CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GERHARD REISCHL *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El objeto de los ocho asuntos sobre los que he de pronunciarme hoy, acumulados a efectos del procedimiento y de la sentencia mediante auto del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1978, es una Decisión adoptada por la Comisión el 20 de julio de 1978 con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE. La Decisión tiene por objeto una serie de medidas que se aplicaron y aún se aplican en el mercado belga de labores del tabaco.

A la hora de especificar las medidas de que se trata, procede distinguir entre el período anterior al 1 de diciembre de 1975 y el período posterior a dicha fecha.

Corresponden al primero de dichos períodos las medidas que –según la exposición que se hace en la Decisión de la Comisión– tenían el siguiente objeto:

– el reconocimiento de los mayoristas y minoristas de labores del tabaco por parte de la Fédération belgo-luxembourgeoise des industries du tabac («FEDETAB», una asociación constituida en 1946 que agrupa a la práctica totalidad de la industria de transformación del tabaco de Bélgica y Luxemburgo), así como la clasificación de los comerciantes en distintas categorías y la asignación de diferentes márgenes de beneficio a los comerciantes;

– el respeto de los precios de reventa establecidos por los fabricantes en el comercio al por mayor y en el comercio al por menor, contemplado en algunos de los acuerdos celebrados por la FEDETAB con la Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac (en lo sucesivo, «FNCG»);

– la limitación, por parte de la FEDETAB, del acceso a determinadas categorías de mayoristas;

– la prohibición, impuesta a los mayoristas, de revender a otros mayoristas y a determinados minoristas;

– la aplicación de plazos de pago uniformes en el suministro de mayoristas y minoristas;

* Lengua original: alemán.

– el respeto de la obligación, impuesta a los minoristas, de ofrecer un surtido mínimo.

El 1 de diciembre de 1975 –y con ello paso al período mencionado en segundo lugar– entró en vigor una recomendación aprobada por el Consejo de administración de la FEDETAB sobre la venta de cigarrillos en el mercado belga, a cuyo cumplimiento se habían comprometido los siete fabricantes que ahora actúan como demandantes. Dicha recomendación tiene por objeto:

– la división de los mayoristas y minoristas belgas en distintas categorías y la asignación a cada una de estas categorías de márgenes de beneficios máximos diferentes;

– la aplicación de plazos de pago uniformes en el suministro a los mayoristas y minoristas;

– el pago de una bonificación de fin de año a los mayoristas y minoristas.

La Comisión fue puntualmente informada de la primera parte de estas medidas –en lo sucesivo, me referiré a ellas, para diferenciarlas de la recomendación que acabo de mencionar, como las «medidas anteriores»– a principios de 1971, después de haber dirigido a la FEDETAB una solicitud de información con motivo de una denuncia presentada por una empresa belga.

El 2 de abril de 1974, la empresa GB-Entreprises SA (que, posteriormente, pasó a denominarse GB-Inno-BM), dedicada a la explotación de grandes superficies y conocida ya de este Tribunal con motivo de la sentencia de 16 de noviembre de 1977, Inno (13/77,↔ Rec. p. 2115), se dirigió a la Comisión para solicitar la iniciación de un procedimiento de infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado en relación con las «medidas anteriores» de que se trata. Dicha solicitud dio lugar a una Decisión de la Comisión de 29 de julio de 1974. En el marco de dicho procedimiento, el 18 de julio de 1975 la FEDETAB y sus miembros, entre los que se encuentran todas las demandantes en los presentes procedimientos, recibieron el pliego de cargos contemplado en el artículo 2 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62).

Mediante escritos de 10 y de 13 de octubre de 1975, otras dos empresas belgas, la empresa Mestdagh Frères & C^{ie}, dedicada a la venta de productos alimenticios en diversos supermercados y establecimientos, y la empresa Eugène Huyghebaert, que suministra a minoristas, comunicaron a la Comisión su intención de adherirse a la denuncia presentada por GB-Inno-BM. Así lo hicieron mediante un escrito de 17 de octubre de 1975, aparentemente recibido por la Comisión el 21 de octubre de 1975. El 22 de octubre de 1975 se celebró, en el marco de procedimiento iniciado mediante la Decisión de 29 de julio de 1974, una audiencia ante la Comisión en la que participaron la FEDETAB, varios de sus miembros y GB-Inno-BM. El representante de la empresa Huyghebaert, asimismo invitado a dicha

convocatoria, fue excluido de la audiencia a petición de las demandantes. Posteriormente, más concretamente el 13 de noviembre de 1975, se trasmitió a las demandantes la denuncia presentada por Mestdagh y Huyghebaert para que formularan sus observaciones al respecto. Sus observaciones fueron recibidas por la Comisión a finales de 1975 y principios de 1976; en julio de 1976, las demandantes volvieron a formular sus observaciones sobre la replica presentada por Mestdagh y Huyghebaert.

Por lo que respecta a la *recomendación* aprobada por la FEDETAB, fue notificada a la Comisión el 1 de diciembre de 1975. En este contexto, todas las demandantes declararon su intención de atenerse a la recomendación. Tras extender a la recomendación, mediante Decisión de 10 de mayo de 1976, el procedimiento ya pendiente ante la Comisión, el 17 de mayo de 1976 se comunicó un segundo pliego de cargos, y el 22 de septiembre de 1976 se celebró una segunda audiencia de las demandantes.

Todo ello dio lugar a la publicación, el 20 de julio de 1978, de la Decisión de la Comisión antes mencionada, dirigida a la FEDETAB y a las empresas productoras de labores del tabaco Cinta SA, Ets. Gosset SA, Jubilé SA, Vander Elst SA, Weltab SA, BAT Benelux SA –todas ellas con domicilio social en Bélgica– y Heintz van Landewyck Sàrl, una empresa de producción con domicilio social en Luxemburgo.

En el artículo 1 de la Decisión se declara que las antes mencionadas medidas anteriores relativas a la organización de la distribución de labores del tabaco en Bélgica debían considerarse decisiones de la asociación de empresas FEDETAB y acuerdos entre siete empresas de producción, las demandantes en los presentes procedimientos, y constituían sendas infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado en el período comprendido entre el 13 de marzo de 1962, fecha en que entró en vigor el Reglamento nº 17 (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), y el 1 de diciembre de 1975.

Según el artículo 2 de la Decisión, también la recomendación notificada a la Comisión por la FEDETAB y siete empresas de producción, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1975, constituía una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. A este respecto, se declaraba, asimismo, que la recomendación no podía acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

Por último, el artículo 3 de la Decisión establece que sus destinatarios están obligados a poner fin de inmediato a las infracciones contempladas en el artículo 2 y a abstenerse, en lo sucesivo, de emprender acto alguno que persiga el mismo fin que la recomendación de 1 de diciembre de 1975.

El 28 y el 29 de septiembre de 1978, los destinatarios de dicha Decisión interpusieron un recurso ante el Tribunal de Justicia contra la misma.

En él, solicitan al Tribunal (en el asunto 209/78) la anulación de los artículos 1 y 2 y del apartado 1 del artículo 3 de la Decisión o (el resto de las demandantes) de la Decisión en su totalidad.

