COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN
de 17 de junio de 1998
relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 86 del Tratado CE
(IV/36.010-F3 — Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato)

[notificada con el número C(1998) 1437]

(El texto en lengua italiana es el único auténtico)

(Texto pertinente a los fines del EEE)

(98/538/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado [1], cuya última modificación la constituye el Tratado de Adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia, y, en particular, el apartado 1 de su artículo 3 y el apartado 2 de su artículo 15,

Vistas las solicitudes, con arreglo al artículo 13 del Reglamento nº 17, presentadas por las empresas R.J. Reynolds Tobacco GmbH y R.J. Reynolds Tobacco Company SAE, la empresa Rothmans International BV y la empresa International Tobacco Company, para que se compruebe que la Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato ha infringido el artículo 86 del Tratado CE,

Vista la Decisión de la Comisión, de 27 de febrero de 1997, de incoar un procedimiento en el presente caso,

Después de haber dado a la empresa afectada la oportunidad de presentar alegaciones al pliego de cargos de la Comisión, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y en el Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo [2],

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes,

Considerando lo que sigue:

PRIMERA PARTE

HECHOS

I. La Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato

(1) La Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (en lo sucesivo, «AAMS») es un organismo, integrado en la administración tributaria del Estado italiano, que, además de desempeñar diversas funciones administrativas, se dedica también a la fabricación, importación, exportación y distribución al por mayor de labores del tabaco.

(2) En virtud del artículo 45 de la Ley nº 907, de 17 de julio de 1942 [3], la AAMS tiene el derecho en exclusiva de fabricar labores del tabaco en el territorio del Estado italiano.

La AAMS ejerce actualmente ese derecho a través de 21 fábricas que emplean a alrededor de 7 500 personas y en las que fabrica no sólo cigarrillos de las marcas de las que es propietaria, sino también cigarrillos de marcas de la empresa Philip Morris. Con ese objeto, en los últimos decenios, la AAMS ha celebrado con la citada empresa acuerdos de licencia de fabricación relativos, en concreto, a las

[1] DO 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.
[2] DO 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.
[3] Ley sobre el monopolio de la sal y el tabaco, Diaro Oficial de la República Italiana (GURI) nº 199 de 28. 5. 1942.

marcas Marlboro, Muratti Ambassador, Mercedes y Diana. En 1995, la AAMS fabricó casi 54 millones de kilogramos de cigarrillos, 40 millones de ellos con marcas propias y 14 con marcas de Philip Morris.

(3) Por otra parte, la AAMS desarrolla las actividades de importación, introducción mediante adquisición intracomunitaria, distribución y venta de labores del tabaco. La capacidad de distribución de la AAMS es de 102 millones de kilogramos de cigarrillos al año.

II. **Los productos y su distribución en Italia**

1. *Los productos*

(4) Los productos que motivan el presente procedimiento son los cigarrillos (quedan excluidas, por tanto, las demás labores del tabaco, tales como los puros, los cigarritos, la picadura y el rapé).

En 1995, las ventas legales de cigarrillos en Italia fueron de casi 90 millones de kilogramos, parte de ellos (54 millones de kilogramos) fabricados en Italia por la AAMS, y parte fabricados en otros Estados miembros (casi 36 millones de kilogramos).

En los últimos años, las cuotas de mercado correspondientes a los diversos fabricantes han sido las siguientes:

	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
AAMS	62,2	61,9	61,1	58,4	56,0	51,5	48,5	48,5	45,1	43,6	42,1
Philip Morris	30,4	30,9	31,8	34,1	36,3	40,1	42,6	42,9	46,9	49,9	51,6
BAT	2,9	2,9	2,6	2,7	2,7	2,9	3,1	2,9	2,7	2,2	2,0
Rothmans	1,1	1,1	1,2	1,3	1,6	2,0	2,4	2,4	2,4	2,1	1,9
Reynolds	1,5	1,6	1,8	2,0	2,1	2,3	2,3	2,2	1,9	1,4	1,5
Otros	1,9	1,6	1,5	1,5	1,3	1,2	1,1	1,0	1,0	0,8	0,9

2. *Distribución de los productos en Italia*

(5) En Italia, la importación de cigarrillos procedentes de otros Estados miembros y su comercialización al por mayor fueron «admitidas», es decir, liberalizadas, en el artículo 1 de la Ley nº 724, de 10 de diciembre de 1975 ([4]), con arreglo a la cual, como excepción al artículo 45 de la Ley nº 907/42, antes citada, la importación puede realizarse a través de depósitos de distribución que no pertenezcan a la AAMS, siempre y cuando dichos depósitos hayan sido autorizados por la administración tributaria y los productos que se importen ya figuren en los cuadros que indican los precios de venta de los cigarrillos. En sucesivos decretos del Ministerio de Finanzas y en particular, el Decreto Ministerial de 26 de julio de 1983, se han fijado los requisitos y las normas para la creación de depósitos, así como las disposiciones que rigen la circulación de los productos importados.

No obstante, hasta la fecha, todos los cigarrillos de origen comunitario los importa en Italia la AAMS, que se encarga también de la distribución al por mayor, basándose en acuerdos celebrados con los fabricantes extranjeros interesados en vender sus cigarrillos en territorio italiano.

(6) La Ley nº 1293, de 22 de diciembre de 1957 ([5]), establece la organización de los servicios de distribución y venta de los productos sujetos a monopolio y, por consiguiente, de los cigarrillos. Con arreglo a esa Ley, dichas actividades tienen lugar a través de:

a) servicios de inspección zonales;

b) depósitos;

c) secciones de venta de los depósitos;

d) almacenes mayoristas;

e) expendedurías.

(7) Los servicios de inspección zonales (en lo sucesivo, «la inspección») supervisan la distribución y venta de los productos sujetos a monopolio. Con arreglo a las normas dictadas por la Dirección General de la AAMS, la inspección organiza esas actividades y vigila que se realicen apropiadamente (artículo 2 de la Ley nº 1293/57). La inspección forma parte de la AAMS y está integrada por funcionarios de esta última, que poseen facultades disciplinarias sobre el personal del servicio y de los órganos dependientes, sobre los almacenistas y los expendedores.

(8) Los depósitos de productos sujetos a monopolio (también llamados órganos de distribución primaria; en lo sucesivo, «los depósitos») están encargados de recibir dichos productos, custodiarlos y distribuirlos para su venta (apartado 1

([4]) GURI nº 4 de 7. 1. 1976.

([5]) GURI nº 9 de 13. 1. 1958.

del artículo 3 de la Ley nº 1293/57). Los depósitos recaudan el impuesto sobre los productos sujetos a monopolio vendidos y todos los ingresos de la AAMS, y se encargan de su abono en la Tesorería (apartado 2 del artículo 3 de la Ley nº 1293/57). Forman parte de la AAMS y están administrados por funcionarios de la misma. Actualmente existen veintiún depósitos.

Las secciones de venta de los depósitos tienen como misión recoger de los depósitos los productos sujetos a monopolio, abonando el correspondiente importe, y venderlos a los expendedores autorizados. Excepcionalmente, pueden suministrar también los productos, en nombre de los depósitos, a los almacenes mayoristas (apartado 1 del artículo 4 de la Ley nº 1293/57). Para el desempeño de su misión, las secciones de venta reciben una dotación, en calidad de depósito (apartado 2 del artículo 4 de la Ley nº 1293/57).

(9) Los almacenes mayoristas (también llamados órganos de distribución secundaria, en lo sucesivo, «los almacenes») se encargan de recoger de los depósitos y de las secciones de venta los productos sujetos a monopolio, abonando el correspondiente importe, y de venderlos a los expendedores autorizados. Los almacenes los gestionan empresas privadas en régimen de concesión, que reciben una dotación, en calidad de depósito, y deben constituir una fianza (apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Ley nº 1293/57). El concesionario recibe una contraprestación en efectivo que viene determinada por el peso acordado para los productos vendidos (apartado 3 del artículo 5 de la Ley nº 1293/57). La administración de los almacenes está regulada en el Decreto Presidencial nº 1704, de 14 de octubre de 1958 ([6]), en un pliego de condiciones y en las instrucciones dictadas por la AAMS. Actualmente, existen unos 600 almacenes.

(10) Las expendedurías de los productos sujetos a monopolio (en lo sucesivo, «expendedurías») recogen los cigarrillos de los almacenes y los conservan para venderlos al público.

Se distinguen dos tipos de expendedurías: ordinarias y especiales. Las expendedurías estatales fueron eliminadas por la Ley nº 198 de 13 de mayo de 1983.

Las expendedurías ordinarias se confían a empresas privadas en régimen de concesión o mediante contrato de gestión, por un plazo no superior a nueve años (artículo 19 de la Ley nº 1293/57). Estos establecimientos «se crearán donde y cuando la AAMS considere conveniente y oportuno para los intereses del servicio» (artículo 21 de la Ley 1293/57) y se clasifican en expendedurías de primera y de segunda categoría, en función del rédito obtenido, que viene constituido por las comisiones sobre la venta de tabaco y productos derivados del tabaco.

Las expendedurías especiales tienen por objeto satisfacer determinadas exigencias de la venta al por menor, incluso temporalmente, cuando no se den las condiciones necesarias para crear una expendeduría ordinaria (artículo 22 de la Ley nº 1293/57).

La AAMS puede, además, autorizar la venta de productos sujetos a monopolio en los locales públicos, los lugares de esparcimiento y los economatos. Esta autorización especial se materializa en la expedición de una licencia (artículo 23 de la Ley nº 1293/57).

Todos los expendedores deben pagar a la AAMS un canon anual, proporcional a los ingresos obtenidos, y un canon extra fijo anual (artículo 26 de la Ley nº 1293/57). Sus ingresos los obtienen de la aplicación de un porcentaje fijo de comisión establecido por decreto del Ministro de Finanzas, previo acuerdo con el Ministro del Tesoro, oído el Consejo de la AAMS (artículo 24 de la Ley nº 1293/57). Los expendedores pagan en el acto los productos sujetos a monopolio adquiridos, descontando la comisión. La gestión de las expendedurías está regulada en el Decreto Presidencial nº 1074/1958, en un pliego de condiciones y en las instrucciones emanadas de la AAMS.

Actualmente, existen alrededor de 58 000 expendedurías y poseen licencia unos 18 000 locales públicos.

(11) Aun cuando los cigarrillos de origen comunitario fueran introducidos directamente a Italia por operadores distintos de la AAMS y, por tanto, fueran enviados a depósitos no controlados por esta última, la venta al público seguiría, no obstante, sujeta a monopolio. Por tanto, esos posibles importadores, distintos de la AAMS, para vender los cigarrillos al público tendrían siempre que valerse de las expendedurías de los productos sujetos a monopolio antes mencionadas.

III. **Conducta de la AAMS**

(12) El presente procedimiento viene motivado por la siguiente conducta de la AAMS:

— el contrato-tipo de distribución celebrado con algunas empresas fabricantes de cigarrillos, en virtud del cual estas últimas asignan a la AAMS la función de introducir y distribuir al por mayor los cigarrillos fabricados en otro Estado miembro;

— algunas medidas unilaterales adoptadas por la AAMS en relación con los cigarrillos fabricados en otro Estado miembro y, posteriormente, introducidos en Italia.

