de ATGB entregado en fecha de 19 de diciembre de 1978 (documento nº 8, anexo al escrito de la Comisión de 16 de diciembre de 1982) al que se adjunta una exposición sobre la promoción de ventas. En el mismo se manifiesta que: «la libre fluctuación de los precios conduce inevitablemente a que los pequeños clientes no obtengan el margen de beneficios mínimo [...]», para seguir diciendo que: «no tenemos la intención de establecer un precio de mercado único [...] sino de conseguir, mediante el establecimiento de precios medios de mercado, que no se registre una fluctuación de precios superior a 1.000 BFR».

Sobre el particular, ha subrayado la demandante que tan sólo se trataba de ideas que había desarrollado la persona que había redactado la exposición, y no de la determi-

nación obligatoria de la política de ATGB. En realidad, el destinatario de la nota (el director de ATGB) no alcanzó a comprender, a nivel conceptual, el sistema de cálculo de precios propuesto, el cual, en cualquier caso, nunca se aplicó en Bélgica. Habida cuenta de estos argumentos, la Comisión se esforzó por determinar si se había realizado dicha política de precios, y las acciones que se habían emprendido contra los distribuidores recalcitrantes. Pero, aparentemente, sin resultado. Sea como fuera, la demandante ha podido alegar, sin ser contradicha, que después de haber sido oída, se habían dirigido a sus distribuidores belgas siete peticiones de información, pero que la Comisión había recibido tan sólo la respuesta ya examinada de Verbinnen. En consecuencia, me parece que difícilmente puede mantenerse la imputación según la cual en Bélgica se haya seguido una política de precios tal como la descrita en el citado documento.

Por otro lado, si se parte de la idea de que se han hecho a los detallistas algunas *recomendaciones de precios,* no obstante, no puede verse en un comportamiento de tal naturaleza (indicación de un precio de mercado que, por término medio puede obtenerse del cálculo de los costes de fabricación y de una comparación con los precios de productos de empresas competidoras) la puesta en práctica ilícita del sistema de distribución. Sobre el particular, poco importa conocer en qué medida la situación jurídica belga influye en el caso de autos. Lo que importa, por una parte, es lo afirmado en la sentencia recaída en el asunto 26/76 [16] acerca de la preocupación de mantener un determinado nivel de precios, cuando se trata de mayoristas y de minoristas especializados, y del hecho de que, en principio no se sancionen medidas unilaterales en el artículo 85. Sin embargo, si un sistema de distribución selectiva como tal, no se halla comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 85, y si tampoco es aplicable dicho precepto a las medidas unilaterales en materia de precios, no se puede admitir que una combinación de dichos factores merezca una valoración distinta. En consecuencia, las medidas unilaterales tan sólo pueden dar lugar a objeciones cuando se intenta imponerlas mediante presiones, dado que ello redunda en una limitación efectiva de la libertad de fijación de precios. El intento de ejercer tales presiones, que, por otra parte, no se concibe fácilmente, habida cuenta de la posición de Telefunken en el mercado, de la fuerte competencia «intraband» y de la fuerza considerable de los grandes clientes o de las agrupaciones de clientes, así como la existencia de la conducta concertada entre distribuidores en que puede culminar una recomendación sobre precios, deben antes bien contar con la pertinente prueba específica.

c) Por lo tanto, sobre el territorio de venta belga no puede hablarse de actos ilícitos sobre precios, cometidos por la demandante en el marco del sistema de distribución, a excepción del caso Diederichs, que se ha examinado en otro contexto.

[16] Véase la sentencia citada en la nota 1 *supra.*

3. *La influencia sobre los precios en Alemania*

Por último debo abordar algunos casos de una influencia pretendidamente ilícita sobre los precios, que la Comisión ha creído poder observar en Alemania. Sobre el particular, en su Decisión la misma distingue entre influencia directa (apartados 40 y 41) e influencia indirecta (apartados 48 a 52) sobre los precios.

a) En relación con el primer punto de vista, el interés recae en primer lugar sobre los casos *Suma* y *Holder*.

aa) En relación con la empresa Suma (Múnich), debe resaltarse en primer lugar una nota de 20 de abril de 1977 relativa a una reunión (documento nº 68, anexo a la demanda). A tenor de la misma, se llamó la atención del director de Suma sobre la importancia que para TFR reviste la aplicación del precio de mercado en sus establecimientos comerciales. Sobre el particular, se convino que se discutiría la nueva lista de precios de venta y que se fijarían los precios al por menor. En última instancia el Director de Suma contrajo la obligación «de no jugar el papel de vanguardia, en el ámbito de los precios, sino de, en el mejor de los casos, ajustarse al precio más bajo del mercado, y de mantenerse por todo el tiempo que fuera posible entre los precios medios de los comercios y los precios más bajos». Por otra parte, la Comisión se refiere a una nota sobre la declaración de dicho Director, según la cual se prometió a AEG-Telefunken «que se indicarían a Telefunken los precios particularmente agresivos de la competencia, los cuales Suma adoptaría con carácter inmediato».

De dichos documentos se desprende claramente que en el caso de autos no sólo se trataba de reuniones sin carácter vinculante sobre la fijación eventual de los precios. Por el contrario, nos hallamos ante una concertación sobre precios en el marco del sistema de distribución, la cual, incluso en el caso posible de que no se diera promesa alguna de respetar los precios de venta que fijara Telefunken, en efecto, debía limitar la libertad de Suma de fijar sus precios a la baja. Ciertamente la Comisión tuvo razón al considerar que ello constituía un abuso.

Cuando, igualmente en el mismo contexto, la demandante alegó que, en realidad, el acuerdo careció de incidencia, ello no tiene importancia para la apreciación de principio, sino que, como máximo, contribuye a determinar el alcance de la violación de las reglas sobre la competencia.

bb) Por otra parte, en relación con la entidad *Holder*, un pequeño distribuidor del Sur de Alemania, la Comisión se refiere a una nota del departamento de ventas de Múnich de 30 de noviembre de 1976 (documento nº 2, anexo al escrito de dúplica) en la que se reseña el suministro de un determinado aparato «después de que se explicara con

detalle a la entidad Holder el concepto de distribución y la fijación de precios».