En el escrito de interposición del recurso en el asunto 214/78, se solicita asimismo al Tribunal, con carácter subsidiario, que devuelva el asunto a la Comisión para que examine la procedencia de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado tanto de las medidas anteriores como de la recomendación.

En el asunto 215/78 se solicita además, con carácter subsidiario, la anulación del artículo 2 de la Decisión en la medida en que establece que no está justificada la aplicación a la recomendación de la FEDETAB del apartado 3 del artículo 85 del Tratadoy, en consecuencia, la anulación asimismo del apartado 1 del artículo 3 de la Decisión.

Por último, en el recurso en el asunto 218/78 se solicita, con carácter subsidiario, la anulación del artículo 2 y del apartado 1 del artículo 3 de la Decisión y, con carácter subsidiario en segundo grado, que se estimen las pretensiones formuladas con carácter subsidiario en el asunto 215/78.

Antes de pasar a examinar estas pretensiones, que la Comisión ha solicitado que sean desestimadas, me veo en la obligación de mencionar asimismo que se admitió la intervención en el procedimiento de varias partes coadyuvantes.

Las partes coadyuvantes en apoyo de las pretensiones de las demandantes son:

– la Association des détaillants en tabac asbl (ATAB), asociación constituida en 1966 que agrupa –actualmente– a 360 minoristas;

– la Association nationale des grossistes en produits manufacturés du tabac (AGROTAB), una asociación creada en 1976 en sustitución de la Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac (ANGIPMT), disuelta en 1976 y que, a su vez, había sustituido, junto a la Nationale Vereniging van Familiale Tabakgroothandelsondernemingen –NVFG–, a la Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac –FNCG–, creada en 1957, y

– la Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes (FNJ).

En apoyo de las pretensiones de la Comisión, intervinieron en el procedimiento:

– las antes mencionadas empresas GB-Inno-BM, Mestdagh y Huyghebaert, que actuaron como denunciantes ante la Comisión, y

– la Fédération belge du commerce alimentaire (FBCA).

Para el examen de las cuestiones objeto del presente litigio, realmente amplias, procederé del siguiente modo:

En primer lugar, me ocuparé de los motivos de las demandantes referidos al desarrollo del procedimiento administrativo ante la Comisión. A continuación, examinaré si la Comisión obró correctamente al estimar que las medidas relativas a la organización de la distribución de labores del tabaco en Bélgica estaban comprendidas dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y, por consiguiente, deben considerarse acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que tienen por objeto restringir la competencia dentro del mercado común y pueden afectar al comercio ente los Estados miembros. A continuación, deberá examinarse, en su caso, la cuestión de si se obró correctamente al denegar una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

I. El procedimiento administrativo llevado a cabo por la Comisión

En opinión de las demandantes, el procedimiento administrativo ante la Comisión no se desarrolló correctamente desde diversos puntos de vista. Así, sostienen que su derecho de defensa se vio lesionado al no haber podido examinar de forma suficiente el expediente administrativo de la Comisión. Además, las demandantes alegan que la Comisión obró indebidamente al negarse a oír a determinadas asociaciones de empresas. Por otra parte, la Comisión también basó su Decisión en las denuncias presentadas por Mestdagh y Huyghebaert, sin haber iniciado un procedimiento regular en materia de competencia a su respecto ni comunicar a los interesados la acumulación de dicho procedimiento con los demás procedimientos. Siempre según las demandantes, procede reprochar también a la Comisión la divulgación de secretos comerciales de las demandantes. Además, sostienen que, durante la audiencia convocada por la Comisión, no todos los funcionarios designados estuvieron presentes de forma permanente. Por último, las demandantes objetan asimismo que, en el pliego de cargos, se negara la posibilidad de una exención remitiéndose únicamente a uno de los cuatro requisitos mencionados en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, mientras la Decisión impugnada se refiere también al cumplimiento de los restantes requisitos para la exención, sin que las demandantes tuvieran la oportunidad de manifestar sus puntos de vista al respecto. Además, todo ello constituye, a juicio de las demandantes, una violación del artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos.

1. *Pretendido conocimiento insuficiente de los documentos administrativos reunidos por la Comisión*

Procede distinguir, a este respecto, diversos aspectos.

a) En la medida en que en tres de los recursos (209/78, 210/78 y 218/78) se afirma que la Comisión desestimó una solicitud de comunicación del expediente administrativo presentada por las deman-

dantes en agosto de 1978, es decir, *con posterioridad a la publicación de la Decisión impugnada*, los propios escritos de interposición de los recursos en los asuntos 209/78 y 218/78 aclaran que dicha indicación no puede considerarse motivo de anulación, sino que tan sólo sirve de fundamento a una solicitud de prueba (en el asunto 218/78) o a la salvedad relativa a la posibilidad de completar, en su caso, el escrito de interposición del recurso (en el asunto 209/78). También en el asunto 210/78 se aclaró, aunque sólo en la réplica, que no puede motivarse de este modo la pretensión de anulación de la Decisión impugnada.

No hay nada que añadir sobre la exactitud de esta opinión. De hecho, se trata de un comportamiento de la Comisión posterior a la conclusión del procedimiento administrativo que dio lugar a la Decisión impugnada y, por tanto, de un comportamiento que no pudo influir en modo alguno en el contenido de la Decisión. Por eso, tampoco es necesario profundizar ahora en la cuestión, que ya ha sido objeto de una discusión relativamente detallada, de si la reacción de la Comisión a dichas solicitudes –en el procedimiento se hizo referencia a respuestas orales y por escrito– fue suficiente y apropiada. Mi examen puede limitarse, en cambio, a otros aspectos del presente motivo de las demandantes.

b) Por lo que respecta a las solicitudes presentadas por las demandantes *durante* el procedimiento administrativo, la Comisión aseguró que en ningún momento recibió una petición para dar acceso a las demandantes a la totalidad de los expedientes administrativos. En particular –como subraya con razón la Comisión–, no cabe deducir dicha solicitud de determinadas formulaciones que figuran en las páginas 18 y 19 del acta de la segunda audiencia, celebrada en septiembre de 1976.