([6]) GURI nº 308 de 22. 12. 1958.

1. *El contrato-tipo de distribución*

(13) La AAMS ha elaborado un contrato-tipo para la distribución al por mayor en Italia (en lo sucesivo, «el contrato de distribución») de los cigarrillos fabricados en otro Estado miembro por otra empresa (en lo sucesivo, «la empresa extranjera»). La AAMS envía el contrato de distribución, para su firma, a la empresas extranjeras que manifiesten su deseo de asignar a la AAMS la función de distribuir sus cigarrillos en Italia. La AAMS ofrece el mismo contrato de distribución a todas las empresas extranjeras. La última versión de ese contrato se elaboró a finales de 1993. La vigencia del contrato es de cinco años, que concluirán el 31 de diciembre de 1998.

(14) El texto del contrato de distribución lo decide unilateralmente la AAMS y las empresas extranjeras sólo tienen posibilidad de adherirse al mismo en las condiciones fijadas por aquélla.

Las circunstancias en que ha tenido lugar la renovación del último contrato de distribución (finales de 1993/principios de 1994) demuestran que las empresas extranjeras no tienen ninguna posibilidad de negociar las diversas cláusulas del contrato, ni de proponer modificaciones que recojan sus opiniones o intereses.

En este sentido, cabe señalar que, mediante carta de 10 de noviembre de 1993, R.J. Reynolds Tobacco GmbH y R.J. Reynolds Tobacco Company SAE (en lo sucesivo, «Reynolds») hizo a AAMS «una serie de observaciones más concretas que desearíamos discutir con Uds. para, a continuación, formalizarlas como cláusulas contractuales». La AAMS no respondió a esta carta, limitándose a presentar a Reynolds, mediante carta de 28 de diciembre de 1993, un nuevo contrato de distribución que no recogía las propuestas formuladas en la carta enviada por Reynolds el 10 de noviembre de 1993. Posteriormente, el 7 de enero de 1994, la AAMS comunicó a Reynolds que, dado que no había recibido confirmación formal de la suscripción del contrato de distribución, había suspendido la distribución y venta de los cigarrillos de Reynolds.

Del mismo modo, las cartas enviadas por British American Tobacco (Deutschland) Export GmbH (en lo sucesivo, «BAT»), en las que se formulaban propuestas de cara a la renovación del contrato, quedaron sin respuesta.

Por último, señalemos que igual suerte corrieron las peticiones de Rothmans International BV (en lo sucesivo, «Rothmans») en el sentido de discutir la posibilidad de aportar algunas modificaciones al contrato de distribución. En respuesta a la petición de entablar una discusión efectuada por Rothmans, mediante carta de 12 de noviembre de 1993, la AAMS se limitó a remitir, el 21 de diciembre de 1993, el nuevo contrato en el que no se tienen en cuenta, en modo alguno, las propuestas de Rothmans, indicando que «hagan llegar ... el acuerdo para efectuar la distribución de los productos [de Rothmans] con arreglo a las normas contractuales previstas en el proyecto de contrato ... a fin de evitar que se interrumpa la distribución ...». Más tarde, el 7 de enero de 1994, la AAMS comunicó a Rothmans que había «examinado atentamente sus peticiones», añadiendo que «pese a haber hecho todo lo posible, no se han podido incluir en el articulado del contrato ya enviado a esa sociedad, en relación con el cual, por otra parte, nuestro consejo de administración ha manifestado su conformidad. El proyecto de contrato presentado a esa empresa debe considerarse, por tanto, definitivo ... quedamos a la espera de recibir dicho contrato debidamente firmado ... en caso contrario, la AAMS se verá obligada a suspender la distribución y venta de las marcas de fábrica de esa empresa». Ante esa postura, Rothmans, mediante carta de 10 de enero de 1994, anunció a AAMS que tenía previsto firmar el nuevo contrato. Sin embargo, añadió que «No obstante, lamentamos que no hayan podido recogerse en el contrato, y ni siquiera discutirse con ustedes, los extremos que mencionábamos en nuestra carta de 12 de noviembre de 1993».

(15) Las cláusulas más importantes del contrato de distribución pueden resumirse del siguiente modo:

a) la empresa extranjera confía a la AAMS la distribución al por mayor y al por menor en Italia de las marcas de cigarrillos que se indican en anexo del contrato (apartado 1 del artículo 1);

b) la lista de las marcas de cigarrillos recogida en anexo del contrato será actualizada por la AAMS de conformidad con las disposiciones administrativas dictadas por la autoridad gubernativa competente en relación con nuevas inscripciones en la tarifa de venta (apartado 2 del artículo 1);

c) la AAMS, previa inscripción en la tarifa, autorizará a la empresa extranjera, dos veces al año, a introducir nuevas marcas en su circuito de distribución (apartado 3 del artículo 1);

d) la empresa extranjera deberá remunerar a la AAMS por la distribución; dicha remuneración se determinará para cada una de las marcas a partir de parámetros que tengan en cuenta las cantidades vendidas (artículo 7 y anexo C). En el caso de los cigarrillos, la remuneración se fija para cada kilogramo vendido dentro de tramos de venta anual para cada marca:

— venta anual hasta 100 000 kg y marcas nuevas: 4 430 liras italianas/kg

— venta anual entre 100 001 kg y 500 000 kg: 3 800 liras italianas/kg

— venta anual entre 500 001 kg y 1 000 000 kg: 3 600 liras italianas/kg

— venta anual entre 1 000 001 kg y 3 000 000 kg: 3 400 liras italianas/kg

— venta anual superior a los 3 000 000 kg: 2 900 liras italianas/kg;

e) el pago de los cigarrillos se hará previa presentación de una factura mensual por la empresa extranjera, por las cantidades cedidas por los depósitos a los almacenes mayoristas. Con este fin, la AAMS confeccionará, en los diez primeros días del siguiente mes, y, en ningún caso, después de los quince primeros días de dicho mes, un cuadro recapitulativo para cada marca y cada depósito. A continuación, la AAMS dará la orden de pago de los cigarrillos al Contabile del Portafoglio dello Stato, en el plazo de veinticinco días a contar desde la fecha de recepción de la factura emitida por la empresa extranjera (artículo 9);

f) cuando se introduzcan marcas nuevas por primera vez, las cantidades que se importen o introduzcan mediante adquisición comunitaria no podrán ser superiores a 5 000 kg de cigarrillos (punto 5 del anexo B). En sucesivas introducciones, durante un período de doce meses los pedidos efectuados por la AAMS serán iguales a las ventas del mes precedente (punto 6 del anexo B);

g) la AAMS se compromete a pedir a la empresa extranjera las cantidades necesarias para asegurar la continuidad del suministro a los órganos de distribución primaria y secundaria, en grado igual a la demanda efectiva del mercado (apartado 1 del artículo 2);

h) las cantidades mensuales necesarias para garantizar dicho objetivo se determinarán con arreglo al siguiente procedimiento:

— las existencias disponibles en los depósitos al inicio del contrato y al inicio de cada año natural posterior vendrán determinadas por la media mensual de las ventas del año precedente y se calcularán para un cierto número de meses, esto es, para dos meses en el caso de marcas cuyas ventas no superen 500 000 kg y para un mes en el de aquellas que superen 500 000 kg (punto 1 del anexo B),

— la empresa extranjera deberá efectuar solicitudes de distribución mensuales iguales a las cantidades vendidas en el mes precedente (punto 2 del anexo B),

— si la empresa extranjera deseara que se distribuyeran cantidades de cigarrillos superiores a las acabadas de mencionar y, en cualquier caso, no superiores al 30 % del pedido mensual autorizado para cada marca, el nivel de dichas cantidades debe acordarse con la AAMS, teniendo en cuenta la capacidad de recepción objetiva de esta última y la evolución de la demanda prevista (apartado 5 del artículo 2),

— siempre que la empresa extranjera introduzca cantidades adicionales de cigarrillos deberá pagar a la AAMS un incremento de 600 liras italianas por kilo, calculado sobre el total de la cantidad introducida en el mes de referencia (apartado 6 del artículo 2);

i) la empresa extranjera suministrará las cantidades de cigarrillos pedidas por la AAMS basándose en planes mensuales de reparto entre los depósitos de la AAMS, sobre los que, cada cierto tiempo, se pondrán de acuerdo las dos entidades (apartado 2 del artículo 2);

j) la empresa extranjera deberá suministrar los cigarrillos en los tipos de envase previstos en las disposiciones vigentes. Además, los cigarrillos deberán llevar impreso sobre el tubo de papel, en sentido longitudinal, el sello Monital (apartado 1 del artículo 4);

k) la AAMS podrá efectuar peritajes y análisis cualitativos de las muestras recogidas de los cigarrillos importados (apartado 1 del artículo 5). Para la realización de esos peritajes, la empresa extranjera deberá satisfacer anualmente un importe fijo por cada paquete de cada una de las marcas (apartado 2 del artículo 5);

l) la empresa extranjera podrá nombrar un representante en Italia, que estará autorizado a visitar los depósitos, los almacenes y las expendedurías (apartados 1 y 2 del artículo 10). Para el desempeño de esa actividad, el representante de la empresa extranjera podrá valerse de encargados (apartado 4 del artículo 10). La designación del representante y de los encargados deberá comunicarse a la AAMS (apartado 5 del artículo 10);

m) la empresa extranjera y la AAMS se comprometen a abstenerse de cualquier forma de promoción o publicidad de los cigarrillos, ya sea entre los mayoristas o entre los detallistas. En caso de reiterado incumplimiento y de responsabilidad demostrada de la empresa extranjera o de alguno de sus encargados, dicha empresa no podrá volver a efectuar visitas, a no ser que sustituya al encargado implicado (apartado 6 del artículo 10);

n) la empresa extranjera se compromete a suministrar a la AAMS cigarrillos adaptados a las Leyes vigentes en la materia en Italia. En caso de incumplimiento de esta obligación, la empresa extranjera deberá retirar los cigarrillos y asumir los gastos ocasionados por esa retirada, así como cualquier responsabilidad que se derive de la comercialización del producto (artículo 11);

o) la AAMS podrá restituir a la empresa extranjera los cigarrillos en estado defectuoso como consecuencia de almacenamiento prolongado o daños. En este supuesto, los gastos ocasionados por la restitución correrán por cuenta de la empresa extranjera (apartados 5 y 6 del artículo 13);

p) la AAMS se compromete a mantener la neutralidad de su sistema de distribución, en todo momento y en cualquiera de sus niveles, con respecto a todos los productos distribuidos, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su renombre o importancia, garantizando la distribución de los productos en los diversos puntos de venta en función de la demanda del mercado (artículo 2);

q) el contrato de distribución tendrá una vigencia de cinco años (apartado 1 del artículo 15). No obstante, si la empresa extranjera decidiera distribuir ella misma sus cigarrillos al por mayor en Italia, directa o indirectamente, cualquiera de las partes podrá rescindir el contrato de distribución con tres meses de preaviso (apartado 2 del artículo 15).