Habida cuenta de las alegaciones formuladas durante el procedimiento, ello, no obstante, difícilmente prueba que se ejerciera una influencia ilícita sobre los precios. Como lo expuso la demandante sin que se la haya contradicho, aparentemente, se trataba de la presentación de un nuevo aparato de elevado precio, que requiere una mejor instrucción de la clientela, y, por lo tanto, mediante una discusión sobre los precios, los distribuidores debían quedar convencidos de sus posibilidades de venta. Por otra parte, no sólo falta la prueba de que se ejerciera una presión cualquiera, lo que podría haberse determinado preguntando a la empresa Holder; además se ha demostrado que la empresa Holder no se ajustó a las indicaciones sobre precios que se le habían hecho, sino que realizó publicidad de precios bajos, lo que provocó que Telefunken procediera a la compra del aparato en el mercado.

Por otra parte, cuando la Comisión consideró que la primera frase de la nota podía hacer suponer que debía seguirse este ejemplo en las reuniones que se mantuvieran con la cooperativa de compras Interfunk, con el objetivo de reforzar la disciplina de precios, ello no parece que sea pertinente, dado que nada se ha indagado sobre el contenido de tales reuniones, sin que meras suposiciones sobre la influencia que, en su caso, podría ejercerse sobre los precios, ciertamente puedan constituir base suficiente de imputaciones en materia de Derecho de la competencia.

b) Sobre los casos de influencia indirecta sobre los precios

aa) En primer lugar, la empresa *Suma* interviene aquí nuevamente y ello, en la medida en que la ya citada nota de 20 de abril de 1977 igualmente revela un acuerdo que supone la concesión de una prima, en el sentido de que, además de una prima de cantidad del 1 % y una de promoción de ventas del 0'5 %, ambas a satisfacer semestralmente, igualmente debía concederse a fin de año, «una prima de buena conducta». La Comisión relaciona a esta última con una propuesta que hizo el departamento de ventas el 22 de diciembre de 1976 (documento nº 18, anexo al escrito de contestación) en la cual, en relación con una prima anual del 2 %, se afirma que puede condicionarse la concesión de la prima a la adopción, en materia de precios, de una conducta conforme a la situación del mercado, y que la concesión de una prima anual permite orientar la conducta en el mercado.

Sobre el particular, la demandante resaltó el hecho de que, en realidad, TFR nunca aceptó, tal como se le presentara, la propuesta del departamento de ventas de Múnich. Por el contrario, en el momento de la audiencia ante la Comisión, el Director de la distribución para el mercado nacional de la demandante ya calificó a la prima de buena conducta como una remuneración por la puesta a disposición de superficies comerciales de venta; del mismo modo, en las alegaciones a la comunicación de cargos (página 73) se expuso que se había concedido la prima citada por la participación en campañas de promociones de ventas y el

acondicionamiento de escaparates. Por consiguiente, de la nota de 20 de abril de 1977 no se desprende ninguna relación entre las conversaciones mantenidas sobre los precios señaladas en la página 1 y la prima mencionada en la página 3. Por otra parte, el Director de Suma informó a la Comisión (nota de 2 de septiembre de 1980) que la prima constituía una contrapartida por «la información que en principio se da a la entidad AEG con anterioridad a la aparición de anuncios en los periódicos del artículo objeto de publicidad». Por último, no sólo no se ha contradicho que la entidad Suma recibiera la prima a pesar de las repetidas campañas de promoción, sino que igualmente debe señalarse que el Director de la entidad Suma manifestó al abogado de la demandante (documento nº 12, anexo a la demanda) que la prima se había concedido como contrapartida a la información dada al fabricante sobre la evolución del mercado y habida cuenta de la importante cifra del volumen de negocios de la empresa Suma, pero que debía haberse justificado a la central con la denominación escogida ya que no estaba prevista en el marco de las condiciones.

Habida cuenta de la situación descrita, ciertamente no puede considerarse demostrado el hecho de que, en el caso de la empresa Suma, se influyera el comportamiento en materia de precios a través de la citada prima.

bb) En este contexto, por otra parte, la Comisión resalta la importancia del comportamiento observado por la demandante con respecto al distribuidor Wilhelm de Saarbrücken.

Cuando en julio de 1976, éste hizo publicidad con precios reducidos, TFR, después de haber observado que se hacía un anuncio de la empresa Wilhelm con «precios muy perturbadores», preguntó al departamento de ventas de Saarbrücken cuáles eran las razones de esta nueva ofensiva (documento nº 7, anexo al escrito de réplica). La Comisión considera que este hecho representa una instrucción tácita para intervenir contra situaciones de tal naturaleza.

No obstante, mediante un examen minucioso llega a determinarse que este caso tampoco puede utilizarse para probar el intento de influir ilícitamente sobre los precios. Sobre el particular, es determinante el hecho de que se haya contestado a la petición de 23 de abril de 1976 (documento nº 71, anexo a la demanda), en el sentido de que la causa la constituían los anuncios de Kaufhof cuyos precios adoptaron inmediatamente algunos distribuidores importantes y, especialmente, que se observara en dicha carta que para el departamento de Saarbrücken, la oferta de Wilhelm no tuvo efectos negativos.

En consecuencia, incluso si debiera considerarse la carta del 22 de julio de 1976 como una instrucción indirecta para imponer una disciplina de precios, en definitiva sigue siendo determinante el hecho de que no se haya producido ninguna intervención dado que, según parece, el departamento de ventas de Saarbrücken consideró que la

conducta de Wilhelm formaba parte de la competencia normal basada en el precio.

cc) En el asunto Schlembach, por una parte la Comisión se amparó en una nota del 9 de septiembre de 1977 (documento nº 23, anexo al escrito de contestación) referente a una conversación en parte «animada» en relación con los anuncios catalogados bajo la rúbrica «Color-Preisaktion». En esta nota se precisó que una repetición de tales anuncios llevaría «a una grave perturbación de la cooperación» y que, probablemente, esta conversación tendrá como resultado la abstención por parte de Schlembach de la publicación de nuevos anuncios agresivos». Por otra parte, la Comisión se refiere a una nota que el departamento de ventas de Dortmund dirigiera a TFR el 30 de septiembre de 1977 (documento nº 72, anexo a la demanda) en la que se mencionan los precios ruinosos que se ofrecen en los anuncios de Schlembach para los televisores en color Telefunken, y las medidas que deberán tomarse en relación con el caso Schlembach. Todavía a otro destinatario de la nota se le formuló la cuestión de «si no existen medios elegantes y excepcionales para mantener al cliente bajo control», lo que la Comisión considera como una instrucción tácita de actuar contra Schlembach.