Por otra parte, la Comisión ha demostrado de forma convincente que atendió debidamente la solicitud de examinar determinados documentos. A raíz de la objeción formulada en la primera audiencia –que puede considerarse una solicitud pertinente– en el sentido de que las demandantes no tenían conocimiento de las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert, dichas denuncias les fueron trasmitidas de inmediato. También el escrito de la Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac de 2 de marzo de 1976 (y no, como se indica erróneamente, de 13 de febrero de 1976) solicitada, fundamentalmente, en un escrito de la FEDETAB de 21 de mayo de 1976 (citado en la p. 27 de la dúplica) fue efectivamente notificada a la FEDETAB. No obstante, en la medida en que en el escrito de la FEDETAB de 21 de mayo de 1976 se hace mención de la comunicación de todos los demás documentos, no puede pasarse por alto el contexto en el que se inserta dicha expresión. En efecto, con ella se hace referencia a los documentos a los que podía referirse la Comisión en la audiencia. Sin embargo, no llegó a producirse dicha comunicación, por el simple hecho de que, como se ha alegado sin discusión, la Comisión no hizo referencia a ningún documento en la audiencia. Además, tiene interés, a este respecto, el hecho de que, con

anterioridad a la publicación de la Decisión impugnada, aparentemente las demandantes no reaccionaran de manera inequívoca ante la comunicación, en su opinión insuficiente, de documentos.

c) Por otra parte, en mi opinión procede realizar las siguientes observaciones acerca de la tesis de las demandantes según la cual –dado que la Comisión sólo puede basarse en hechos sobre los cuales los interesados hayan podido manifestar sus puntos de vista– la Comisión estaba obligada, habida cuenta de que los interesados no podían conocer el contenido exacto de los expedientes administrativos, a comunicar, sin necesidad de que se presentaran solicitudes al efecto, todos los documentos en los que se expusieran hechos apreciados por ella y que, por consiguiente, cabe objetar el hecho de que, en su caso, no se comunicara a las demandantes el dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes:

– Con respecto a este último punto, la Comisión señaló, ciertamente con razón, que, con arreglo al artículo 10 del Reglamento nº 17, el dictamen del Comité Consultivo no se hace público; además, está dirigido únicamente a la Comisión, y no a los interesados. En consecuencia, no puede exigirse su presentación, ni siquiera en el procedimiento judicial, alegando únicamente, sin aportar indicios al respecto, que sólo así puede controlar el Tribunal de Justicia si se consultó debidamente al Comité Consultivo.

– Con respecto al resto de las alegaciones de las demandantes, recordaré que, en la jurisprudencia anterior de este Tribunal (sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64,↔ Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 491) se subrayó expresamente que, en un procedimiento en materia de competencia, no es necesario «comunicar la totalidad del expediente» a las partes, siendo el único elemento determinante (véase la sentencia de 14 de julio de 1972, BASF/Comisión, 49/69, Rec. p. 731) que «los interesados hayan sido informados de los elementos de hecho esenciales en los que la Comisión basa las imputaciones formuladas en su contra». A este respecto, las demandantes no pudieron rebatir la alegación de la Comisión según la cual les habían sido comunicados todos los elementos de hecho en los que se basó la Decisión impugnada y no habían podido mencionar ni un solo elemento de hecho ni circunstancia importantes sobre los que no hubieran podido manifestar sus puntos de vista durante el procedimiento administrativo.

En la medida en que las demandantes invocan, en contra de estos argumentos, la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76,↔ Rec. p. 512), en cuyo apartado 11 se señala que el respeto del derecho de defensa exige que la empresa interesada haya tenido la oportunidad, durante el procedimiento administrativo, de manifestar efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias alegados y sobre los documentos tenidos en cuenta por la Comisión para imputarle una infracción del artículo 86 del Tratado, cabe

decir que resulta difícil percibir en dicha sentencia una reorientación de la jurisprudencia en el sentido de la tesis de las demandantes. A mi juicio, la citada consideración del Tribunal debe entenderse más bien en el sentido de que el examen de los documentos con el fin de permitir la formulación de observaciones sobre determinados elementos de hecho sólo debe autorizarse cuando sea imprescindible –por ejemplo, cuando el valor probatorio de un documento sea objeto de litigio– para formular observaciones útiles sobre los elementos de hecho contenidos en el documento. Sin embargo, difícilmente puede afirmarse que tal es el caso de las circunstancias contempladas en los puntos 101, 102, 127 y 130 de la Decisión impugnada, a los que tantas veces se hizo mención en la audiencia. En este caso, se trata de informaciones de los productores sobre la aplicación de los plazos de pago y los márgenes comerciales, de la afirmación de que los criterios aplicados para la clasificación en las distintas categorías de comerciantes no sólo fueron criticados por las denunciantes, sino también por la principal asociación de mayoristas, y de la pretendida imposibilidad, para los comerciantes, de elegir las marcas de cigarrillos que desean vender y limitar su número en función de la demanda. A este respecto, me limitaré a remitirme a la declaración de la Comisión en el sentido de que las respuestas de los productores sobre la aplicación de la recomendación no tuvieron una importancia determinante para la Decisión, así como al hecho de que, en la Decisión de la Comisión, se otorga mayor importancia al *principio* de la concertación que a la forma de definir los criterios de clasificación. Igualmente, tampoco se ve ninguna razón por la cual las demandantes no hubieran podido manifestar sus puntos de vista sobre la evolución de las ventas de cigarrillos en Bélgica, las particularidades del sistema fiscal belga y sus efectos, el número de minoristas en otros Estados miembros y la comparación entre los servicios prestados en la fase de distribución por los distintos tipos de comerciantes, en la medida en que constituyan efectivamente aspectos pertinentes para la Decisión –lo que no puede decirse de todos estos elementos de hecho–, tras haber examinado los documentos utilizados a este respecto por la Comisión.

d) Así pues, no puede criticarse el procedimiento administrativo alegando que no se permitió a las demandantes el examen de los documentos que hubiera sido necesario para poder manifestar de manera útil sus puntos de vista sobre las imputaciones formuladas en su contra y que, de haberse permitido dicho examen, hubiera influido de manera determinante en el desarrollo del procedimiento y en su desenlace.

2. *La negativa a oír a determinadas asociaciones durante el procedimiento administrativo, supuesta causa de un esclarecimiento insuficiente de los hechos*

A este respecto, procede distinguir dos grupos de cuestiones diferentes.

Por una parte, se trata de las solicitudes de participación en la audiencia convocada sobre la recomendación presentadas por las propias asociaciones. Dichas solicitudes se presentaron:

– el 9 de junio de 1976, por parte de la Association des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac, una de las asociaciones constituidas tras la disolución de la FNCG y que, posteriormente, sería sustituida, en 1977, por la AGROTAB;

– el 1 de julio de 1976, por parte de la ATAB, y

– el 17 de septiembre de 1976, por parte de la Association des grossistes «Groupe Tabac», una Association de fait que integra a los principales mayoristas que pertenecieron en su día a la ANGIPMT y siguen siendo miembros de la AGROTAB.

Por otra parte, se trata de la solicitud presentada por la FEDETAB el 30 de junio de 1976 para que se oyera a dos asociaciones, a saber, por un lado, la ya mencionada «Groupe Tabac» y, por otro, la NVFG, ya citada al principio y unas de las dos asociaciones constituidas como Association de fait tras la disolución, en 1976, de la ANGIPMT.

a) Por lo que respecta, en primer lugar, a las solicitudes presentadas por las propias asociaciones, el apartado 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 establece lo siguiente a este respecto:

«En la medida en que la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros lo consideren necesario, podrán también oír a otras personas físicas o jurídicas. Si las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés suficiente solicitaren ser oídas, se deberá estimar su solicitud.»

Por otra parte, a tenor del artículo 5 del Reglamento nº 99/63 de la Comisión:

«Si las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés suficiente solicitaren ser oídas en aplicación del apartado 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17, la Comisión les concederá la oportunidad de manifestar sus puntos de vista por escrito en el plazo que determine.»