2. *Medidas unilaterales adoptadas en relación con los cigarrillos introducidos en Italia*

(16) En los últimos años, la AAMS ha tomado medidas que han repercutido directamente en la situación en Italia de los cigarrillos fabricados en otro Estado miembro y, posteriormente, introducidos en Italia. Cabe distinguir las siguientes medidas:

a) negativa de la AAMS a aumentar las cantidades introducidas y distribuidas en virtud del contrato de distribución;

b) iniciativas de la AAMS con respecto a los almacenes, orientadas a favorecer las marcas de la AAMS en detrimento de las marcas competidoras;

c) iniciativas de la AAMS con respecto a las expendedurías, orientadas a favorecer las marcas de la AAMS en detrimento de las marcas competidoras.

(17) Como ya se indicó en el tercer y cuarto guiones de la letra h) del considerando 15, las empresas extranjeras pueden pedir a la AAMS un aumento de las cantidades destinadas al mercado italiano, hasta un máximo del 30 % del pedido mensual autorizado. Ahora bien, ese aumento se supedita al acuerdo de la AAMS.

Con arreglo a los documentos que se mencionan y adjuntan al pliego de cargos, en varios casos la AAMS ha denegado su acuerdo sin aducir ningún argumento válido a ese respecto.

En 1995, la AAMS se negó en cuatro ocasiones a conceder el aumento de hasta un 30 % de las cantidades de cigarrillos Amadis pedido por Reynolds.

En abril de 1996, la AAMS se negó a conceder el aumento de hasta un 30 % de las cantidades de cigarrillos Lord pedido por Rothmans. En agosto de 1996, la AAMS se negó a conceder el aumento de hasta el 30 % de las marcas de cigarrillos pedido por Rothmans.

En agosto de 1996, la AAMS se negó a conceder el aumento del 30 % de las cantidades de cigarrillos Barclay, Barclay UL, Kim Menthol y Lucky Strike 10's pedido por BAT. Estas negativas han hecho que las existencias se reduzcan a niveles inferiores a los previstos en el contrato de distribución.

(18) La AAMS controla y coordina permanentemente la actividad de distribución de los almacenes. La AAMS alega que el control se efectúa con el fin de calcular las necesidades efectivas del mercado y los flujos de suministros.

Sin embargo, en diversas ocasiones, la AAMS ha impartido instrucciones a los almacenes con el fin de obligarles a reducir las cantidades de cigarrillos introducidos solicitadas o aumentar las cantidades de cigarrillos de la AAMS solicitadas, amenazando con incoar un procedimiento sancionador si el almacén no obedece.

Cabe citar, a este respecto, numerosos ejemplos:

— en enero de 1990, Reynolds comunicó a la AAMS que numerosos depósitos habían efectuado repetidamente recortes en los pedidos de algunas marcas de cigarrillos destinados a los almacenes;

— en octubre de 1993, un servicio de inspección envió una carta a los almacenes de su competencia informándoles de que había detectado, para algunos cigarrillos de marca extranjera y, en algunos casos, para todos los cigarrillos extranjeros un «exceso de existencias, frente a la demanda del mercado». En consecuencia, la inspección encargó al depósito local que «efectuara un control preciso de las solicitudes de suministros, para garantizar un mejor equilibrio de los mismos y una gestión más racional de las dotaciones» otorgadas a los almacenes;

— en fecha indeterminada, otro servicio de inspección envió a los almacenes de su competencia una carta cuyo texto es casi idéntico al acabado de citar;

— en enero de 1994, un servicio de inspección de la AAMS envió a los almacenes de su competencia una carta en la que «con el fin de mantener o incluso mejorar, cuando sea posible, las cuotas de mercado de los productos con el sello de la empresa» obligaba a los almacenes a «respetar la cuota de ventas más abajo reseñada». La inspección añadía que «Como es lógico, a

mayores cuotas de venta de productos extranjeros deberá efectuarse un aumento proporcional de las ventas de productos nacionales. Las ventas excepcionales de productos no nacionales deberán, en cualquier caso, recuperarse en el siguiente período de dos meses, y así sucesivamente, hasta conseguir que el almacén mayorista considerado registre, a finales de 1994, respetando la cuota de mercado antes señalada, la siguiente situación . . .»;

— en marzo de 1994, un servicio de inspección envió una carta a los almacenes de su competencia, invitándoles a que respetaran las cuotas de mercado (productos nacionales/productos extranjeros) fijadas por ese mismo servicio de inspección en una nota precedente;

— en febrero de 1995, un servicio de inspección de la AAMS envió a un almacén una carta en la que afirmaba que una expendeduría había sacado cigarrillos extranjeros en una cantidad «elevada si se compara con las cantidades totales sacadas de todos los productos, y superior también a las cantidades sacadas de productos de mayor consumo». En consecuencia, la inspección disponía que, a partir de entonces, esos cigarrillos extranjeros se suministraran sólo en cantidades iguales a los porcentajes de venta del almacén destinatario de la carta;

— en julio de 1995, un servicio de inspección de la AAMS envió una carta a un almacén, comunicándole que en el curso de la inspección realizada se había detectado que, en algunos casos, ese almacén había pedido a un depósito cantidades de productos extranjeros «que normalmente se adquieren en cantidades menores, en un grado mucho más acorde con las ventas»;

— en noviembre de 1995, un servicio de inspección de la AAMS envió una carta a un almacén, en la que le pedía que redujera las compras de productos extranjeros «a lo indispensable para las necesidades operativas generales».

(19) La AAMS realiza también un control permanente de la actividad comercial de las expendedurías, ya que, gracias a un sistema de formularios normalizados, puede saber qué productos escogen dichos establecimientos para su aprovisionamiento de cigarrillos.

Diversos ejemplos demuestran que la AAMS realizó ese control para favorecer los cigarrillos de su producción propia. A este respecto, cabe recordar que:

— en marzo de 1995, un inspector de la AAMS acusó a varios expendedores de haber adquirido, desde noviembre de 1994, cigarrillos extranjeros en cantidades que podían considerarse iguales a las ventas mensuales de casi toda la demarcación. En consecuencia, el inspector consideraba que los expendedores estaban favoreciendo la promoción de dichos cigarrillos, violando así el principio de neutralidad en la distribución de los productos;

— en febrero de 1995, un inspector de la AAMS comunicó a un expendedor que «se ha fijado . . . la cantidad mínima de productos sujetos a monopolio que deberán estar siempre disponibles en la expendeduría que Ud. regenta»;

— en febrero de 1995, un servicio de inspección de la AAMS comunicó a un expendedor que había adquirido una cantidad de cigarrillos extranjeros anómala, que resultaba elevada frente al total de las cantidades adquiridas y, asimismo, en relación con las cantidades de los productos de mayor consumo;

— en abril de 1996, un servicio de inspección de la AAMS suspendió el suministro de cigarrillos a una expendeduría, debido a que esta última no sólo había descuidado su propia contribución a la venta de cigarrillos nacionales, sino que, además, había favorecido culposamente la difusión de cigarrillos de un fabricante competidor.

SEGUNDA PARTE

VALORACIÓN JURÍDICA

A. *ARTÍCULO 86 DEL TRATADO*

(20) El artículo 86 del Tratado prohíbe a toda empresa que goce de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo que abuse de tal posición dominante, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Con el fin de determinar la aplicabilidad del artículo 86 del Tratado en el caso que nos ocupa, es preciso analizar si se dan las condiciones contempladas en el citado artículo.

I. La empresa

(21) La AAMS es una entidad que desarrolla una actividad económica, tanto industrial (fabricación de labores del tabaco), como comercial (venta al por mayor de labores del tabaco). Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ([7]), debe considerarse empresa a efectos de lo dispuesto en los artículos 85 a 90 del Tratado. El hecho de que la AAMS posea una personalidad jurídica diferenciada de la del Estado no influye en tal conclusión.

([7]) Sentencia de 16 de junio de 1987, en el asunto 118/85, Comisión contra Italia, Rec. 1987, p. 2599.

Aunque la personalidad jurídica del Estado es única, el ordenamiento jurídico italiano reconoce a cada ministerio y a cada organismo autónomo una individualidad jurídica propia y, por consiguiente, legitimación procesal (*legitimatio ad causam*). Cabe recordar que, para el logro de sus fines, el organismo autónomo puede valerse de una estructura administrativa que, aun perteneciendo al Estado, se distingue por una marcada autonomía organizativa (autonomía de gestión, de decisión, patrimonial y presupuestaria).

El hecho de que el Estado haya asignado a la AAMS toda una serie de competencias que implican el ejercicio de poderes públicos, no impide que se apliquen las normas comunitarias en materia de competencia a la actuación de la AAMS en el marco del ejercicio de su actividad empresarial (fabricación de bienes y prestación de servicios) ([8]).

II. **Los mercados de referencia**

(22) Para determinar si la AAMS ocupa una posición dominante, a efectos de lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, es necesario, primeramente, definir los mercados de referencia, esto es, los sectores económicos y las zonas geográficas en relación con las cuales debe valorarse el poder económico de la AAMS frente a la competencia y los clientes.

1. *Los mercados de producto y de servicios*

(23) En lo que se refiere a los productos y los servicios, es necesario distinguir tres mercados. El primero está formado por un conjunto de productos y los otros dos corresponden a la actividad de prestación de servicios.

(24) En primer lugar, existe el mercado de los cigarrillos, fabricados en Italia o en otros Estados miembros y destinados a ser distribuidos y vendidos en el territorio italiano para satisfacer la demanda de los fumadores (en lo sucesivo, «el mercado de los cigarrillos»). En este mercado están presentes varios fabricantes de cigarrillos que, compitiendo entre sí, procuran atraer al mayor número posible de consumidores hacia sus propias marcas y conservar la fidelidad a dichas marcas de los consumidores ya conquistados.

(25) A continuación, existe el mercado de servicios de distribución y venta al por mayor de los citados cigarrillos (en lo sucesivo, «el mercado de distribución al por mayor»). En este mercado, la AAMS recoge los cigarrillos de los centros de producción (o, en el caso de los cigarrillos fabricados en el extranjero, en la frontera), los guarda en sus propios depósitos y los distribuye a los almacenes o, a través de las secciones de venta de los depósitos, a los expendedores. Los almacenes guardan los cigarrillos y los venden a los expendedores autorizados.

([8]) Sentencia de 20 de marzo de 1985, en el asunto 41/83, Italia contra Comisión, Rec. 1985, p. 873.

(26) Por último, existe el mercado de los servicios de venta al por menor de los cigarrillos (en lo sucesivo, «el mercado de distribución al por menor»). En este mercado existen alrededor de 58 000 expendedurías autorizadas para la venta de los productos sujetos a monopolio y 18 000 locales públicos que poseen licencia.

(27) Es evidente que, aunque se trata de mercados diferenciados, mantienen una relación de elevada interdependencia, de manera que cualquier hecho que se produzca en uno de ellos puede traer consecuencias para los otros. Esto es especialmente válido en el caso del mercado de los cigarrillos, ya que la competitividad de los operadores económicos que actúan en el mismo se ve considerablemente afectada por el tratamiento que reciben sus productos en el marco de la actividad desarrollada en los mercados de distribución al por mayor y al por menor.