Por lo que a dichos documentos se refiere, el que he citado en primer lugar, efectivamente da la impresión de que el mismo sirve de prueba del ejercicio de una influencia eficaz sobre la empresa en el momento de la fijación del precio de mercado y, por lo tanto, de una acción ilícita en el marco del sistema de distribución, aún en el caso de que no se trate necesariamente de mantener el nivel de precios que desea la demandante. Es cierto que durante el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia, la demandante ha sostenido sobre este extremo que los anuncios efectuados acerca del citado tema debían considerarse como una publicidad para una presentación especial e ilícita en el sentido del artículo 9 de la Ley sobre la competencia desleal, en relación con los artículos 1 y 2 del Decreto de 4 de julio de 1935 del Ministro de Economía del Reich, dado que dan la impresión de constituir ventajas particulares vinculadas a la compra, y por ello, como contrarios al Derecho de la competencia, de acuerdo con las disposiciones previstas en el contrato de distribución CE. No obstante, puede rebatírsele que la misma no ha demostrado la existencia de una presentación especial ilícita y que, en concreto, en sus alegaciones a la comunicación de cargos no aportó ningún elemento que moviera a la Comisión a estudiar más en profundidad esta cuestión. Por lo tanto, habida cuenta del documento citado en primer lugar, procede admitir que, con razón, la Comisión lo ha incluido en sus cargos, máxime si se piensa que la idea de que se trataba simplemente para la demandante de mantener un determinado nivel de precios, igualmente se apoya en el hecho de que mencionan expresamente en la nota las consecuencias negativas para el nivel de precios de venta en la región del Rhin y del Ruhr.

En relación con el segundo documento citado, en sus alegaciones a la comunicación de cargos indicó la demandante que, en primer lugar, su finalidad consistía en dar

una información sobre las presentaciones especiales que se hallan en el límite de lo que legalmente es lícito, es decir, de un supuesto que, en su caso, pudiera constituir competencia desleal. Ciertamente, una información de tal naturaleza y un control correspondiente de los distribuidores admitidos en el sistema de distribución no suscitan ninguna objeción, dado que la persistencia de ofertas a precios reducidos podría hacer suponer que ya no pueden garantizarse las prestaciones del comercio especializado demasiado costosas (información y servicio posventa) (véase la sentencia dictada por el Bundesgerichtshoft, de 24 de septiembre de 1979). Por otra parte, la mención en el documento de los medios a poner en práctica, y finalmente el planteamiento de la cuestión aludida, ciertamente no es suficiente para fundamentar una imputación. En efecto, se demostró que el añadido era únicamente una pregunta dirigida al Director del departamento de ventas de Colonia, y no una instrucción de la persona responsable de la distribución. Por otra parte, tampoco parece que la instrucción velada efectivamente haya sido seguida de medidas (lo que podría haberse aclarado fácilmente por el testimonio de Schlembach) de modo que, en definitiva, poco importa si, en realidad, tales medidas estaban justificadas en razón de un hecho constitutivo de competencia desleal.

dd) Por último todavía debe examinarse *el informe* de 31 de octubre de 1978 *sobre la evolución de la situación* durante el mes de octubre de 1978, *emitido por el departamento de ventas de Mannheim* (documento nº 5, anexo al escrito de contestación).

La Comisión considera importante que se resalte en el mismo que las ofertas que realizaron las sociedades Gruoner y Südschall en relación con un cierto modelo Impérial semejante a otro aparato, se han revelado «perturbadoras»; observa que los anuncios y las actividades de Massa-Märkte sobre los «aparatos Imperial de la casa Telefunken» se calificaron como «perturbación del mercado», que se mencionan otras «perturbaciones del mercado» causadas por Kaufhof (Kassel) y Hertie (Frankfurt), y que por último se señala que «solamente después de intensos esfuerzos se pudo restablecer la calma». De lo anterior, la Comisión infiere que como consecuencia de que se observara la fijación de precios perturbadores, en cualquier caso, en relación con los tres distribuidores citados en último lugar, se realizaron esfuerzos que se vieron coronados con el éxito, con el fin de corregir la situación, es decir, que igualmente se influyó en los precios en el sentido del mantenimiento del nivel de precios deseado por la demandante.

No obstante, tampoco puedo estar de acuerdo con la Comisión sobre este punto.

El procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia ciertamente demostró que se aludió equivocadamente a los casos Gruoner y Südschall (por lo demás, en el curso de la vista la Comisión ha hablado de un error sobre el particular) dado que en tales supuestos no se trataba de productos objeto

del contrato, de modo que poco importa ya determinar si deben ignorarse dichos casos, por cuanto no se hacía mención a los mismos en la comunicación de cargos. En mi opinión, lo mismo puede afirmarse en lo tocante al asunto Massa-Märkte, en el cual, por lo demás, igualmente se utilizó irregularmente la marca «Telefunken» en la publicidad relativa a los aparatos *Imperial,* por cuyo motivo era perfectamente posible hacer una advertencia.

Sin embargo, por lo que a las «perturbaciones del mercado» causadas por Kaufhof y Hortie se refiere, es cierto que, por una parte, difícilmente los clientes pueden discutir informes de carácter interno sobre la evolución del mercado, y ello, incluso en el caso de que no se trate de observar si mediante la fijación de precios se amenaza la calidad del comercio especializado. Por otra parte, sobre el particular ha indicado la demandante que los distribuidores se habían quejado del hecho de que Kaufhof y Hertie habían lanzado ofertas especiales limitadas en cuanto al tiempo y para tipos concretos de aparatos, y que posteriormente pudieron convencerse los distribuidores de que las ofertas especiales no se apoyaban en un trato especial de TFR. A ello se refiere la expresión «calma» y no al hecho de que lograra con éxito un incremento en los precios. Lo anterior se me antoja plausible y si sobre el particular la Comisión albergaba alguna duda, la misma debió esforzarse en obtener otras aclaraciones antes de sacar de este documento conclusiones en apoyo de su tesis.

V. Sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado a la puesta en práctica ilícita del sistema de distribución

1. El análisis que antecede ha demostrado que los cargos que imputa la Comisión a la demandante *tan sólo en parte* se hallan justificados.

a) Por tal motivo, no cabe duda que se impone la necesidad de atenuar considerablemente las disposiciones de muy gran alcance que se hallan contenidas en la Decisión, las cuales, además de señalar el carácter importante de la restricción de la libre competencia, igualmente tienen importancia para la fijación de la multa.

Sobre el particular, pienso en la observación según la cual, la no admisión de distribuidores y la influencia que se ejerce sobre los precios no constituyen medidas específicas aisladas, sino que se está en presencia de una multitud de casos en los que se han producido restricciones a la competencia, lo cual ciertamente no es exacto si atendemos por una parte, al período al que se refiere la Decisión y, por otra parte, al enorme volumen de operaciones comerciales que no se han censurado, que se han formalizado con alrededor de 12.000 comerciantes especializados autorizados en la Comunidad. En este momento pienso especialmente en la muy grave observación según la cual se han practicado *sistemáticamente* la discriminación de distribuidores y la fijación de los precios de venta (durante la vista se ha

utilizado el término «planmäßig», lo cual ciertamente no puede considerarse exacto.

b) Cuando, en relación con *la admisión de distribuidores* en el sistema de distribución, la Comisión (y este punto merece un estudio más profundo) subraya de un modo general que *por regla común* se han rechazado las nuevas formas de venta y los comerciantes que aplican unos precios agresivos, si bien la misma ha señalado sobre este aspecto que, aun cumpliendo los criterios del comercio especializado, no se han admitido a determinadas formas de distribución o a determinados distribuidores, o bien se ha hecho más difícil su admisión, y si bien en este contexto la misma igualmente ha aludido al hecho de que a los distribuidores que no estaban dispuestos a aplicar el precio de venta mínimo fijado por la demandante se les ha denegado la admisión en el sistema de distribución, en realidad, sólo ha llegado a la siguiente demostración:

aa) Solamente se ha demostrado que *un único* distribuidor (Diederichs) no ha sido admitido por el expresado motivo.

bb) En relación con los grandes almacenes comerciales y los establecimientos comerciales de descuento, es evidente que tan sólo puede hablarse de exclusión o admisión difícil en Alemania y en Francia, y ello sólo hasta una fecha determinada. A este respecto, no sólo ha quedado insuficientemente probado, dado que la Comisión no ha realizado investigación alguna con tal objeto, cuántos distribuidores han sido realmente afectados; sino que igualmente, sin que se la haya contradicho, la demandante ha podido señalar que efectivamente *admitió a una gran cantidad de grandes almacenes,* al igual que en otros países.

cc) En relación con la protección territorial reconocida en Francia, no se ha señalado *ningún caso* en el que se haya excluido a otros distribuidores por tal motivo; por el contrario, tan sólo puede hablarse de protección territorial en la medida en que se haya delimitado la zona de actividad de dos mayoristas.

dd) Por último, igualmente hemos visto que únicamente se han podido probar *tres casos* en los que se haya condicionado la admisión a los *compromisos sobre la fijación de precios* y, por otra parte, a este respecto no poseo ninguna información acerca de las incidencias efectivas.

c) Si bien, por otra parte, en cuanto al tema de la *influencia ejercida sobre los precios,* la Comisión ha manifestado que en la fijación de los precios de venta se ejerció una considerable *influencia,* y que en gran medida, ello impidió la realización de ofertas a bajos precios, por el contrario, parece probado que tan sólo en el caso de algunos distribuidores franceses durante cortos períodos, la influencia sobre los precios apareció en forma de *concertaciones,* como en el caso Suma, cuyo director declaró, además que, no obstante, Suma se sentía en libertad para fijar sus precios, y que, por otra parte, sólo en un caso particular se pudo observar una influencia ejercida *unila-*

teralmente sobre los precios, a saber el caso Schlembach. En consecuencia, difícilmente puede reconocerse como correcta, especialmente si se paran mientes en las exposiciones exhaustivas de la demandante sobre la situación de los precios en Alemania (véanse los documentos nos 30 a 32, anexos a la demanda), la tesis según la cual, a través del sistema de distribución, la demandante siguió una política constante de precios elevados en detrimento de los consumidores.

2. A continuación, procede observar que las violaciones del Derecho de la competencia cometidas en el marco de la puesta en práctica del sistema de distribución y que pueden darse como probadas, sólo tienen relevancia a tenor del apartado 1 del artículo 85, suponiendo el carácter apreciable de la restricción de la competencia, si puede darse por sentado que las mismas eran idóneas para *afectar al comercio entre los Estados miembros* y ello, como lo ha resaltado la jurisprudencia en múltiples ocasiones, de una manera apreciable (véanse las sentencias recaídas en el asunto 19/77, [17] en los asuntos acumulados 209/78 a 215/78, 218/78 [18] y en el asunto 126/80. [19]

Esto es lo que la Comisión considera que debe suponerse, toda vez que el sistema de distribución regula *los intercambios de productos entre los Estados miembros* y que, como se aplica en toda la Comunidad, procede asumir que el mismo puede, en principio, afectar el comercio entre los Estados miembros. En su opinión, en un caso de tal naturaleza, unas pocas infracciones son suficientes para que se pueda aplicar el artículo 85, puesto que las mismas producirían ya el efecto de modificar la naturaleza del sistema de distribución, el cual, en su totalidad quedaría fuera del marco de la legalidad. Por otra parte, la Comisión observa que en las esferas del comercio al por mayor y al por menor tiene lugar una parte considerable de intercambios de productos Telefunken. Especialmente subraya la misma que puede suponerse que, dado que los distribuidores que tienen un volumen de negocios importante y son capaces de efectuar importaciones, no habían sido admitidos en el sistema de distribución, o lo habían sido una vez reunidos los requisitos adicionales, los intercambios se han desarrollado de un modo sensiblemente distinto de lo que habría sido sin esta discriminación.