El artículo 7 de este mismo Reglamento establece lo siguiente a este respecto:

«1. La Comisión dará a las personas que lo hubieren solicitado en sus observaciones escritas la oportunidad de desarrollar verbalmente sus puntos de vista si aquéllas hubieran acreditado un interés suficiente a esos efectos, o bien si la Comisión se propusiera imponerles una multa o multa coercitiva.

2. La Comisión podrá igualmente dar a cualquier persona la oportunidad de expresar oralmente su punto de vista.»

Por último, en el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63 se dispone lo siguiente sobre las audiencias que debe realizar la Comisión:

«La audiencia no será pública. Las personas serán oídas por separado o en presencia de otras personas convocadas [...]»

De estas disposiciones se deduce que la Comisión dispone, en relación con la audiencia, de una cierta facultad de apreciación. El derecho a ser oído tan sólo existe cuando se acredita un interés suficiente y, aun en ese caso, en principio únicamente se tiene derecho a presentar observaciones por escrito. Las audiencias orales tan sólo se contemplan en los casos en que se acredite un interés suficiente a tal efecto o cuando la Comisión se proponga imponer a los interesados una multa o una multa coercitiva. Además, queda claro –en este sentido debe entenderse el artículo 9 del Reglamento nº 99/63– que los procedimientos contradictorios no constituyen la norma. Por lo demás, no albergo ninguna clase de dudas sobre la compatibilidad del Reglamento nº 99/63 con el Reglamento nº 17 del Consejo como las que invocaron las demandantes durante la vista en referencia, precisamente, a la exigencia de un procedimiento contradictorio. Al fin y al cabo, de la sentencia de 13 de julio de 1971, Deutscher Komponistenverband/Comisión (8/71, Rec. pp. 705 y ss., especialmente p. 710), puede deducirse que, en el caso de solicitudes de audiencia presentadas por terceros, es suficiente darles la oportunidad de aportar sus observaciones escritas con arreglo al artículo 5 del Reglamento nº 99/63.

En el presente procedimiento administrativo –según declaró la Comisión sin ser contradicha– presentaron observaciones escritas ATAB el 21 de octubre de 1974 y el 10 de septiembre de 1976 y el «Groupe Tabac» el 17 de septiembre de 1976, tratándose en ambos casos de observaciones sobre la denuncia de GB-Inno-BM y sobre el pliego de cargos de mayo de 1976. Además, el 5 de marzo de 1975, el 7 de octubre de 1975 y el 2 de marzo de 1976 se recibieron observaciones escritas de la ANGIPMT, a la que pertenecían los miembros del Groupe Tabac. Adicionalmente, parece haber habido conversaciones formales entre funcionarios de la Comisión y representantes de las asociaciones ATAB, ANGIPMT y NVFG, en concreto, el 8 de julio de 1974, el 13 de noviembre de 1974 y el 18 de marzo de 1976 con representantes de la ATAB, el 23 de septiembre de 1974 y el 26 de febrero de 1976 con representantes de la ANGIPMT, y el 29 de octubre de 1974 con representantes de la NVFG. Además, cabe citar las observaciones escritas presentadas por la Asociación Europea de Mayoristas de Labores del Tabaco (ETV) de 21 de febrero de 1975 y 7 de octubre de 1975 y por la Confédération européenne des détaillants en tabac (CEDT) de 11 de diciembre de 1974 y de 4 de noviembre de 1976, con cuyos representantes se mantuvieron asimismo conversaciones el 13 de noviembre de 1974 (CEDT) y el 18 de febrero de 1975 (ETV).

Si ya en virtud de todo ello resulta difícil hablar de vulneración del derecho de dichas asociaciones a ser oídas y defender los intereses particulares del sector de la distribución, debe tenerse en cuenta, asimismo, por lo que respecta a la negativa de la Comisión a permitir la participación de las mismas también en la audiencia, no sólo la circunstancia de que ATAB no representa en modo alguno a la totalidad de los mino-

ristas especializados, sino solamente a algunos cientos de ellos. También es importante el hecho de que, aparentemente, tras la respuesta definitiva de la Comisión y los posteriores escritos de ésta –como, por ejemplo, los remitidos en octubre de 1976– ninguna asociación sostuvo la afirmación de no haber sido oída. Además, la negación de la existencia de un interés suficiente en la celebración de una audiencia *oral* complementaria parece de todo punto justificada a la luz de la jurisprudencia pertinente, si se tiene en cuenta que los comerciantes no se habían adherido a la recomendación, razón por la cual tampoco les fueron notificadas las imputaciones relacionadas con la misma. Recordaré, a este respecto, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada (Rec. p. 501), en la que se subrayó expresamente que las empresas que no participen en un acuerdo no tienen derecho a ser oídas en el procedimiento que la Comisión inicie en relación con dicho acuerdo.

b) Por lo que respecta, por otro lado, a la solicitud presentada por la FEDETAB de oír a determinadas asociaciones, que también reviste interés en este contexto, resulta determinante el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 99/63, cuyo tenor es el siguiente:

«Para probar los hechos que invoquen [las empresas y asociaciones de empresas a las que, en su condición de interesadas, se les haya comunicado el pliego de cargos], podrán adjuntar tantos documentos como precisen. Podrán asimismo proponer que la Comisión oiga [a] las personas que puedan confirmar los hechos invocados.»

Junto a dicha disposición, también hay que tener en cuenta el apartado 2 del artículo 7 de dicho Reglamento, con arreglo al cual, aun no siendo así, la Comisión puede dar a cualquier persona la oportunidad de manifestar oralmente su punto de vista.

Así pues, la pretendida obligación de estimar las solicitudes de ser oído se puede fundamentar, a lo sumo –ya que está claro que el apartado 2 del artículo 7, al otorgar una facultad de apreciación a la Comisión, puede dejarse a un lado– en el apartado 3 del artículo 3 y, desde luego, sólo si en ellas se especifican personas concretas como testigos para confirmar determinados hechos.

No obstante, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes en el caso de autos, del escrito de la FEDETAB de 30 de junio de 1976 (véase el Anexo 3 del escrito de contestación de la Comisión a las observaciones formuladas por la AGROTAB) no se deduce que tal sea el caso. En dicho escrito se declara, en primer lugar, a petición de la Comisión, que la FEDETAB no tenía nada que objetar a la participación en la audiencia de representantes de la Association nationale des grossistes itinérants. A continuación, tan sólo se añade lo siguiente: «La FEDETAB souhaite cependant pour que la Commission soit complètement éclairée de convoquer également les associations suivantes» (a saber, la NVFG y la GT). Desde luego, eso no basta para acreditar un interés suficiente en la audiencia de las mencionadas asociaciones –no sólo por faltar toda referencia al artículo 3 del Reglamento nº 99/63, sino también por no men-

cionarse los hechos que debían ser confirmados en dicha audiencia–, algo que, por lo demás, tampoco se hizo en la propia audiencia. A esto se añade que la opinión según la cual la denegación de la audiencia solicitada no debe considerarse una vulneración del derecho de defensa se ve sustentada no sólo por el hecho de que la propia FEDETAB calificara a la NVFG de asociación insignificante que no desempeña papel alguno desde ningún punto de vista, sino también el que, aparentemente, tras la denegación de la solicitud, no se produjo una reacción decidida ni por parte de la FEDETAB ni por parte de las mencionadas asociaciones.

c) En consecuencia, es indudable que tampoco puede considerarse irregular el procedimiento administrativo alegando que se vulneraron las disposiciones de los Reglamentos nº 17 y nº 99/63 relativas a la audiencia de terceros.