2. *Los mercados geográficos*

(28) Desde e1 punto de vista geográfico, los mercados citados en los considerandos 24, 25 y 26 se corresponden con el territorio italiano. Este territorio, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia ([9]) (en lo sucesivo, «la Comunicación de la Comisión»), debe considerarse distinto de los territorios de los demás Estados miembros por los siguientes motivos:

— las preferencias de los fumadores italianos son diferentes de las de los fumadores de otros Estados miembros (punto 46 de la Comunicación de la Comisión). Cabe señalar, en este sentido, que las marcas de la AAMS tienen una cuota de mercado muy importante en Italia (42,1 %), mientras que apenas existen en los demás Estados miembros. Por otro lado, las marcas de Philip Morris tienen en Italia una cuota de mercado mayor que en los demás Estados miembros;

— los precios de venta al por menor de los cigarrillos son notablemente diferentes de los aplicados en los demás Estados miembros;

— para cumplir las obligaciones previstas en la normativa italiana vigente, todos los fabricantes extranjeros que deseen vender sus productos en Italia están obligados a presentar los cigarrillos en paquetes en los que figuren las necesarias advertencias (por ejemplo, «el tabaco perjudica seriamente la salud») en italiano. Es preciso tener en cuenta este motivo de diferenciación del mercado, aunque se deba al cumplimiento de una norma (punto 50 de la Comunicación de la Comisión);

([9]) DO C 372 de 9. 12. 1997, p. 5.

— no existe una actividad importante de importación o exportación desarrollada por sujetos distintos de los productores (en otras palabras, no existen importaciones paralelas de cigarrillos).

3. *Conclusiones en relación con los mercados de referencia*

(29) De cuanto antecede se deduce que los mercados que han de tomarse en consideración en el presente procedimiento son los siguientes:

— el mercado italiano de cigarrillos,

— el mercado italiano de distribución al por mayor,

— el mercado italiano de distribución al por menor.

III. **La posición de la AAMS en los mercados de referencia**

1. *La posición de la AAMS en el mercado italiano de cigarrillos*

(30) El mercado italiano de cigarrillos se caracteriza por la existencia de un duopolio formado por Philip Morris y la AAMS (que disponen de aproximadamente el 94 % de ese mercado) y por la presencia, con cuotas de mercado que pueden considerarse marginales, de otras empresas que ocupan, en otros Estados miembros, posiciones más importantes. Esta situación existe desde hace al menos diez años. No obstante, hay que subrayar que, si bien la cuota de mercado del conjunto del duopolio no ha variado prácticamente (siendo, de cualquier modo, superior al 90 %), la cuota de mercado de Philip Morris ha aumentado, de manera constante y significativa, en el curso de los últimos años, mientras que la de la AAMS ha disminuido prácticamente en la misma proporción. Philip Morris ha sido, pues, la única empresa que se ha beneficiado de los repetidos retrocesos de la AAMS, al tiempo que la cuota de mercado del conjunto de las demás empresas ha permanecido básicamente estable.

2. *La posición de la AAMS en el mercado italiano de distribución al por mayor*

(31) En lo que se refiere al mercado de venta al por mayor, es preciso recordar, en primer lugar, que Italia ha aprobado una normativa por la que se liberalizan las actividades de importación y de distribución de cigarrillos al por mayor ([10]). Por tanto, toda empresa que satisfaga las condiciones exigidas en la normativa puede desarrollar la actividad de distribución de cigarrillos al por mayor en el territorio italiano. En este sentido, un fabricante comunitario de cigarrillos podría crear su propia red de distribución o recurrir a los servicios de una empresa de distribución al por mayor ya existente en el territorio italiano. Sin embargo, hasta el momento, ninguno de estos fabricantes ha ejercido esa facultad, sino que han preferido seguir utilizando los servicios de la red de distribución de la AAMS para distribuir sus productos en Italia. Para comprender esta elección, hay que tener en cuenta que a las empresas extranjeras les resulta económicamente muy difícil crear una red propia independiente de distribución al por mayor lo suficientemente extensa y ramificada. Por otro lado, no existen actualmente empresas que desarrollen una actividad de distribución al por mayor (salvo la AAMS) y a las que quepa asignar la función de efectuar esa actividad, como tampoco se dan las condiciones económicas necesarias para que las empresas italianas deseen penetrar en ese mercado aprovechando la oportunidad que les ofrece la normativa vigente. Por último, cabe resaltar la peculiaridad del sistema de distribución italiano en el sector de los cigarrillos (extensos poderes de control de la AAMS sobre la actividad de los almacenes y los expendedores, la arraigada costumbre de almacenes y expendedores de tener como único interlocutor comercial a la AAMS, etc.). Se llega, pues, a la conclusión, de que las empresas extranjeras no disponían (y aún no disponen) de una alternativa válida que les permita hacer una elección distinta, y que, por tanto, esas empresas, están obligadas a contratar con la AAMS.

Por consiguiente, la AAMS es actualmente el único operador presente en el mercado italiano de venta al por mayor de cigarrillos, por lo que, en la práctica, ostenta una posición de monopolio.

En el curso del procedimiento, la AAMS ha alegado que, a partir del 1 de enero de 1993, las empresas extranjeras pueden confiar la distribución al por mayor de sus cigarrillos a los numerosos operadores comerciales titulares de depósitos fiscales que actualmente se utilizan para comercializar los restantes productos sujetos a impuestos especiales (que tienen, por tanto, un tratamiento administrativo y contable similar al de los cigarrillos) ([11]).

En respuesta a esas alegaciones, cabe argüir que los titulares de los depósitos fiscales que desearan aprovechar la oportunidad que les concede la citada normativa de distribuir también cigarrillos se enfrentarían a obstáculos económicamente insuperables. En primer lugar, la normativa italiana exige que las labores del tabaco se guarden en locales separados de los destinados al depósito de los demás productos sujetos a impuestos especiales (por ejemplo, las bebidas alcohólicas), por lo que los operadores económicos interesados tendrían que efectuar importantes inversiones.

([10]) Artículo 1 de la Ley nº 724/1975.

([11]) Mediante el Decreto-ley de 31 de diciembre de 1992, convertido en la Ley nº 427, de 29 de octubre de 1993, se incorporó al ordenamiento jurídico italiano la Directiva 92/12/CEE del Consejo (DO L 76 de 23. 3. 1992, p. 1), cuya última modificación la constituye la Directiva 96/99/CE (DO L 8 de 11. 1. 1997, p. 12), relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

Por otra parte, los posibles compradores de cigarrillos (esto es, las expendedurías) se distinguen claramente de los clientes de los otros productos sujetos a impuestos especiales (por ejemplo, en el caso de las bebidas alcohólicas, los detallistas del sector de la distribución alimentaria). Esto supone la creación de una nueva estructura de transporte y de distribución, sin que, por otro lado, existan sinergías con la estructura de distribución preexistente.

Por último, ha de tenerse en cuenta que las cuotas de mercado del conjunto de los fabricantes extranjeros (descontado Philip Morris, que está vinculado a la AAMS por un contrato de licencia) son extremadamente reducidas (en torno al 7 %) y que, en consecuencia, no existe el suficiente incentivo económico para las empresas que desearan competir con la AAMS desarrollando la actividad de distribución de tabaco al por mayor. A este respecto, es obvio que los expendedores no estarían interesados en proveerse en un mayorista distinto que sólo pudiera facilitarles una mínima parte de los cigarrillos que precisan.

Por consiguiente, se llega a la conclusión de que la AAMS ocupa una posición dominante, según lo descrito en el artículo 86 del Tratado, en el mercado italiano de distribución de cigarrillos al por mayor.

3. *La posición de la AAMS en el mercado italiano de distribución al por menor*

(32) En relación con el mercado de venta al por menor, es necesario subrayar que el Estado italiano ha prohibido a la AAMS que venda los cigarrillos directamente al por menor. La AAMS conserva, en cambio, la facultad administrativa exclusiva de expedir las autorizaciones para el ejercicio de la venta al por menor. Ahora bien, estas autorizaciones no suponen el ejercicio de una actividad empresarial, puesto que:

— corresponden a una actividad de autoridad pública consistente en dictar actos administrativos que tienen el carácter de concesión y habilitan para el ejercicio de la venta de cigarrillos,

— el hecho de que la venta al por menor esté subordinada a las autorizaciones expedidas por la AAMS no basta para demostrar que esta última controla económicamente las expendedurías. Por tanto, el control que la AAMS ejerce, en la práctica, sobre dichos establecimientos no es suficiente para eliminar la autonomía de acción de éstos en el mercado. Así pues, las expendedurías son empresas autónomas frente a la AAMS, tanto jurídica como comercialmente, y compiten entre sí.

De este modo, se llega a la conclusión de que la AAMS no está presente en el mercado de venta de cigarrillos al por menor ([12]).

([12]) Sentencia de 14 de diciembre de 1995, en el asunto C-387/93, Banchero, Rec. 1995, p. I-4663.

IV. **Los abusos de posición dominante**

(33) Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ([13]), el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a aquellos actos de una empresa que ostenta una posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, precisamente como consecuencia de la presencia de esa empresa, el grado de competencia ya es limitado, y que tienen por objeto obstaculizar, por medios diferentes a los que rigen en una competencia normal entre productos o servicios basada en las prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento del grado de competencia ya existente en el mercado o el desarrollo de esa competencia.

1. *Los contratos de distribución*

(34) Como se indicó en el considerando 31, la AAMS ocupa una posición dominante en el mercado de distribución de cigarrillos al por mayor, pues es el único operador presente en ese mercado. De este modo, las diversas empresas extranjeras han optado siempre por recurrir a la AAMS para la distribución de sus cigarrillos en Italia.

Habida cuenta de lo expuesto en el considerando 31, parece lógico suponer que la decisión adoptada por las empresas extranjeras de recurrir a la AAMS para distribuir sus cigarrillos en Italia, celebrando a tal fin un contrato de distribución, se haya debido a comprensibles razones de índole económico-comercial.

Ahora bien, examinando el contrato de distribución actualmente utilizado se observa que algunas cláusulas confieren a la AAMS el derecho sin paliativos de controlar y, siempre que lo juzgue oportuno, intervenir en numerosas decisiones de la empresa extranjera en asuntos que deben considerarse esenciales para la libre competencia de esta última. De este modo, en virtud de las cláusulas previstas en el contrato de distribución, la AAMS puede limitar las iniciativas de las empresas italianas en el mercado italiano y en el ámbito de la competencia, protegiendo así las ventas de sus propias marcas.

Sin embargo, esas cláusulas han sido impuestas por la AAMS, ya que es ella la que decide unilateralmente el texto del contrato de distribución, mientras que las empresas extranjeras se ven obligadas a escoger entre la adhesión al contrato tal y como ha sido redactado por la AAMS y la renuncia a valerse de ésta para distribuir sus productos en Italia. Ante su fuerte dependencia de la AAMS, las empresas extranjeras han tenido que aceptar íntegramente las cláusulas impuestas por aquélla, si bien manifestando su descontento.

([13]) Sentencia de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche/Comisión, Rec. 1979, p. 461, apartado 91.

En conclusión, la AAMS, abusando de la posición dominante que ocupa en el mercado de la distribución al por mayor de cigarrillos, ha incluido en los contratos de distribución cláusulas que le permiten controlar y, en su caso, oponerse a las iniciativas tomadas por las empresas extranjeras en el ámbito de la competencia, al objeto de proteger sus propias ventas.