En mi opinión, como en opinión de la demandante, desde diversos ángulos pueden plantearse objeciones a esta tesis.

a) Ciertamente es inexacto que el sistema de distribución de la demandante *afecte al comercio* entre los Estados miembros, y la referencia a la aplicación del sistema de distribución *en toda la Comunidad* no permite suponer que, en principio, ante

17 Sentencia de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión (19/77, Rec. p. 131).

18 Sentencia de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck/Comisión (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125.)

19 Véase la sentencia citada en la nota 4 *supra*.

determinadas infracciones, pueda obstaculizar el comercio entre los Estados miembros.

En principio, el sistema de distribución, tan sólo determina a la persona que, como mayorista o minorista, se halla facultada a comerciar con los productos Telefunken, es decir, a vender los productos de los que, en principio, debe suponerse que, por regla general, se adquieren a las sociedades de distribución *nacionales* o a los mayoristas establecidos en el interior del país. Si bien, de acuerdo con el sistema de distribución, es perfectamente posible igualmente la adquisición de mercancías a los distribuidores autorizados en otros Estados miembros, no obstante, ello se admite tan sólo implícitamente y, por lo tanto, no puede afirmarse que queden afectados los intercambios entre los Estados miembros.

Por otra parte, debe darse por sentado que, ya que el sistema de distribución selectiva no está comprendido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, con las condiciones formuladas por la jurisprudencia, tan sólo le es de aplicación el artículo 85 a un sistema de tal naturaleza *en la medida* en que se *aplica de una forma ilícita.* Por consiguiente, es ciertamente importante examinar en detalle si las infracciones denunciadas, en otras palabras, la aplicación disconforme con la normativa, tienen efectos que pueden perjudicar los intercambios entre los Estados miembros, puesto que no parece sensato suponer que un sistema, que en sí mismo no puede censurarse, vea su carácter totalmente modificado simplemente por el hecho de observarse una infracción cualquiera, la cual ciertamente tiene solamente una importancia local en razón de su alcance limitado, y por lo tanto se la deba considerar perjudicial en su totalidad para la competencia dentro de la Comunidad.

b) Si he comprendido bien la Decisión, entre las infracciones anteriormente mencionadas y examinadas, a los fines de su valoración, habida cuenta del apartado 1 del artículo 85, la Comisión coloca en primer lugar a aquéllas referidas a distribuidores importantes que estaban en condiciones de realizar actividades propias del comercio exterior y que fueron excluidos del sistema de distribución, o sólo con retraso fueron admitidos en el mismo, y después de reunir los requisitos adicionales. A la luz de la pertinente jurisprudencia (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, [20] así como asunto 22/78 [21]), las mismas deben ser estimadas.

En este sentido, tan sólo deben quedar comprendidos en el presente asunto, el caso de Diederichs en Bélgica, la inadmisión temporal de grandes almacenes en Alemania y de establecimientos comerciales de descuento en Francia, tales como los casos

[20] Sentencia de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73,↔ Rec. p. 223).

[21] Sentencia de 31 de mayo de 1979, Hugin/Comisión (22/78,↔, Rec. p. 1869).

Auchan, Mammouth (Toulouse) e Iffli (Metz) en los que la admisión en el sistema de distribución se ha condicionado al compromiso de respetar un nivel de precios determinado. Si sobre el particular se examina si estos casos dejan entrever la causación de un perjuicio apreciable al comercio, pienso que la Comisión no ha logrado probarlo.

aa) En relación con el caso Diederichs, ciertamente puede suponerse que él mismo habría estado en condiciones de importar productos Telefunken de Alemania e incluso dispuesto a hacerlo. Por lo tanto, puede darse por sentado que no era imposible ni más difícil realizar importaciones de aparatos de televisión por la razón de que, en Bélgica, dichos aparatos deben ir equipados para la televisión por cable, porque no parece que tal adaptación pueda plantear especiales problemas, de acuerdo con las convincentes explicaciones de la Comisión.

Sin embargo, por sí mismo, este caso, apenas da lugar a que se hable ciertamente de un perjuicio apreciable irrogado a los intercambios. En este sentido, no bastan las informaciones que ha recogido la Comisión sobre la naturaleza y el volumen de las actividades comerciales de Diederichs (el volumen de negocios es más bien reducido); en este sentido, debe destacarse la reducida cuota de mercado que igualmente corresponde a los aparatos de televisión Telefunken en Bélgica (señalamos sobre el particular las sentencias recaídas en los asuntos 73/74, [22] 19/77 [23] y en los asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78 [24]), y en tal sentido es también ciertamente interesante observar que tan sólo un año después de las negociaciones controvertidas, Diederichs ha tenido que cesar sus actividades comerciales.

bb) En lo que atañe a la inadmisión temporal de grandes almacenes comerciales en Francia y Alemania, ciertamente puede darse por sentado que, dada su importancia, algunos de ellos pueden reputarse idóneos para realizar intercambios comerciales entre los Estados miembros. Sin embargo, sobre el particular, a falta de investigaciones adecuadas por parte de la Comisión, se sabe tan poco acerca de los distribuidores que efectivamente importan según lo indicado y sobre sus actividades que, ya por esta razón, no puede afirmarse que su exclusión temporal del sistema de distribución conllevara el efecto de afectar de modo apreciable a los intercambios o de contribuir a ello en gran medida.

cc) Por último, en relación con los casos Auchan, Mammouth e Iffli, según me pare-

[22] Sentencia de 26 de noviembre de 1975, Papiers peints/Comisión (73/74, Rec. p. 1491).

[23] Véase la sentencia citada en la nota 16 *supra*.

[24] Véase la sentencia citada en la nota 17 *supra*.

ce, sólo deben considerarse pertinentes Auchan e Iffli en este contexto (debo basarme en meras especulaciones) ya que es difícilmente concebible que la *filial* Mamouth (Toulouse) previera la realización de importaciones paralelas.