3. *Las denuncias presentadas por Mestdagh y Huyghebaert y el procedimiento a que dieron lugar*

En octubre de 1975, dos empresas belgas, las sociedades Mestdagh Frères & C^ie^ y Huyghebaert, se adhirieron a la denuncia de GB-Inno-BM, lo que quedó registrado en la Comisión con un número administrativo especial. Las demandantes son de la opinión –en particular, teniendo en cuenta este último aspecto– de que, con ello, se dio inicio a un nuevo procedimiento específico. Partiendo de esta base, objetan que en ningún momento se les notificó una decisión sobre la acumulación de dicho procedimiento a otros procedimientos pendientes ante la Comisión en relación con el sistema de distribución de labores del tabaco y, en consecuencia, que no tuvieron ocasión de manifestar sus puntos de vista sobre los motivos determinantes para ello. Asimismo, objetan que, en el marco del procedimiento iniciado a raíz de las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert, cuyo carácter autónomo debían suponer, en ningún momento recibieron el pliego de cargos tras el inicio formal del procedimiento –por lo demás también inexistente–, y que nunca llegó a celebrarse una audiencia. A su entender, esto conduce necesariamente a la conclusión de que las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert no hubieran debido ser tenidas en cuenta y que, por lo tanto, debe considerarse irregular la conclusión de tres procedimientos mediante una única decisión.

a) En relación con este grupo de motivos, la Comisión señaló, en primer lugar, –a mi juicio, con razón– que sus procedimientos administrativos no obedecen a criterios formales en el sentido que pretenden las demandantes. No todas las denuncias sobre pretendidos comportamientos contrarios a la competencia, a cada una de las cuales se le asigna, por razones de orden administrativo, un número de registro, conducen necesariamente a un procedimiento autónomo, ni siquiera si se refieren a hechos que, en razón de una denuncia similar, son ya objeto de un procedimiento en materia de competencia. En una situación como esa, no se procede al inicio de un nuevo procedimiento, sino que la Comisión se limita a extender el procedimiento pendiente a la nueva denuncia, lo que en el presente caso se hizo mediante la Decisión de la Comisión de 10

de mayo de 1976. Así pues, no era precisa una decisión formal de acumulación de los procedimientos, que hubiera tenido que ser motivada y notificada a los interesados para que formularan sus observaciones al respecto. Bastaba, según la Comisión, con que quedara suficientemente claro que la Comisión incorporaba la nueva denuncia al examen de las cuestiones objeto de litigio en el procedimiento pendiente y que los interesados tuvieran la oportunidad de manifestar sus puntos de vista también sobre la nueva denuncia.

Ahora bien, en el presente caso está claro y es indiscutible que las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert presentadas en apoyo de la denuncia de GB-Inno-BM tenían, al menos en parte, el mismo objeto –también se referían a las denominadas medidas anteriores relativas a la distribución de labores del tabaco en Bélgica y sus efectos restrictivos de la competencia– y que los motivos alegados eran sustancialmente los mismos. De hecho, Mestdagh y Huyghebaert denunciaron como contrario a Derecho el conjunto del sistema de determinación colectiva de las condiciones comerciales por parte de los miembros de la FEDETAB, si bien la imputación más relevante desde su punto de vista se refería al trato preferente injustificado de que se beneficiaban determinados comerciantes. También reviste importancia el hecho de que, ya en septiembre de 1975, no sólo se hubiera comunicado al Abogado de la FEDETAB sus intenciones en este sentido –como señaló el abogado de Mestdagh y Huyghebaert en la audiencia celebrada en 1975–, sino que, además, en un escrito de 20 de octubre de 1975 de la Comisión a la FEDETAB, que ésta debía comunicar a sus miembros, se hacía referencia a la acumulación de las tres denuncias de que se trata y se mencionaba la necesidad de convocar a Mestdagh a la audiencia.

Por si no bastara, existen diversos indicios más que prueban que, para las demandantes, estaba perfectamente clara la estrecha relación existente entre estas denuncias. Así, en la audiencia celebrada en 1975, el Abogado de la FEDETAB declaró que sería deseable no iniciar un nuevo procedimiento a raíz de las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert, sino abordar el asunto en su conjunto. Además, tanto la respuesta de la FEDETAB a las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert como las respuestas de Jubilé y Vander Elst a esas mismas denuncias y las segundas observaciones presentadas por la FEDETAB al respecto hacían referencia de manera inequívoca al procedimiento iniciado a raíz de la denuncia de GB-Inno-BM. Por otra parte, en el escrito del Abogado de dos de las demandantes a la Comisión de 9 de junio de 1976 se destacaba la estrecha relación existente entre las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert y los problemas abordados en la recomendación FEDETAB, recalcando que dicha relación se había tenido en cuenta en la respuesta al segundo pliego de cargos. No menos importante es el hecho de que también otras demandantes declararan que tendrían en cuenta las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert en sus observaciones sobre el segundo pliego de cargos, reconociendo con ello la existencia de una relación de las mismas con la recomendación FEDETAB.

Lo que no comprendo es cómo se pretende criticar después como vicio de procedimiento el hecho de que la Comisión no declarara la acumulación de los procedimientos Mestdagh y Huyghebaert con el procedimiento GB-Inno-BM mediante una Decisión formal motivada y tras la formulación de las observaciones específicas de las demandantes al respecto.

b) Por lo demás, cuando se analiza si el proceder de la Comisión vulneró el derecho de defensa de los interesados y, en consecuencia, debe considerarse ilícito el hecho de que también los procedimientos Mestdagh y Huyghebaert se concluyeran mediante la Decisión impugnada, estimo que la respuesta tampoco puede sustentar las tesis de las demandantes.

A este respecto, procede recordar, antes que nada, que, con arreglo a la jurisprudencia (sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otras/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73,↔ Rec. pp. 1663 y ss., especialmente p. 1954), es perfectamente posible resolver sobre varias infracciones mediante una única decisión en materia de competencia; tan sólo es preciso asegurarse de que en la decisión no se formula ninguna imputación sobre la que los interesados no han tenido la oportunidad de presentar sus observaciones.