1.1. Cláusulas sobre la introducción de nuevas marcas de cigarrillos en el mercado

1.1.1. Cláusula sobre el límite temporal para la introducción de nuevas marcas de cigarrillos en el mercado

(35) El apartado 3 del artículo 1 del contrato de distribución prevé que la AAMS puede autorizar a las empresas extranjeras a introducir nuevas marcas sólo dos veces al año.

Esta cláusula limita las posibilidades de la empresa de lanzar nuevas marcas de cigarrillos en el mercado italiano en el momento en que lo considere más oportuno. A este respecto, no hay que olvidar que en algunas marcas de cigarrillos influye mucho la estación. Por ello, una empresa extranjera puede estar especialmente interesada en introducir una marca en una determinada fecha, sin tener que verse obligada a esperar el momento del año en el que la AAMS decida pronunciarse al respecto basándose en la disposición antes mencionada. Cabe además imaginar que un fabricante desee lanzar una marca nueva simultáneamente en toda la Comunidad. En este caso, la tardía introducción de la marca en Italia hará que el fabricante tenga que modificar injustificablemente su estrategia, lo que puede perjudicar su competitividad.

Se llega a la conclusión de que la imposición de la cláusula que limita a dos veces al año la posibilidad de introducir en Italia nuevas marcas restringe la competitividad de la empresa extranjera y constituye, por tanto, un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.

1.1.2. Cláusula sobre las cantidades máximas de cigarrillos de nuevas marcas que pueden introducirse en el mercado

(36) El apartado 5 del anexo B del contrato de distribución dispone que las cantidades de cigarrillos de nuevas marcas no pueden sobrepasar los 5 000 kilos y el apartado 6 de dicho anexo dispone que, durante el primer año, los pedidos de la AAMS deben corresponderse con los del mes precedente.

A este respecto, procede recordar que un fabricante tiene que poder determinar libremente las condiciones y el sistema de lanzamiento de un nuevo producto, incluidas las cantidades que vaya a introducir en el mercado en el momento de ese lanzamiento. La disposición contractual antes citada priva a la empresa extranjera de tal posibilidad.

(37) Por otro lado, se llega a la conclusión de que esa cantidad es totalmente inadecuada para las exigencias del lanzamiento de un producto nuevo en el mercado italiano. En efecto, teniendo en cuenta que el pedido mínimo (para cada marca) que puede realizar un establecimiento de reventa es de un cartón, cabe deducir que como máximo un tercio de dichos establecimientos podrán recibir el nuevo cigarrillo (esto es, 25 000 expendedurías, sobre un total de aproximadamente 75 000) en el momento del lanzamiento. En cambio, es preciso señalar que los cigarrillos de la AAMS y los fabricados bajo licencia no están sujetos a ese límite cuantitativo ([14]). En consecuencia, los cigarrillos de las empresas extranjeras están discriminados frente a los fabricados por la AAMS, sin justificación alguna ([15]).

En realidad, el objetivo de la citada disposición es obstaculizar el lanzamiento de nuevas marcas de cigarrillos extranjeras o, al menos, reducir el impacto de ese lanzamiento en el mercado. El resultado es una disminución de la capacidad competitiva de la empresa extranjera, puesto que la cláusula fija arbitrariamente, en un nivel extremadamente bajo, las cantidades que pueden introducirse en el mercado en el momento de lanzar el nuevo producto.

Cabe pensar que esa disposición tenga un efecto especialmente restrictivo si la empresa extranjera decide lanzar una nueva versión (por ejemplo, *light* o *ultra light*) de una marca ya muy difundida, ya que, en ese supuesto, la respuesta de los consumidores es probable que sea cuantitativamente importante.

De todo lo dicho se desprende que la disposición que limita las cantidades de los productos nuevos que pueden introducirse en el mercado en el momento del lanzamiento de los mismos y en el curso del siguiente año constituye una grave restricción de la capacidad competitiva de la empresa extranjera y, por tanto, su imposición es abusiva, según lo definido en el artículo 86 del Tratado.

1.2. Cláusulas sobre introducciones mensuales de cigarrillos en el mercado

1.2.1. Cláusula sobre las cantidades mensuales máximas de cigarrillos que pueden introducirse en el mercado

(38) El apartado 2 del anexo B del contrato de distribución dispone que las cantidades de cigarrillos de la empresa extranjera destinados a ser introducidos en el mercado italiano deben ser iguales a las cantidades vendidas el mes anterior.

([14]) En el curso del procedimiento, se han facilitado ejemplos de recientes lanzamientos de marcas nuevas de cigarrillos de la AAMS: en junio de 1996, primer mes de lanzamiento, la AAMS vendió 33 217 kilogramos de cigarrillos de la marca MS E. Slim y en julio de 1996, primer mes de lanzamiento, la AAMS vendió 35 543 kilogramos de cigarrillos de la marca MS Personal. Estas cantidades son casi siete veces superiores al máximo autorizado para los cigarrillos extranjeros.

([15]) En el curso del procedimiento, se ha señalado que los cigarrillos de la AAMS se distribuyen, de oficio, desde el primer mes de lanzamiento, a todos los almacenes y a todas las expendedurías.

Esta cláusula restringe la libertad de la empresa extranjera a la hora de fijar las cantidades de los productos destinados a venderse en el mercado. De este modo, se priva a la empresa extranjera de la posibilidad de actuar competitivamente en el mercado italiano y aprovechar al máximo las posibilidades que el mismo ofrece. Es preciso deducir que la citada cláusula tiene por objeto proteger la posición de mercado de los cigarrillos de la AAMS y, efectivamente, puede tener ese efecto de protección.

(39) La cláusula examinada no parece justificarse por necesidades objetivas de tutela de los legítimos intereses económicos o comerciales de la AAMS.

Ante todo, es necesario recordar que la capacidad de distribución de la AAMS es de aproximadamente 102 millones de kilogramos cigarrillos al año, esto es, muy superior a la demanda efectiva del mercado italiano (90 millones de kilogramos). Por tanto, la red de distribución de la AAMS es actualmente excedentaria, por lo que la AAMS podría responder favorablemente a las posibles solicitudes de aumento de las cantidades a distribuir que le presenten las empresas extranjeras, sin necesidad de reforzar sus estructuras de distribución.

Por otro lado, la mencionada cláusula no parece justificarse por la necesidad de garantizar una correspondencia entre las cantidades de cigarrillos extranjeros introducidos en la red de distribución de la AAMS y el «tirón» real del mercado, como había contrariamente alegado AMMS en el curso del procedimiento. A este respecto, cabe subrayar que la empresa extranjera no tiene interés alguno en introducir en la red de distribución de la AAMS cantidades de cigarrillos superiores a las que el mercado pueda absorber realmente. De hecho, la empresa extranjera está obligada a retirar, a su cargo, todos los cigarrilos que permanezcan mucho tiempo sin vender en los depósitos de la AAMS (artículo 10 del contrato de distribución). Además, si los cigarrillos permanecen mucho tiempo en los almacenes, la empresa extranjera debe sustituirlos por cigarrillos fabricados más recientemente.

Por último, señalemos que los cigarrillos fabricados por la AAMS, con marcas propias o bajo licencia, no están sujetos a limitaciones análogas, de manera que gozan de una notable ventaja competitiva frente a los cigarrillos fabricados en el extranjero.

(40) Se llega a la conclusión de que la imposición de esta cláusula constituye un abuso de posición dominante a efectos de lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, aun cuando admite la posibilidad de otorgar una excepción parcial.

1.2.2. Cláusula sobre el aumento de las cantidades mensuales de cigarrillos que pueden introducirse en el mercado

(41) El apartado 5 del artículo 2 del contrato de distribución prevé que la empresa extranjera pueda solicitar a la AAMS el aumento de las cantidades de cigarrillos destinadas al mercado italiano. No obstante, esta posibilidad se supedita a un triple requisito. En primer lugar, el aumento debe acordarse con la AAMS. En segundo lugar, dicho aumento no podrá ser superior al 30 % del «pedido mensual autorizado» (igual a las ventas del mes precedente). En tercer lugar, si se autoriza el aumento, la empresa extranjera está obligada a pagar un recargo sobre la contraprestación de la distribución, calculado sobre el conjunto de los cigarrillos vendidos, y no sobre las cantidades «adicionales» (apartado 6 del artículo 2 del contrato de distribución).

Estas disposiciones perjudican gravemente la libertad de competencia de la empresa extranjera. El fabricante debe poder fijar libremente las cantidades de sus productos que deben introducirse en el mercado. La necesidad de obtener el acuerdo de la AAMS para poder aumentar las cantidades persigue manifiestamente la finalidad de restringir las posibilidades de venta de los cigarrillos extranjeros. Limitar los aumentos al 30 % del «pedido mensual autorizado» daña seriamente la libertad de competencia de la empresa extranjera, impidiéndole adecuarse plenamente a la demanda existente en el mercado italiano. Esto provoca efectos especialmente dañinos en el caso de los cigarrillos, en cuyas ventas influye mucho la estación. Por ejemplo, puede suceder que la empresa extranjera no pueda satisfacer la demanda de una marca de cigarrillos que se vende especialmente en los meses de verano, teniendo que limitarse a aumentar en un 30 % las cantidades medias vendidas durante los meses menos propicios. Por último, la obligación de pagar a la AAMS una remuneración adicional, calculada sobre el conjunto de las cantidades vendidas, caso de producirse el aumento, no parece en modo alguno justificada. A este respecto, hay que tener presente que la contraprestación por la distribución está concebida de manera que al aumentar las cantidades vendidas disminuye aquélla, con arreglo a un sistema de tramos (por ejemplo, para las ventas comprendidas entre 1 y 3 millones de kilogramos la remuneración es de 3 400 liras italianas por kilogramo, mientras que en las ventas superiores a los 3 millones de kilogramos la remuneración es de 2 900 liras italianas por kilogramo). Así pues, en virtud de esta lógica, al aumentar las cantidades vendidas debería disminuir la contraprestación por la distribución, y no aumentar, como prevén las mencionadas cláusulas.

Por tanto, parece evidente que dichas cláusulas se deben exclusivamente al deseo de impedir que la empresa extranjera aumente, en función de la demanda del mercado, las cantidades vendidas en el mercado italiano, y que pueden, efectivamente, conseguir tal objetivo.

(42) La AAMS alega que la citada cláusula se justifica, en primer lugar, por la necesidad de evitar incurrir en un exceso de riesgo económico pagando cantidades de cigarrillos extranjeros superiores a la demanda del mercado. A este respecto, la AAMS señala que, en virtud del contrato de distribución, está obligada a comunicar a la empresa extranjera, dentro de los quince primeros días de cada mes, la cantidad de cigarrillos que haya salido de los depósitos, y, en un plazo de veinticinco días, una vez recibida la factura de la empresa extranjera, debe ordenar el pago. En la práctica, la AAMS está obligada contractualmente a efectuar el pago aproximadamente unos cincuenta días después de que los cigarrillos extranjeros hayan salido de los depósitos. La AAMS afirma también que, dado que ella sólo recibe el pago por los cigarrillos una vez que el minorista los adquiere al almacén, existe el riesgo de que la AAMS deba pagar con mucho anticipo.