Por otra parte, tampoco debe dejarse de lado el hecho de que los citados distribuidores no fueron excluidos de la distribución; por el contrario procede censurar el hecho de que su admisión se haya condicionado a compromisos sobre precios. Esta circunstancia, aparte del aparente incumplimiento de los compromisos, apenas puede, no obstante, haber tenido repercusiones sobre eventuales operaciones de importación que, en su caso , hubieran podido realizarse, haciendo que la venta fuera más difícil, ya que, a Auchan solamente se le ha obligado a no aplicar precios inferiores a los que se practicaban en la ciudad de que se trata y que , en el caso de Iffli, se trataba principalmente de la obligación «de no dañar la marca».

Incluso teniendo en cuenta el hecho de que el apartado 1 del artículo 85 exige no un efectivo obstáculo de los intercambios sino la posibilidad de obstaculizarlos (asunto 19/77 [25]), difícilmente puede apreciarse en estos dos casos la existencia de los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 85. Por una parte, en razón de la reducida cuota de mercado que corresponde a Telefunken igualmente en Francia para los aparatos de televisión, un cierto obstáculo a las actividades de venta de Auchan y de Iffli apenas puede haber producido el efecto de afectar apreciablemente los intercambios. Por otra parte, en razón de las diferentes normas que regulan las emisiones de televisión en Francia y en Alemania y de la imposibilidad de adaptar los aparatos de recepción de emisiones en blanco y negro, e incluso en razón del elevado coste que implica la adaptación de los televisores en color, son absolutamente inconcebibles las importaciones paralelas, que según la afirmación del demandante, nunca antes se habían producido. Sin embargo, por lo que a los aparatos multiestándar se refiere, utilizables sin dificultad en una y otra parte de las fronteras y para los cuales se puede pensar en un cierto intercambio en las zonas fronterizas, no cabe duda que es posible descartar que las dificultades que suponen para su venta las infracciones a las reglas de la competencia observadas por la Comisión hayan podido ser de una magnitud que constituya un apreciable obstáculo de los intercambios.

c) Si, por otra parte, hubiera lugar a reconocer igualmente importancia a los otros casos demostrados de ilícita aplicación del sistema de distribución, contrariamente a lo que deja pensar la motivación de la Decisión, sobre los mismos podrían hacerse también las siguientes observaciones:

aa) A mi juicio queda descartado el hecho de que los intercambios hayan quedado afectados de un modo apreciable por la *protección territorial* observada en Francia bajo la forma de una delimitación de zonas

[25] Véase la sentencia citada en la nota 16 *supra*.

de actividad de algunos mayoristas. En el presente caso, parece que se trata efectivamente, de un asunto puramente nacional que hace pensar en la sentencia recaída en el asunto 22/78. [26] No obstante, incluso en el supuesto de que el hecho de admitir la competencia en las zonas de que se trata hubiera resultado un crecimiento de las ventas de Telefunken y, por lo tanto, en un aumento de las importaciones, en el caso de autos no se ha probado, debido a la falta de investigaciones concretas sobre la naturaleza y el volumen de las actividades comerciales de los mayoristas de que se trata, que se tratara de magnitudes que permiten suponer que los intercambios se hayan visto afectados de modo apreciable.

bb) En relación con el acuerdo celebrado con *Suma* y la influencia ejercida sobre los precios en el caso Schlembach debe calificarse igualmente de asunto meramente nacional ya que, como lo supone la misma Comisión, no es concebible el comercio de aparatos Telefunken de Francia a Alemania y porque, por lo demás, no se mencionó el hecho de que los dos distribuidores citados estuvieran interesados en una actividad de exportación.

cc) Los escasos supuestos de influencia ejercida sobre los precios de los distribuidores franceses una vez admitidos en el sistema de distribución (apartados 42, 45, 46 y 47 de la Decisión impugnada) se refieren principalmente a actividades muy limitadas en el espacio y en el tiempo. También sobre este particular se posee muy escasa información acerca de la naturaleza y el volumen de las actividades comerciales de los distribuidores interesados.

3. Por lo tanto, no sólo procede considerar que las observaciones que hizo la Comisión sobre la amplitud de la puesta en práctica ilícita del sistema de distribución, en gran parte, no son pertinentes. En la medida en que la puesta en práctica del sistema de distribución es el blanco de una acertada censura, en nuestra opinión no se ha probado que la misma pudiera afectar apreciablemente los intercambios entre los Estados miembros.

Ello significa que no puede mantenerse la afirmación de principio que contiene el artículo 1 de la Decisión impugnada, a tenor del cual el sistema de distribución de los productos marca Telefunken, establecido por AEG-Telefunken, en su aplicación práctica infringe el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE. Al mismo tiempo ello priva de fundamento tanto al mandato contenido en el artículo 2 de poner fin a la infracción apreciada como, en especial, a la multa que se impone en virtud del artículo 3. *Por lo tanto, el recurso es fundado en base a las reflexiones que anteceden.*

VI. Los otros motivos del recurso

Teniendo en cuenta cuanto antecede, de hecho no es necesario examinar los demás problemas planteados durante el procedimiento. No obstante haremos una sucinta

[26] Sentencia citada en la nota 20 *supra.*

referencia a los mismos, al menos con carácter subsidiario.

1. *Sobre el apartado 3 del artículo 85*

Sobre el particular, la Decisión indica que la aplicación del sistema de distribución, tal como la ha censurado la Comisión, no fue notificada a ésta, y por sí mismo este hecho excluye cualquier exención. Por otra parte se ha resaltado el hecho de que no puede concederse una exención para un sistema de distribución que suponga la comisión de discriminaciones en materia de admisión y el ejercicio de una influencia sobre los precios, ya que tales restricciones no son indispensables para una buena distribución de los productos, sin que tampoco parezca que ofrezcan ninguna ventaja para los consumidores. Por el contrario, la demandante ha alegado que la misma había solicitado expresamente una exención en el momento de la notificación y que, en consecuencia, la Comisión no podía imponer ninguna multa sin pronunciarse sobre el particular. Considera igualmente, invocando la sentencia pronunciada en el asunto 26/76, [27] que la preocupación por mantener un cierto nivel de precios es inherente a todo sistema de distribución selectiva y que las actividades que tienden a la realización de este objetivo se hallan comprendidas, pues, en el marco de la aplicación general del sistema de distribución, sin que, por lo tanto, se precise una notificación específica a tal efecto.