Por ello, no me parece que sea determinante el hecho de que, a raíz de las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert, no se dirigiera a las demandantes un pliego de cargos específico. El hecho determinante es, más bien, el que dichas denuncias fueran trasmitidas a todas las demandantes (también –como reconoce en su réplica– a la demandante en el asunto 209/78) y que éstas formularan sus observaciones al respecto mediante escritos de 17 de diciembre de 1975, 22 de diciembre de 1975, 5 de enero de 1976, 7 de enero de 1976, 20 de enero de 1976 y 21 de enero de 1976. Asimismo, importa el hecho de que Mestdagh y Huyghebaert presentaran su réplica a estas observaciones, por lo demás referida también a la recomendación, seguidas de nuevas reacciones de las demandantes mediante los escritos de 27 de julio de 1976, 28 de julio de 1976, 29 de julio de 1976 y 30 de julio de 1976. Además, el pliego de cargos de 1976, sobre el que las demandantes tuvieron la oportunidad de manifestar su opinión, abordaba la cuestión, planteada con especial insistencia por Mestdagh y Huyghebaert, del trato supuestamente discriminatorio dispensado a los comerciantes.

Por lo que respecta, sin embargo, a la cuestión de la celebración de una audiencia sobre las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert, cabe advertir que hubiera podido producirse ya el 20 de octubre de 1975 –como pretendía la Comisión– de no haberse opuesto las demandantes a la participación en dicha reunión del representante de Huyghebaert, que hubiera podido exponer en ella su denuncia, que por entonces aún no había sido trasmitida a las demandantes. Además, el 22 de septiembre de 1976 se celebró una segunda audiencia sobre la recomendación FEDETAB que fue precedida de unas observaciones de Mestdagh y Huyghebaert que también hacían referen-

cia a la recomendación, de modo que se puede suponer sin reparos que las demandantes tuvieron suficientes oportunidades para responder también a las opiniones de Mestdagh y Huyghebaert.

c) En consecuencia, la forma en que se tramitaron las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert en el marco del procedimiento administrativo no menoscabó el derecho de defensa de las demandantes reformulado en los Reglamentos nº 17 y nº 99/63, lo que hubiera sido motivo para la anulación de la Decisión de la Comisión en la medida en que, con ella, se concluyó también el procedimiento iniciado a raíz de las denuncias de Mestdagh y Huyghebaert.

4. *Violación de secretos comerciales*

Como hemos podido oír en el procedimiento, las observaciones de la FEDETAB de 22 de septiembre de 1975 fueron trasmitidas a la denunciante GB-Inno junto con sus anexos, en los que se detallaba la evolución de las ventas en Bélgica de 160 marcas de cigarrillos durante los cinco años precedentes, las compras de cigarrillos efectuadas por los mayoristas itinerantes, en su mayor parte especializados, y los plazos de pago respetados por 25 clientes importantes de los principales fabricantes belgas de cigarrillos. En opinión de las demandantes, ello constituyó una vulneración del artículo 20 del Reglamento nº 17, por tratarse, naturalmente, de secretos comerciales, como resultaba evidente por la inscripción «confidencial» que figuraba en las mismas. Al haber permitido así a la denunciante formular observaciones sobre datos a los que normalmente no hubiera tenido acceso, las demandantes sostienen que el procedimiento de investigación resultó falseado, de lo que, a su juicio, se deduce necesariamente la anulación de la Decisión de la Comisión con que culminó el mismo.

A este respecto, la Comisión sostuvo la tesis de que, en realidad, el contenido de los mencionados anexos, de los que, por lo demás, sólo dos estaban clasificados como confidenciales, cosa que no sucedía en el caso del anexo sobre las ventas de 160 marcas de cigarrillos, no puede considerarse secreto. Pero aun cuando así fuera, el interés por mantener el secreto debería supeditarse al interés de la Comisión por obtener una completa información y esclarecimiento de los hechos. En todo caso, la Comisión afirma que ello no falseó el procedimiento hasta el punto de poner en tela de juicio el mantenimiento de la Decisión impugnada.

A este respecto, la Comisión sostuvo la tesis de que, en realidad, el contenido de los mencionados anexos, de los que, por lo demás, sólo dos estaban clasificados como confidenciales, cosa que no sucedía en el caso del anexo sobre las ventas de 160 marcas de cigarrillos, no puede considerarse secreto. Pero aun cuando así fuera, el interés por mantener el secreto debería supeditarse al interés de la Comisión por obtener una completa información y esclarecimiento de los hechos. En todo caso, la Comisión afirma que ello no falseó el procedimiento hasta el punto de poner en tela de juicio el mantenimiento de la Decisión impugnada.

a) A este respecto, se plantea, en primer lugar, la cuestión de si, efectivamente, el contenido de los mencionados anexos debía calificarse como secreto.

Al respecto, de lo que no cabe duda es de que el elemento determinante no es el hecho de que una parte de los anexos hubieran sido expresamente calificados como confidenciales y otra no. Tampoco del apartado 3 del artículo 20 del Reglamento nº 17, cuyo tenor es el siguiente:

«Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no obstarán a la publicación de informaciones generales o de estudios que no contengan indicaciones individualizadas sobre las empresas o las asociaciones de empresas»,

se deduce necesariamente la conclusión de que todos los demás documentos deben considerarse secretos y no deben divulgarse. Por lo demás –y esto va en contra de la Comisión–, no es posible invocar como argumento, en este contexto, el arrêté royal belga de 8 de octubre de 1976, en el que se impone a las empresas la obligación de publicar su volumen de negocios. Pues, haciendo abstracción del hecho de que dicha disposición sólo existe desde 1976, por lo que no puede aplicarse a hechos anteriores correspondientes a 1975, está claro que dicha disposición no exige hacer públicos detalles del tipo de los que aquí interesan. Análogamente, tampoco creo que deba estimarse la observación de la Comisión de que las cifras fueron facilitadas por la FEDETAB y que, por consiguiente no podían considerarse secretas entre los *fabricantes*, dado que todos ellos, ya fuera a través de sus representantes en el Consejo de administración o con motivo de los controles previstos en el marco del sistema de distribución con respecto a los plazos de pago y la bonificación anual, tenían acceso a las informaciones de la FEDETAB. Pues ni siquiera el hecho de que algo sea conocido o fácil de conocer para todos los fabricantes excluye la posible existencia de un interés común a los fabricantes por mantenerlo en secreto frente a sus *clientes*.

En cambio, si se analiza el *contenido* de los anexos de que se trata, no se puede evitar la impresión, sin necesidad de recurrir al artículo 214 del Tratado, de que efectivamente se trata de datos que, desde luego, no deberían llegar a conocimiento de los clientes de los fabricantes en todos sus detalles. Así pues, en mi opinión, cabe concluir, de conformidad con la posición de las demandantes, que la Comisión tenía, en principio, la obligación de no divulgar a otros grupos los anexos de que se trata.

b) Partiendo de esta base, procede plantearse si acaso el deseo de la Comisión de esclarecer los hechos con la mayor exactitud posible puede servir de justificación a este respecto. En este sentido, la Comisión se remite al apartado 2 del artículo 20 del Reglamento nº 17, según el cual:

«Sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones de los artículos 19 y 21, la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros, así como sus funcionarios y otros agentes, estarán obligados a

no divulgar las informaciones que hayan recogido en aplicación del presente Reglamento, las cuales, por su propia naturaleza, se hallan amparadas por el secreto profesional.»