Cabe señalar que la AAMS no ha facilitado datos sobre la permanencia media de los cigarrillos en los almacenes, limitándose a aducir un riesgo general de que los cigarrillos permanezcan en dichos almacenes demasiado tiempo ([16]). En cambio, en el curso de la audiencia, la empresa Rothmans indicó que la permanencia media en el almacén es de veinte días y que, por tanto, en general no existe ningún riesgo económico para la AAMS, sino, antes bien, una ventaja económica de treinta días (ya que la AAMS cobra en 20 días y paga en aproximadamente cincuenta).

Por otro lado, es lógico pensar que los almacenes adopten un comportamiento comercialmente racional y que, en consecuencia, no adquieran habitualmente cigarrillos extranjeros que no vayan a tener salida en mucho tiempo. Por el contrario, cabe suponer que los almacenes hagan sus pedidos a los depósitos basándose en la demanda real de los detallistas, de tal modo que el riesgo de permanencia prolongada (y el consiguiente riesgo financiero para la AAMS) debe excluirse normalmente.

(43) En segundo lugar, la AAMS afirma que la cláusula estaría justificada por la necesidad de evitar determinadas consecuencias económicas negativas. La AAMS considera que el hecho de que la empresa extranjera retire, a su cargo, los cigarrillos que lleven demasiado tiempo en los depósitos no evita a la AAMS determinados gastos, como, por ejemplo, los del transporte ferroviario entre la frontera italiana y el depósito, de descarga de los vagones, de almacenamiento y gestión de la mercancía. Sin embargo, la AAMS no ha cuantificado el importe de esos gastos.

En lo que se refiere a la necesidad de lograr tal objetivo, la cláusula parece desproporcionada, ya que las partes podrían prever otras medidas no restrictivas para tener en cuenta los gastos reales ocasionados a la AAMS por los cigarrillos que hayan quedado sin vender en los depósitos y que, por tanto, hayan sido retirados por la empresa extranjera.

Por último, las partes podrían fijar medidas contractuales semejantes en relación con el reembolso de los gastos ocasionados a la AAMS por los cigarrillos que hayan quedado sin vender en los almacenes (si bien esta hipótesis debe considerarse poco probable, por los motivos señalados en el considerando 42).

(44) De todo lo expuesto se deduce que la citada cláusula del contrato de distribución referida al aumento de las cantidades de cigarrillos extranjeros que pueden distribuirse en el mercado italiano limita gravemente la capacidad competitiva de la empresa extranjera y, por consiguiente, su imposición constituye un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.

1.3. Cláusulas sobre la presentación de los cigarrillos y el control de los mismos

1.3.1. Cláusula sobre la impresión del sello Monital en los cigarrillos

(45) El artículo 4 del contrato de distribución obliga a la empresa extranjera a imprimir el sello Monital (esto es, la abreviatura de Monopolios italianos) sobre cada uno de los cigarrillos destinados a ser vendidos en el mercado italiano.

Esta obligación no se justifica por la necesidad de distinguir los cigarrillos del mercado legal de los del mercado de contrabando. A esos efectos, basta con que figure en cada uno de los paquetes de cigarrillos la contraseña prevista en el artículo 4 de la Ley nº 724/1975, ya que los cigarrillos no pueden venderse sueltos.

([16]) La AAMS se limita a indicar que «puede ocurrir que los cigarrillos permanezcan también mucho tiempo en el circuito de distribución (esto es, en los propios almacenes mayoristas) antes de que el producto llegue a los minoristas, momento en el que la AAMS percibe de los estancos el precio de venta del producto».

Además, esa obligación supone dar publicidad a la AAMS a través del producto de un competidor. Por último, puede generar dudas en el consumidor sobre la identidad del fabricante de los cigarrillos.

Por consiguiente, se llega a la conclusión de que la imposición de esta cláusula constituye un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.

1.3.2. Cláusula sobre los controles de los cigarrillos

(46) Los controles previstos en el artículo 5 del contrato de distribución no pueden considerarse necesarios para garantizar el cumplimiento de la normativa vigente y, por tanto, su imposición por la AAMS carece de justificación. En consecuencia, la AAMS no puede exigir a la empresa extranjera un pago a tanto alzado por cada paquete de cada marca como retribución por esos controles.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el artículo 11 del contrato de distribución obliga a la empresa extranjera a proveer a la AAMS de cigarrillos acordes con la normativa italiana vigente en la materia. Esta normativa traspone la Directiva 89/622/CEE del Consejo ([17]), modificada por la Directiva 92/41/CEE ([18]), sobre el etiquetado de los productos del tabaco, y la Directiva 90/239/CEE del Consejo ([19]) sobre el contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos, entre cuyos objetivos figura la eliminación de los obstáculos que se oponen al comercio intracomunitario y, por tanto, la eliminación de la necesidad de efectuar controles.

Además, estos controles no pueden justificarse alegando la necesidad de proteger a la AAMS frente a una posible responsabilidad por haber distribuido cigarrillos que incumplan la normativa vigente, pues, con arreglo a la Ley italiana nº 224 de 24 de mayo de 1988, por la que se incorpora la Directiva 85/374/CEE del Consejo ([20]) relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, el distribuidor sólo será responsable si no se puede identificar al fabricante.

En realidad, parece que los citados controles han provocado un retraso injustificado en el lanzamiento de nuevas marcas de cigarrillos extranjeros en el mercado italiano, ya que ninguna marca nueva puede comercializarse sin que, previamente, la AAMS haya finalizado los controles.

La imposición de la cláusula que obliga a la empresa extranjera a someterse a los controles de la AAMS y a pagar un importe fijo por tales controles constituye, por tanto, un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.

2. *Medidas unilaterales en relación con los cigarrillos importados*

2.1. Negativa a autorizar aumentos de las cantidades de cigarrillos importados

(47) En diversas ocasiones, la AAMS se ha negado a conceder a las empresas extranjeras el aumento de las cantidades de cigarrillos importadas solicitado por las mismas (véase, el considerando 17). Esta conducta ha impedido que las empresas extranjeras introduzcan en el mercado italiano las cantidades de cigarrillos que consideraban oportunas, debilitando de ese modo su situación competitiva.

En virtud del contrato de distribución, la AAMS tiene derecho a denegar cualquier solicitud de aumento superior al 30 % del pedido mensual autorizado, y, por debajo de ese porcentaje (esto es, aumentos de entre el 0,1 y el 30 %), la AAMS puede aceptar o no las solicitudes de aumento. Las negativas de la AAMS en los casos antes citados se referían a solicitudes admisibles, según lo previsto en el contrato (véase el considerando 17).

En sus alegaciones al pliego de cargos, la AAMS ha afirmado que las citadas negativas estaban justificadas, puesto que: a) en lo que se refiere a Reynolds, a 30 de junio de los años 1983, 1984, 1985 y 1986, con una cuota de mercado del 1,9, el 1,4, el 1,5 y el 1,6 %, respectivamente, los remanentes en los depósitos de la AAMS eran, en las fechas indicadas, iguales al 3,47, el 1,78, el 1,60 y el 1,79 %, respectivamente; b) en cuanto a Rothmans, a 30 de junio de los años 1983, 1984, 1985 y 1986, con una cuota de mercado del 2,4, el 2,1, el 1,9 % y el 1,8 %, respectivamente, los remanentes en los depósitos de la AAMS eran, en las fechas indicadas, iguales al 3,7, el 2,87, el 2,95 y el 3,06 %, respectivamente.

Cabe señalar que la comparación entre las cuotas de mercado de una empresa extranjera y el porcentaje de esa empresa sobre el total de las existencias disponibles en los depósitos es totalmente irrelevante a efectos de justificar el comportamiento de la AAMS. Lo que en realidad importa es comprobar si la mercancía existente en los depósitos de la AAMS bastaba para satisfacer la demanda efectiva del mercado con respecto a una determinada marca de cigarrillos (y no para el conjunto de marcas de una determinada empresa extranjera) en un cierto período del año. La AAMS no ha aportado ninguna información que permita hacer esa evaluación.

([17]) DO L 359 de 8. 12. 1989, p. 1.
([18]) DO L 151 de 11. 6. 1992, p. 30.
([19]) DO L 137 de 30. 5. 1990, p. 36.
([20]) DO L 210 de 7. 8. 1985, p. 29.

No obstante, a ese respecto, no está de más recordar que el propio contrato de distribución prevé que las existencias de cigarrillos (de una determinada marca cuyas ventas mensuales sean inferiores a 500 000 kilos) disponibles en los depósitos deben ser iguales al doble de la media mensual de las ventas (de esa marca) en el curso del año precedente (anexo B del contrato de distribución). Es preciso señalar que esa cláusula (a la que no se plantean objeciones en la presente Decisión) responde a una lógica comercial normal en la gestión de las existencias y que puede servir de parámetro para evaluar la aceptabilidad de las solicitudes de aumento presentadas por las empresas extranjeras.

Los datos facilitados por la AAMS no permiten distinguir entre las diversas marcas de cada una de las empresas extranjeras. Sin embargo, de los datos aportados por la AAMS en relación con el conjunto de las marcas se deduce que las existencias de los depósitos eran inferiores a las previstas en el contrato de distribución y que, por consiguiente, las solicitudes de aumento de las cantidades estaban justificadas.

En consecuencia, la negativa a conceder el aumento de las cantidades solicitadas por las empresas extranjeras constituye un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.

2.2. Comportamiento frente a los almacenes

(48) La AAMS controla la actividad de los almacenes a través de sus propios inspectores. En diversas ocasiones, los inspectores de la AAMS no se han limitado a ejercer los poderes de control que la normativa vigente confiere a la AAMS, sino que han tomado iniciativas independientes con el objeto de favorecer los cigarrillos nacionales y limitar las ventas de cigarrillos importados (véase el considerando 18). Tales iniciativas no entran en el ámbito de los poderes públicos de control de los almacenes que la normativa vigente confiere a la AAMS, por lo que deben considerarse actos de empresa. El hecho de que revistan la forma de acto administrativo no hace variar las conclusiones, sino que, antes bien, acentúa su carácter abusivo.

(49) El efecto restrictivo de ese comportamiento se ha dejado sentir especialmente en los casos en que la AAMS ha impuesto a los almacenes verdaderas cuotas de ventas aplicables a los cigarrillos de la AAMS y a los de las empresas extranjeras.

Se trata de actuaciones que no vienen impuestas por ninguna norma actualmente vigente, ni por disposición contractual alguna. En cambio, son manifiestamente contrarias a lo previsto en el artículo 12 del contrato de distribución, que establece el principio de la neutralidad del sistema de distribución.

(50) Por tanto, esa manera de obrar frente a los almacenes constituye un abuso de posición dominante, a efectos del artículo 86 del Tratado.

2.3. Comportamiento frente a las expendedurías

(51) La AAMS controla la actividad de las expendedurías a través de sus propios inspectores. En diversas ocasiones, los inspectores de la AAMS no se han limitado a ejercer los poderes que la normativa vigente confiere a la AAMS, sino que han tomado iniciativas independientes con el objeto de favorecer los cigarrillos nacionales y limitar las ventas de cigarrillos importados (véase el considerando 19). En esas ocasiones, los inspectores de la AAMS no han actuado en el ejercicio de la facultad de supervisión de los concesionarios de las expendedurías ([21]), sino con el fin exclusivo de favorecer específicamente la actividad empresarial de la AAMS, en perjuicio de sus competidores. Ese comportamiento no entra en el ámbito de los poderes públicos conferidos a la AAMS, por lo que debe considerarse una actuación de empresa tendente a incrementar las ventas de cigarrillos de AMMS respecto a las de las empresas extranjeras. El hecho de que revista la forma de acto administrativo no altera las conclusiones.