Sobre este particular, me inclino a adherirme a la Comisión, en el supuesto de que, contrariamente a mi punto de vista, no obstante, sea de aplicación el artículo 85.

Por regla general una exención supone haber cursado una notificación a la Comisión. Igualmente ha quedado acreditado que, en el momento del examen del sistema, se declaró a la Comisión que cualquier distribuidor que cumpliera los criterios del comercio especializado, sería admitido en el sistema de distribución. Por contra, es evidente que nunca se mencionó y, por ende, tampoco la notificación contenía precisiones, que determinados casos límites debían tramitarse con mucha dilación, que, en su caso, debían cumplirse condiciones adicionales, que en el momento de la admisión, existía la posibilidad de determinar zonas de actividad en las que otros distribuidores no podían realizar su actividad, ni que durante las relaciones comerciales con los distribuidores autorizados se llegaría a acuerdos de colusión sobre los precios o se ejercería una influencia sobre la fijación de los precios, que trascendería los límites de una simple orientación. En consecuencia, aunque esto sólo sea por motivos de forma, en efecto no se concibe una decisión de exención, habida cuenta de las infracciones a las normas de la competencia que ya reprochó la Comisión y en la medida en que deba reconocerse que dicha crítica estaba justificada.

Por otra parte, tampoco se desprende una valoración distinta de la referencia al hecho de que en la sentencia dictada en el asunto

[27] Véase la sentencia citada en la nota 1 *supra*.

26/76 [28], el Tribunal de Justicia mencione la preocupación, en principio legítima, por mantener un determinado nivel de precios para el comercio al por mayor y al por menor especializado. Aparte de que esta manifestación naturalmente no puede amparar las medidas discriminatorias en el momento de la *admisión* en el sistema de distribución, en principio debe entenderse en el sentido de que no parece que existan objeciones para el mantenimiento de un nivel de precios resultante *eo ipso* de la limitación de ventas a los distribuidores que han de soportar algunos costes particulares que repercuten en la formación de los precios.

2. *Sobre el hecho de que la Decisión se refiera a AEG-Telefunken*

Sobre este punto, la demandante ya resaltó en sus alegaciones a la comunicación de cargos el hecho de que TFR, cuya distribución es la única que interesa, constituía un sector de la empresa AEG jurídicamente autónomo y que su dirección disponía de una amplia libertad de decisión. Igualmente alegó que la decisión de implantar el sistema de distribución se había tomado sin recibir instrucciones de la Dirección de AEG-Telefunken y que había correspondido únicamente a TFR la definición de la política de distribución así como la puesta en práctica del sistema de distribución. Por lo tanto, algunas formas de puesta en práctica del sistema de distribución no pueden imputarse a la casa matriz AEG y, por lo tanto no debería haberse dirigido a ésta la Decisión, dada la falta de una verdadera participación de AEG en la puesta en práctica del sistema.

Por el contrario, la Comisión considera decisivo el hecho de que el sistema de distribución lo haya notificado AEG, y que igualmente se considera a AEG como parte en los contratos celebrados con los distribuidores y que se realice la distribución a través de la organización de distribución AEG. Por otra parte, considera importante el hecho de que, incluso si la aplicación del sistema de distribución correspondiera a TFR, ésta se halla bajo el control de AEG y obligada a seguir sus instrucciones, las cuales, por lo demás se dieron en casos concretos. Por consiguiente se está ante una unidad económica, con la consecuencia de que la casa matriz debe considerarse responsable de la aplicación práctica del sistema de distribución. Semejantes problemas han sido abordados por la jurisprudencia en múltiples ocasiones. Por ejemplo en la sentencia recaída en el asunto 48/69, [29] se ha presumido la existencia de una unidad económica entre la casa matriz y su filial (jurídicamente independiente), con la condición de que la filial, la mayoría de cuyo capital social se hallaba en manos de la casa matriz, no determinara su comportamiento en el mercado de forma autónoma sino que, en lo esencial, siguiera las instrucciones que le diera la casa matriz. En un caso de tal naturaleza, en el que de un modo determinante se podía influenciar la política de la empresa y en el que realmente se utilizó la

[28] Véase la sentencia citada en la nota 1 *supra*.

[29] Sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión (48/69, Rec. p. 619).

facultad de dar instrucciones, el Tribunal de Justicia consideró adecuada la imputación a la casa matriz de una conducta de la filial contraria a las normas de competencia (véanse igualmente las sentencias dictadas en los asuntos 6/72 [30] y en los asuntos acumulados 6/73 y 7/73 [31]).

En el caso de autos, se trata de la puesta en práctica del sistema de distribución que se hace merecedor de algunas críticas a causa de la exclusión de un distribuidor de forma discriminatoria, de la fijación de requisitos adicionales para la admisión y de la determinación de zonas de actividad de los distribuidores autorizados, así como desde el punto de vista de medidas cuyo objeto consiste en influir sobre la fijación de los precios de los distribuidores autorizados por todo el tiempo de duración de las relaciones comerciales. Teniendo en cuenta la citada jurisprudencia, parece efectivamente dudoso que todo ello pueda pura y simplemente imputarse a la casa matriz porque firma los contratos de distribución y haya puesto su organización de distribución a disposición de TFR. Incluso en el supuesto de que se considere justificable la imputación a la casa matriz, firmante, de lo que sucede en el momento de la *celebración* de los contratos, ello apenas parece posible sin la aportación de pruebas concretas sobre la influencia ejercida, cuyas pruebas no ha aportado la Comisión, en la medida en que se trata de la negativa a admitir a algunos comerciantes o de medidas cuyo objetivo consiste en la formación de precios con posterioridad a la admisión en el sistema de distribución.

Por consiguiente, es fundado que la demandante impugne la Decisión en la medida en que la misma dirige a la casa matriz *todas las imputaciones* acerca de la puesta en práctica ilícita del sistema de distribución.