El hecho de que ello no obste a la aplicación del artículo 19 –el artículo 21 carece de interés a este respecto– sólo puede significar que la Comisión puede eludir la obligación de mantener el secreto en el marco de las audiencias a otras personas que considere necesarias con arreglo al apartado 2 del artículo 19.

A mi entender, no es necesario aclarar aquí de manera definitiva la manera concreta en que deben ponderarse los intereses por mantener el secreto y el interés por un completo esclarecimiento de los hechos efectivamente encomendado a la Comisión con arreglo al Reglamento nº 17; se trata de una cuestión planteada también, entre otras, en la sentencia Hoffmann-La Roche, antes citada, en la que se declara que la obligación establecida en el apartado 2 del artículo 20 debe compatibilizarse con el derecho de defensa. En efecto, no se nos ha demostrado de manera concluyente que la denunciante GB-Inno sólo pudiera formular observaciones útiles sobre las respuestas de las demandantes a las imputaciones de la Comisión tras la comunicación íntegra del escrito de la FEDETAB anteriormente mencionado con todos sus anexos. En la medida en que dicha comunicación se considerara en todo caso pertinente, lo que puede ponerse en duda por lo que respecta, al menos, a la evolución de las ventas de 160 marcas de cigarrillos en Bélgica, es innegable que hubiera sido suficiente hacerlo sin divulgar todos los detalles, por ejemplo, sobre los plazos de pago aplicados en cada caso y, en especial, sobre la identidad de las respectivas empresas. Así pues, cabe concluir que, en el presente caso, la Comisión no puede justificar la vulneración de su obligación de mantener el secreto por su intención de esclarecer los hechos lo más completamente posible con ayuda de la denunciante.

c) Evidentemente, esto no quiere decir que ello nos lleve necesariamente a la conclusión de que procede anular la Decisión de la Comisión, como sostienen las demandantes. A este respecto, es mucho más importante –cabe remitirse, en este sentido, por ejemplo, a la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, ↔ Rec. pp. 207 y ss., especialmente p. 305)– la cuestión de si la vulneración imputada a la Comisión influyó de manera decisiva en el desarrollo del procedimiento y de si cabe concluir que, de haberse desarrollado con toda regularidad, hubiera concluido con un resultado diferente. Sin embargo, eso es algo que no puede pretenderse en el presente caso a la vista del tipo de datos comunicados y de las observaciones formuladas al respecto por la demandante. En contra de esta tesis, las demandantes se remiten, a mi juicio equivocadamente, a la sentencia Hoffmann-La Roche, antes citada, en la que se señala que la Comisión no puede considerar hechos, circunstancias o documentos que considere que no está legitimada para divulgar a las empresas interesadas. A este respecto, lo único importante es que los documentos de que se trata en el presente caso fueron legítimamente exigidos a la

FEDETAB y que la Comisión se consideró legitimada para notificárselos a la denunciante, lo que sin lugar a dudas es además cierto por lo que respecta a lo esencial de su contenido.

En consecuencia, la vulneración de la obligación de mantenimiento de los secretos comerciales que con razón se critica carece de significación en el presente caso. No procede examinar aquí la cuestión de si dicha vulneración pudiera eventualmente dar lugar a reclamaciones de daños contra la Comunidad, para lo cual, como se sabe, deberían concurrir también otros requisitos.

5. *Pretendida irregularidad en el desarrollo de la audiencia*

En opinión de las demandantes, cabe criticar también el hecho de que, en la audiencia celebrada el 22 de octubre de 1975, durante algún tiempo no estuvieron presentes todos los funcionarios de la Comisión relacionados con el procedimiento FEDETAB, según se desprende del acta de dicha audiencia (p. 58). A su juicio, ello constituye una violación del artículo 9 del Reglamento nº 99/63, que establece lo siguiente: «Las audiencias se efectuarán por las personas que la Comisión designe a esos efectos.» Según las demandantes, efectivamente debe considerarse necesario, para un adecuado esclarecimiento de los hechos, que los funcionarios que se ocupan del asunto, encargados también de la preparación de la Decisión, reciban sus impresiones directamente de la audiencia, en especial cuando, como en aquel momento, se explicaba una cuestión importante, como es la determinación de los plazos de pago, de modo que no se conformen con las transcripciones de las observaciones orales.

No obstante, *designado* a efectos del mencionado artículo 9 tan sólo podía considerarse al director Sr. Thompson, que, por lo demás, se había presentado como tal y con esa condición quedó registrado en el acta. Así se les hizo saber a los participantes mediante una nota que se les envió con anterioridad a la celebración de la audiencia; con arreglo a dicha nota, tan sólo debía considerarse funcionario designado a aquél que presidiera la audiencia, debiendo suponer que los restantes funcionarios de la Comisión se limitaban a *asistirle*. Ahora bien, dado que no se discute que el director Sr. Thompson, que fue también quien firmó el acta de la audiencia, estuvo permanentemente presente durante la misma, procede considerar que la audiencia se desarrolló correctamente y en ningún caso puede calificarse de irregularidad grave el hecho de que los funcionarios que le asistían se ausentaran momentáneamente, aun cuando dichos funcionarios formularan preguntas durante la audiencia y fueran los encargados de preparar, como ponentes, la Decisión de la Comisión.

A mi entender, no cabe invocar en contra de esta tesis, como hacen las demandantes, el Derecho belga, en el que aparentemente la norma es que, en caso de aprobación de una decisión por parte de una comisión administrativa, todos sus miembros deben estar presentes en todos los debates. Por el contrario, es más importante el hecho de que

todas las exposiciones realizadas durante la audiencia fueran transcritas y que todos los funcionarios dispusieran de dichas transcripciones. También me parece pertinente el hecho de que en la jurisprudencia –por ejemplo, en la sentencia de 15 de julio de 1970, Buchler & Co./Comisión (44/69, Rec. p. 733)–, se haya establecido ya que, en el caso de procedimientos en materia de competencia, es suficiente con que los miembros de la Comisión sean informados por la persona designada para presidir la audiencia con la ayuda de actas y grabaciones magnetofónicas y que hayan tenido acceso al expediente administrativo. Si todo ello basta para las personas responsables de una decisión, difícilmente cabe suponer que no sea así en el caso de funcionarios que se limitan a preparar una decisión cuyo proyecto es, en todo caso, responsabilidad de su superior jerárquico, que en el presente caso estuvo efectivamente presente, de manera ininterrumpida, durante toda la audiencia.

En consecuencia, tampoco procede anular la Decisión por una pretendida irregularidad de procedimiento durante la audiencia, reproche, por lo demás, que tan sólo se refiere a las medidas anteriores.