(52) El efecto anticompetitivo de ese comportamiento se ha dejado sentir especialmente cuando la AAMS ha impuesto a los expendedores la obligación de adquirir determinadas cantidades mínimas de cigarrillos nacionales o ha considerado excesivas, injustificadamente, las cantidades de cigarrillos extranjeros pedidas por aquéllos.

Se trata de actuaciones que no vienen impuestas por ninguna norma actualmente vigente, ni por disposición contractual alguna. En cambio, son manifiestamente contrarias a lo previsto en el artículo 12 del contrato de distribución, que establece el principio de la neutralidad del sistema de distribución.

(53) Por tanto, esa manera de obrar frente a los almacenes constituye un abuso de posición dominante, a efectos del artículo 86 del Tratado.

([21]) Con arreglo a la AAMS, la facultad de supervisión «es una facultad cuyo contenido no es otro que controlar que el ejercicio de la reventa se ajuste a las normas que el acto de concesión establece ... al respecto».

3. *Conclusiones en relación con los abusos de posición dominante*

(54) De cuanto antecede se deduce que la AAMS, aprovechando la posición dominante que ocupa en el mercado de distribución de cigarrillos al por mayor, ha actuado de forma abusiva con el fin de proteger y reforzar su posición en el mercado de los cigarrillos, recurriendo a métodos que no son los habitualmente empleados en el desarrollo de una competencia normal.

V. **El daño ocasionado al comercio entre los Estados miembros**

(55) El comportamiento antes descrito persigue el único objetivo de obstaculizar la introducción, distribución y venta en Italia de cigarrillos fabricados en otros Estados miembros, por lo que afecta manifiestamente al comercio entre los Estados miembros.

B. *ARTÍCULO 3 DEL REGLAMENTO Nº 17*

(56) Tal y como dispone el artículo 3 del Reglamento nº 17, si la Comisión comprueba que existe una infracción a las disposiciones del artículo 86 del Tratado puede obligar a las empresas a que pongan fin a la misma.

Por tanto, procede obligar a la AAMS a que ponga fin a las infracciones aún en curso, y a que adopte las medidas necesarias para impedir la persistencia o la reiteración de las infracciones comprobadas ([22]).

I. **El cese de las infracciones aún en curso**

(57) Para determinar qué infracciones están aún en curso hay que tener en cuenta las medidas adoptadas por la AAMS durante la instrucción del procedimiento y una vez incoado el mismo.

Por carta de 10 de octubre de 1997, la AAMS comunicó a la Comisión que había modificado el contrato-tipo de distribución, suprimiendo la cláusula que limita a dos veces al año la posibilidad de introducir nuevas marcas de cigarrillos [apartado 3 del artículo 1 del contrato, véase la letra b) del considerando 53 de la presente Decisión], y la cláusula que impone el sello Monital en los cigarrillos [apartado 1 del artículo 4 del contrato, véase la letra j) del considerando 15 de la presente Decisión]. Esta modificación se puso en conocimiento de las empresas extranjeras el 22 de septiembre de 1997.

([22]) En sentencia de 6 de marzo de 1974 (asuntos acumulados 6 y 7/73, Commercial Solvents/Comisión, Rec. 1974, p. 223), el Tribunal de Justicia estableció que la Comisión dispone de un poder discrecional que la faculta para adoptar medidas que garanticen la eficacia de su propia decisión, imponiendo a las empresas la obligación de obrar de determinada manera (apartado 45).

(58) Por las razones antes expuestas, la AAMS deberá modificar las demás cláusulas abusivas del contrato de distribución, esto es, la cláusulas mencionadas en las letras f), h) y k) del considerando 15, de manera que queden eliminados los aspectos abusivos señalados en los considerandos 36 a 44 y en el considerando 46.

II. **Las medidas destinadas a impedir la persistencia o la reiteración de las infracciones**

(59) Con el fin de que la Comisión pueda comprobar el cese de las infracciones y la imposibilidad de que vuelvan a producirse, es preciso imponer a la AAMS la obligación de que presente a la Comisión, sin demora, los nuevos contratos de distribución, modificados con arreglo a lo señalado en el considerando 58.

(60) En lo que se refiere a los actos unilaterales mencionados en el considerando 17, procede prohibir a la AAMS que, en el futuro, tome medidas con respecto a las empresas extranjeras que tengan efectos equivalentes a los de dichos actos.

En este sentido, resulta oportuno que la AAMS, durante un período de tres años, a contar desde la fecha de notificación de la presente Decisión, y dentro de los dos meses siguientes al final de cada año natural, presente a la Comisión una relación en la que se indique, para el año precedente, las cantidades de cigarrillos extranjeros distribuidos por la AAMS, y toda posible negativa (total o parcial) a distribuir esos cigarrillos.

(61) En lo que atañe a los actos unilaterales citados en los considerandos 18 y 19, es preciso tomar en consideración algunas medidas adoptadas por la AAMS en el curso de la instrucción y tras la incoación del procedimiento.

En primer lugar, cabe recordar que, mediante carta de 25 de julio de 1997, la AAMS remitió a la Comisión copia de una circular enviada el 16 de junio de 1997 por la Dirección General de la AAMS a todos los servicios de inspección zonales. En esa circular, la AAMS invitaba a todos los inspectores a «abstenerse de emprender iniciativas que puedan suponer una contravención del ... principio de neutralidad ... ya sea en relación con el tabaco de fabricación nacional, ya en relación con el tabaco extranjero». Además, la AAMS prohibía «cualquier iniciativa cuya finalidad sea condicionar de algún modo los pedidos de los expendedores, aun la mera predeterminación de las

cantidades fijas de productos, que resulta incompatible con la obligación de los estancos de abastecerse basándose en la demanda de los consumidores». Por último, la AAMS obligaba a todos los servicios de inspección a poner en conocimiento de la Dirección General todas las instrucciones que dichos servicios «tengan previsto impartir, en relación con la comercialización de las labores del tabaco, a los almacenes mayoristas o a los expendedores de productos sujetos a monopolio».

En segundo lugar, es preciso indicar que, mediante cartas de 25 de julio y 10 de octubre de 1997, la AAMS comunicó a la Comisión que, por circular de 18 de abril de 1997, había suprimido la obligación de que los expendedores contribuyeran al desarrollo de las ventas de cigarrillos de fabricación nacional, establecida en el apartado 4 del artículo 15 del pliego de condiciones para la concesión de las expendedurías de los productos sujetos a monopolio ([23]). La citada obligación se ha sustituido por la siguiente disposición: «El revendedor está obligado a garantizar una conducta neutral en la venta de tabaco, tanto nacional como extranjero, así como en la presentación del mismo, que debe hacerse en los envases comerciales habituales» (apartado 4 del artículo 14 del nuevo pliego de condiciones). Esa nueva disposición se recordaba en la circular de 16 de junio de 1997, antes citada. Mediante circular de 24 de septiembre de 1997, la Dirección central de la AAMS envió a todos los servicios de inspección el texto del nuevo pliego de condiciones para la concesión de las expendedurías de los productos sujetos a monopolio, que introduce varias modificaciones, entre otras la acabada de mencionar. Además, en esa circular se dispone que «A fin de dar puntual conocimiento del nuevo texto que se adjunta a todos los expendedores de productos sujetos a monopolio, los Directores de los servicios de inspección zonales reproducirán dicho texto en número de ejemplares suficiente para el número de revendedores asignados a los almacenes mayoristas de la correspondiente zona, encargando a los administradores de los almacenes que los entreguen individualmente a los estanqueros, que deberán firmar un acuse de recibo». Asimismo, mediante circular de 24 de septiembre de 1997, la AAMS remitió a los servicios de inspección el texto del nuevo pliego de condiciones para la concesión de las expendedurías de los productos sujetos a monopolio ([24]). El nuevo texto suprime la obligación de contribuir al desarrollo de las ventas de cigarrillos de fabricación nacional, que incumbía a los almacenes, y confirma el principio de neutralidad en la distribución. Esa misma circular obliga a los inspectores a comunicar el nuevo texto a los almacenes pertenecientes a sus respectivas zonas.

Habida cuenta de lo anterior, no se considera necesario imponer a la AAMS medidas específicas que garanticen que no se repitan los actos abusivos mencionados en los considerandos 18 y 19.

C. *ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO Nº 17*

(62) Cuando, intencionadamente o por negligencia, las empresas cometen una infracción contra lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, la Comisión, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17, puede imponerles multas que pueden oscilar entre un mínimo de 1 000 ecus y un máximo de 1 000 000 de ecus, siendo posible aumentar este último importe en hasta el 10 % del volumen de negocios realizado durante el precedente ejercicio económico de la empresa. Para determinar el importe de la multa ha de tenerse en cuenta, además de la gravedad de la infracción, la duración de la misma.

La infracción debe imputarse a la AAMS que, aunque carece de personalidad jurídica propia, es una empresa a efectos del artículo 86 del Tratado. Por otra parte, cabe señalar que la AAMS dispone de autonomía de organización (en especial, patrimonial) y de individualidad jurídica propia (véase el considerando 21).

En el presente caso, parece oportuno sancionar con multa la conducta de la AAMS. Para fijar el importe de la multa debe tenerse en cuenta la gravedad y duración de la infracción, así como la posible existencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

I. **Gravedad de la infracción**

(63) Para evaluar la gravedad de la infracción, es preciso atender a la naturaleza de la misma, el impacto sobre el mercado y la extensión del mercado geográfico de referencia.

1. *Naturaleza de la infracción*

(64) Las infracciones del artículo 86 del Tratado cometidas por la AAMS forman parte de una política específicamente dirigida a obstaculizar, sistemática y gravemente, el acceso de los fabricantes competidores al mercado italiano de cigarrillos, así como a limitar sus posibilidades de expansión en dicho mercado.

([23]) El pliego de condiciones para la concesión de las expendedurías de los productos sujetos a monopolio es una medida estatal y no es objeto del presente procedimiento. No obstante, la modificación del mismo se trae a colación como dato útil para evaluar si es necesario imponer a la AAMS medidas específicas que garanticen que no se repita el comportamiento abusivo constatado.

([24]) Véase la nota 23 a pie de página.

(65) Los actos contrarios a lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado han sido realizados por la AAMS deliberadamente. De hecho, con esos actos, la AAMS intentaba, en concreto, obstaculizar seriamente el acceso de los fabricantes competidores al mercado italiano de cigarrillos.

A este respecto, cabe recordar que, en diversas ocasiones, algunas empresas extranjeras han llamado expresamente la atención de la AAMS sobre el hecho de que numerosas cláusulas del contrato de distribución no parecían atenerse a la normativa comunitaria en materia de competencia.

2. *Efectos sobre el mercado*

(66) Para determinar las repercusiones concretas de la infracción sobre el mercado, es necesario tener en cuenta dos factores: la existencia de medidas estatales restrictivas y la evolución del mercado italiano de cigarrillos.