3. *Sobre la multa impuesta y su cuantía*

Si el Tribunal de Justicia debiera considerar que la puesta en práctica ilícita del sistema de distribución, en la medida en que ello puede considerarse probado, infringe el artículo 85, en principio la fijación de una multa no plantea ninguna objeción. Hago la anterior observación porque, en cualquier caso, parece justificada la imputación de culpa, según la sentencia recaída en el asunto 26/76 [32] (en octubre de 1977), situándose en esta época la mayoría de las infracciones que he dado por probadas, y porque, contrariamente al punto de vista de la demandante, tampoco pueden alegarse «errores de decisión ineluctables» en el marco del sistema de distribución, provisto, en principio, de una Dirección central.

Sin embargo, ciertamente debería reducirse la multa considerablemente. Sobre este

[30] Sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage Corporation y Continental Can Company/Comisión (6/72,↔ Rec. p. 215).

[31] Véase la sentencia citada en la nota 19 *supra*.

[32] Véase la sentencia citada en la nota 1 *supra*.

particular, el hecho de que una parte muy importante de las imputaciones de la Comisión no puedan mantenerse, y de que la Comisión no haya presentado un cuadro verosímil de los verdaderos efectos de determinadas infracciones sobre el mercado y los consumidores, es decisivo. Dejo a la discreción del Tribunal de Justicia la fijación de la cuantía de la multa.

4. Por último, todavía debe examinarse brevemente la cuestión de si, en el supuesto de que se mantenga la multa, la demandante tiene la obligación de pagar los intereses correspondientes a la cuantía de que se trate hasta la realización del pago efectivo.

Sobre el particular procede recordar que, en el momento de la notificación de la Decisión impugnada, la Comisión manifestó que al expirar el período de pago (21 de abril de 1982), la misma procedería a recaudar la multa incluso en caso de interposición de un recurso; no obstante, la misma no procedería a la recaudación por todo el tiempo que durara el procedimiento ante el Tribunal de Justicia siempre que la demandante aceptara que la multa devengara un interés superior en un 1 % al tipo de descuento del Bundesbank a contar del momento de la expiración del período de pago y si se entregaba a la Comisión una fianza bancaria en garantía del pago de la cuantía de la multa más los intereses. La demandante aceptó dicha propuesta, y por ello, el 17 de marzo de 1982, su banco prestó a la Comisión la fianza bancaria exigida. Por otra parte, mediante carta de 28 de abril de 1982, la demandante manifestó que estaba de acuerdo en aplicar un interés a la multa impuesta a partir del momento de la expiración del período de pago, y así lo confirmó en la vista de su demanda de suspensión de ejecución.

Posteriormente el 6 de mayo de 1982 se dictó el auto del Presidente del Tribunal de Justicia, mencionado al inicio de las presentes conclusiones, en méritos del cual se acordaba la suspensión de la ejecución del artículo 3 de la Decisión, condicionada al mantenimiento de la fianza prestada en favor de la Comisión. No obstante, dado que el compromiso de la demandante iba acompañado de la reserva acerca de la apreciación por el Tribunal de Justicia de la cuestión de si se podían exigir intereses, el auto se sujetó a la pertinente reserva. En consecuencia, aunque brevemente, en el marco del examen del fondo del asunto, debe hacerse referencia al extremo relativo a la obligación del pago de intereses a pesar de que la Decisión impugnada no aluda a este particular.

Al respecto, alega la demandante que una obligación de tal naturaleza carece de cualquier fundamento jurídico de Derecho comunitario. La Comisión se remite al artículo 185 del Tratado CEE y alude al hecho de que la misma supeditó su aceptación de la suspensión de la ejecución al compromiso de la demandante, el cual, por ende, constituye el fundamento jurídico de la exigibilidad de los intereses. Por otra parte, la misma considera que únicamente esto permite alcanzar el objetivo de la imposición de la multa y evitar cualquier procedimiento judicial ocioso destinado a beneficiarse en base a los tipos de interés.

Para el caso de que el Tribunal de Justicia negara la existencia de la obligación de pago de intereses, con carácter subsidiario propone incrementar la cuantía de la multa proporcionadamente con el fin de descartar la consecución de cualquier ventaja de carácter económico como consecuencia de la suspensión de la ejecución forzosa.

Sobre este punto, nuevamente me inclino a compartir el punto de vista de la Comisión. Cuando la misma aprecia una infracción del apartado 1 del artículo 85 y considera que debe imponerse una multa, ésta es indefectiblemente exigible en el plazo previsto; dado que los recursos no tienen efecto suspensivo, en principio las sanciones económicas que prevé el sistema del Tratado deben aplicarse inmediatamente. Existe la posibilidad de acordar una exención mediante auto dictado con arreglo al artículo 85 del Reglamento de Procedimiento, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Puesto que hace algún tiempo se encontró una solución intermedia, la cual se ha aplicado igualmente en el caso de autos, la misma me parece no sólo completamente razonable en tanto que con la misma se evita el rigor de la ejecución inmediata, sirve de garantía para la Comisión y disipa la tentación de retrasar la ejecución de la obligación de pago mediante la presentación del recurso. A este respecto, tampoco hay carencia de cualquier fundamento jurídico, por cuanto la idea fundamental de una solución de esta naturaleza está contenida en el apartado 2 del artículo 86 del Reglamento de Procedimiento.

Por consiguiente, en el supuesto de que, contrariamente a nuestro punto de vista, el Tribunal de Justicia considerara que la conducta de la demandante justifica la imposición de una multa, procede pues confirmar el auto dictado por el Presidente en el sentido de que puede exigirse el pago de intereses en la forma indicada sobre la cuantía correspondiente a partir de la fecha señalada en la Decisión, a menos que se prefiera fijar su cuantía de forma que se tenga en cuenta la obligación de pago de intereses, lo cual sería posible en caso de que se redujera la multa.

VII. Conclusión

En mi opinión, del procedimiento se desprende que la declaración por la Comisión de que el sistema de distribución selectiva que implantara AEG-Telefunken con efectos a partir del 1 de noviembre de 1973, en su aplicación práctica infringe el apartado 1 del artículo 85, no ha quedado suficientemente probada. En consecuencia procede anular en su integridad la Decisión de la Comisión y, por lo tanto, igualmente condenar en costas a la misma, con inclusión de los gastos efectuados en el procedimiento de medidas provisionales.