(67) En primer lugar, cabe considerar que las dificultades de acceso al mercado italiano (y de desarrollo en el mismo) experimentadas por las empresas extranjeras deben achacarse, en gran parte, a algunas medidas adoptadas por el Estado italiano en el curso del período considerado. En este sentido, es preciso señalar que:

— en diversos períodos, el Ministerio de Finanzas se ha abstenido de aprobar los decretos para efectuar las inscripciones en la tarifa de las nuevas marcas de cigarrillos solicitadas por las empresas extranjeras (más en concreto, en el período de 1992 a 1997 no se aprobó ningún decreto de inscripción en la tarifa de cigarrillos extranjeros) y, por tanto, esas marcas nuevas no han podido introducirse en el mercado italiano ([25]). Estas medidas estatales de omisión hicieron que, en la práctica, las cláusulas relativas a la introducción de nuevas marcas de cigarrillos en el mercado [véanse las letras c) y f) del considerando 15] resultaran inútiles e inoperantes durante esos períodos;

— durante la totalidad del período en que se cometieron las infracciones, los revendedores venían obligados, en virtud del artículo 15 del pliego de condiciones, a contribuir a la expansión de los cigarrillos de producción nacional ([26]). Cabe, pues, considerar que, también en este caso, las consecuencias negativas de esa medida estatal sobre la evolución de las ventas de cigarrillos extranjeros neutralizaron, en parte, las cláusulas contractuales;

— hasta agosto de 1993, Italia no había adecuado su normativa a las disposiciones comunitarias relativas a los sistemas de fijación de los precios de venta al público de las labores del tabaco importadas ([27]). Hasta esa fecha, la normativa italiana no permitía a las empresas extranjeras fijar libremente los precios de venta al público de sus cigarrillos y, por tanto, limitaba la capacidad de competencia de dichas empresas. Esa normativa podía, además, obstaculizar la expansión de los cigarrillos importados en el mercado italiano, al negarse a las empresas extranjeras la libertad de fijar el precio de sus cigarrillos en función de sus propias estrategias de mercado.

(68) En segundo lugar, procede subrayar que, en el curso del período durante el cual se cometió la infracción, las cuotas de mercado de la AAMS disminuyeron constantemente de manera muy significativa. Pese a la infracción y a las medidas estatales restrictivas, antes señaladas, la AAMS no consiguió invertir la tendencia negativa de las ventas de sus propios cigarrillos en el mercado italiano. Como mucho, la conducta infractora puede haber ralentizado la caída de las cuotas de mercado de la AAMS, que, sin esa conducta, podría haber sido aún más significativa.

([25]) A este respecto, es preciso señalar que la normativa italiana exige, como condición *sine qua non* para comercializar en Italia una marca nueva de cigarrillos, la publicación en el Diario Oficial de la República Italiana de un decreto del ministro de Finanzas que inserte esa marca en tablas específicas (artículo 2 de la Ley nº 825 de 13 de julio de 1965, relativa al régimen de imposición fiscal sobre los productos sujetos a monopolio de Estado, modificado por el artículo 27 del Decreto-ley nº 331 de 30 de agosto de 1993, convertido en la Ley nº 427, de 29 de octubre de 1993, GURI nº 225, de 29. 10. 1993, y por el artículo 9 de la Ley nº 76, de 7 de marzo de 1985, GURI 65, de 16. 3. 1985). El desarrollo de ese procedimiento debe, pues, considerarse, a todos los efectos, condición necesaria para la comercialización de nuevas marcas de cigarrillos.

([26]) Véase, el considerando 61 y la nota 23.

([27]) Artículo 5 de la Directiva 72/464/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco, DO L 303, de 31. 12. 1972, p. 1 (esta materia está regulada actualmente por el artículo 9 de la Directiva 95/59/CE, del Consejo, DO L 291 de 6. 12. 1995, p. 40). Hasta agosto de 1993, la normativa italiana (artículo 2 de la Ley nº 825/65) establecía que «la inserción de cada uno de los productos sujetos a monopolio fiscal en las tarifas . . .y sus variaciones las efectúa el ministro de Finanzas, a la vista de los precios pedidos por los proveedores, en lo que atañe a los productos importados, oído al respecto el Consejo de Administración de los monopolios del Estado, y a la vista de los precios propuestos por ese Consejo de Administración en lo que se refiere a los restantes». El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró que Italia había incumplido las obligaciones a que estaba sujeta en virtud del artículo 5 de la Directiva 72/464/CEE al mantener en vigor la citada normativa, ya que esta última no preveía expresamente y no implicaba claramente la obligación, por parte de la autoridad administrativa, de respetar, en las condiciones y dentro de los límites establecidos por la Directiva, el principio de libre determinación, por los fabricantes y los importadores, de los precios máximos de las labores del tabaco importadas en Italia (sentencia de 28 de abril de 1993, en el asunto C-306/91, Rec. 1993 p. I-2133). Para adaptar su normativa a esa sentencia, Italia aprobó el Decreto-ley 331/93, cuyo artículo 27, que modifica el citado artículo 2 de la Ley nº 825/65, dispone que «los precios de venta al público y sus variaciones se establecerán con arreglo a los solicitados por los fabricantes y los importadores».

3. *Extensión del mercado geográfico de referencia*

(69) Cabe considerar que los efectos contrarios a la competencia de la conducta infractora afectan a un solo Estado miembro, Italia.

4. *Conclusiones sobre la gravedad de la infracción*

(70) De cuanto antecede se deduce que los hechos analizados, por un lado, constituyen infracciones cuya naturaleza y objeto son especialmente anticompetitivos, y, por otro, en la práctica, han afectado al mercado de forma relativamente reducida y limitada a un solo Estado miembro.

A la luz del conjunto de factores antes mencionados, se llega a la conclusión de que los hechos considerados constituyen una infracción grave.

(71) Dado que el importe de la multa debe fijarse, en función de la gravedad, de manera que pueda resultar suficientemente disuasivo para evitar que se repita cualquier conducta infractora, resulta oportuno establecer un importe de 3 000 000 de ecus.

II. **Duración de la infracción**

(72) Los actuales contratos-tipo de distribución surten efectos desde el 1 de enero de 1995 y vencerán el 31 de diciembre de 1998. El contenido de las cláusulas abusivas de esos contratos es idéntico al de las correspondientes cláusulas de los precedentes contratos-tipo de distribución, celebrados a principios de 1985 y vencidos el 31 de diciembre de 1993. A su vez, los contratos-tipo de distribución de 1985 reproducían las cláusulas de los precedentes contratos-tipo (sin embargo, estos últimos no se toman en consideración en la presente Decisión). Con arreglo a la información de que dispone la Comisión, la infracción viene produciéndose desde hace al menos trece años (esto es, desde antes de 1985).

Por otra parte, los comportamientos abusivos unilaterales (véanse los considerandos 16 a 19) se extienden a lo largo de siete años (de 1990 a 1996).

(73) De cuanto antecede se deduce que la infracción ha sido prolongada, por lo que resulta oportuno incrementar el importe fijado en función de la gravedad con un 100 % (esto es, 3 000 000 de ecus).

III. **Importe de base de la multa**

(74) Por cuanto antecede, el importe de base de la multa debe ser de 6 000 000 de ecus.

IV. **Circunstancias agravantes y atenuantes**

(75) No se aprecian circunstancias agravantes o atenuantes que justifiquen, respectivamente, un aumento o una disminución del importe de base antes mencionado.

V. **Importe de la multa**

(76) Por estos motivos, el importe de la multa debe fijarse en 6 000 000 de ecus,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Explotando la posición dominante que ocupa en el mercado italiano de distribución de cigarrillos al por mayor, la Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) ha realizado actos abusivos orientados a proteger su posición en el mercado italiano de cigarrillos, en infracción de lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, bajo forma de cláusulas impuestas en los contratos de distribución, indicadas en el artículo 2 y de medidas unilaterales, indicadas en el artículo 3.

Artículo 2

Las cláusulas impuestas abusivamente por AAMS en los contratos de distribución son las siguientes:

a) cláusula sobre el límite temporal para la introducción de nuevas marcas de cigarrillos en el mercado (apartado 3 del artículo 1);

b) cláusula sobre las cantidades máximas de cigarrillos de nuevas marcas que pueden introducirse en el mercado (apartados 5 y 6 del anexo B);

c) cláusula sobre las cantidades mensuales máximas de cigarrillos que pueden introducirse en el mercado (apartado 2 del anexo B);

d) cláusula sobre el aumento de las cantidades mensuales de cigarrillos que pueden introducirse en el mercado (apartados 5 y 6 del artículo 2);

e) cláusula sobre la impresión del sello Monital en los cigarrillos (artículo 4);

f) cláusula sobre los controles de los cigarrillos (artículo 5).

Artículo 3

Las medidas unilaterales de carácter abusivo, realizadas por AAMS, son las siguientes:

a) negativa a conceder a las empresas extranjeras el aumento de las cantidades mensuales de cigarrillos importadas, con arreglo a los contratos de distribución;

b) comportamiento frente a los almacenes y a las expendedurías, tendente a favorecer la venta de cigarrillos nacionales y a limitar la de los cigarrillos extranjeros.

Artículo 4

La AAMS dejará de cometer inmediatamente las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3, si aún no lo hubiere hecho. En particular, la AAMS modificará las cláusulas de los contratos de distribución aún en vigor, mencionadas en el artículo 2, de tal modo que queden eliminados los abusos comprobados en la presente Decisión. Comunicará los nuevos contratos de distribución a la Comisión.

Artículo 5

La AAMS pondrá fin a los actos señalados en los artículos 2 y 3 y no volverá a reiterarlos, absteniéndose, asimismo, de toda conducta de efectos equivalentes.

Con este fin, la AAMS, durante un período de tres años, a contar desde la fecha de notificación de la presente Decisión, y dentro de los dos meses siguientes al final de cada año natural, presentará a la Comisión una relación en la que se indique, para el año precedente, las cantidades de cigarrillos extranjeros distribuidos por la AAMS y toda posible negativa (total o parcial) a distribuir esos cigarrillos.

Artículo 6

Como consecuencia de los hechos que se citan en los artículos 2 y 3, se impone a la AAMS una multa de 6 000 000 de ecus.

La multa deberá abonarse en ecus, en el plazo de tres meses a partir de la notificación de la presente Decisión, en la cuenta de la Comisión de las Comunidades Europeas nº 310-0933000-43, Banque Bruxelles-Lambert, agence européenne, Rond Point Schuman 5, B-1040 Bruselas.

Una vez expirado dicho plazo, la multa devengará intereses de demora exigibles automáticamente al tipo calculado por el Banco Central Europeo el primer día laborable del mes en el que se ha adoptado la presente Decisión, con un incremento de 3,5 puntos porcentuales, es decir 7,75 %.

Artículo 7

La destinataria de la presente Decisión será la Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, Piazza Mastai, 11, 00153 Roma.

La presente Decisión constituirá título ejecutivo con arreglo al artículo 192 del Tratado.

Hecho en Bruselas, el 17 de junio de 1998.

Por la Comisión

Karel VAN MIERT

Miembro de la Comisión