6. *Carácter pretendidamente incompleto del pliego de cargos sobre la recomendación de 1 de diciembre de 1975*

En otro de sus motivos, las demandantes señalan que, en el pliego de cargos sobre la recomendación que entró en vigor el 1 de diciembre de 1975, se justifica la denegación de la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado en función únicamente de *uno* de los requisitos mencionados en el mismo, a saber, el de que se contribuya a «a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico». Por esa razón, según las demandantes, sólo formularon observaciones escritas y manifestaron oralmente sus puntos de vista en la audiencia celebrada por la Comisión sobre dicho requisito. Sin embargo, en la Decisión impugnada se indica también que no procede conceder una exención por no satisfacerse tampoco otros requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Así pues, según las demandantes, la Decisión se funda en imputaciones sobre las cuales las demandantes no pudieron presentar sus observaciones, lo que constituye una violación de los derechos que les confieren los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 99/63.

En contra de esta tesis, la Comisión alega que, en su primer pliego de cargos de 1975, relativo a las «medidas anteriores», también se hacía referencia a la participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante. Ahora bien, como la Comisión no había desistido de sus anteriores consideraciones, el segundo pliego de cargos no constituía más que una *ampliación* del primero. Amén de este hecho, según la Comisión, no sólo es significativo el hecho de que, en la audiencia celebrada en 1976, las demandantes formularan observaciones también sobre el requisito anteriormente mencionado; sino que, además, la mayoría de las demandantes manifestaron sus puntos de vista sobre todos los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado tanto en sus observaciones sobre el primer pliego de

cargos como en la audiencia de 1975, así como también en la notificación de la recomendación. En consecuencia, no cabe hablar de menoscabo de su derecho de defensa.

A la vista de esta controversia, cabe preguntarse si es efectivamente necesario dar explicaciones también sobre el apartado 3 del artículo 85 del Tratado en el pliego de cargos, si es suficiente que tan sólo en el primer pliego de cargos se tratara de otro de los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado y, por último, si basta con que las demandantes formularan por propia iniciativa, al inicio del procedimiento y en la notificación de la recomendación, amplias observaciones sobre el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

No obstante, estas cuestiones sólo serán pertinentes, habida cuenta de que no se discute que en el segundo pliego de cargos se trató la cuestión de la mejora de la producción o la distribución de los productos, a la que también se hace referencia en la Decisión, si se demuestra que efectivamente debe examinarse la parte de la Decisión que se refiere al apartado 3 del artículo 85 del Tratado y si resulta infundada la denegación de la exención por no cumplirse el mencionado requisito, esto es, si los restantes requisitos del apartado 3 del artículo 85 del Tratado que no fueron mencionados en el segundo pliego de cargos resultan efectivamente decisivos. En las presentes circunstancias, y a la vista de que, en todo caso, estamos ante un procedimiento extraordinariamente amplio, lo más adecuado me parece no profundizar por el momento en este motivo y dejar su examen, en su caso, para cuando sea preciso abordar la cuestión de la denegación de la exención.

7. *Violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*

En su réplica, algunas de las demandantes sostuvieron, adicionalmente, la tesis de que todas las infracciones ya examinadas, relativas al desarrollo pretendidamente irregular del procedimiento administrativo, deben considerarse asimismo una violación del derecho de defensa tal como está definido en el artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicha disposición se aplica en casos de litigio sobre los derechos u obligaciones derivados del Derecho civil. Según las demandantes, esto comprende también la aplicación del artículo 85 del Tratado. En particular, las demandantes sostienen que, con arreglo al artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos, debe exigirse que el procedimiento sea contradictorio en todas sus fases —lo que no sucedió en el presente caso—, de modo que, en su opinión, debe considerarse una infracción, en concreto, la negativa a estimar una solicitud de audiencia de testigos de descargo, con lo que se hace referencia, en particular, a la negativa a oír a las asociaciones propuestas por las demandantes.

En relación con este motivo, cabe plantear, en primer lugar, la cuestión de si lo procedente no será simplemente ignorarla por haber sido formulada fuera de plazo con arreglo al artículo 42 del Reglamento de

Procedimiento. Con todo, pasaré por alto esta cuestión, ya que es dudoso que efectivamente se trate de un motivo totalmente nuevo y autónomo –en realidad, se trata tan sólo de una alegación ya formulada en el recurso en la que se introduce una nueva apreciación jurídica–, pero también porque en la jurisprudencia existen precedentes en los que se han examinado de oficio motivos de especial trascendencia, con lo que el artículo 42 del Reglamento de Procedimiento pierde una parte de su relevancia.

Por lo demás, por lo que respecta a la apreciación de este motivo en sí mismo, en relación con la cuestión del carácter incompleto del pliego de cargos en lo que atañe a los requisitos para la exención del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, podemos limitarnos a las consideraciones anteriormente realizadas. En cuanto a la negativa a oír a las asociaciones propuestas por la FEDETAB, basta con recordar que el escrito de la FEDETAB pertinente a este respecto, antes mencionado, permite albergar serias dudas sobre si realmente se trataba de la designación de testigos de descargo respecto de determinados hechos. Además, no puede ignorarse, ni siquiera si se parte de la base, como considera la Comisión que debe hacerse, de que las Instituciones comunitarias están obligadas a respetar los principios generales en materia de derechos fundamentales y observar el Convenio de Derechos Humanos, que el artículo 6 de dicho Convenio tan sólo establece que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente [...] por un Tribunal independiente». En consecuencia, no puede deducirse del mismo ninguna exigencia en relación con un procedimiento *administrativo* desarrollado por la Comisión; tampoco me parece factible –como se intentó hacer en la vista– sustentar en él la tesis según la cual en un procedimiento de este tipo debe observarse con mayor escrupulosidad todavía el artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos, precisamente por el hecho de no ser la Comisión una instancia independiente e imparcial. Ahora bien, dado que se ha demostrado que la Comisión no vulneró las normas del Derecho comunitario, tal como están formuladas en los Reglamentos nº 17 y nº 99/63, y como tampoco ha podido probarse que dichas disposiciones fueran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos o que, al margen de ellas, la Comisión vulnerara el Convenio de Derechos Humanos, también en este caso la única conclusión que puede sacarse es que, con este tipo de consideraciones, no es posible obtener la anulación de la Decisión impugnada.

II. La aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE

Llego ahora a la cuestión de si la organización de la distribución de labores del tabaco en Bélgica con la ayuda de determinados acuerdos y de decisiones de FEDETAB en el período comprendido entre el 13 de marzo de 1962 y el 1 de diciembre de 1975, por un lado, y la recomendación que entró en vigor el 1 de diciembre de 1975, relativa a la venta de cigarrillos en el mercado belga por otro, vulneran el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Los numerosos argumentos formulados a este respecto hacen necesario intentar una

cierta sistematización de los mismos. De modo que pretendo ocuparme, en primer lugar, de los motivos relativos, en particular, a las medidas *anteriores*. A continuación, será preciso analizar determinados motivos específicamente referidos a la recomendación. Por último, examinaré los argumentos que, en líneas generales, se aplican por igual a ambos conjuntos de medidas.

A. *Los motivos específicos formulados en relación con la Decisión sobre las medidas anteriores*

1. A este respecto, interesa, en primer lugar, la observación formulada por la demandante Heintz van Landewyck en el sentido de que ella sólo suscribió la carta de 23 de diciembre de 1971 relativa a la fijación de plazos de pago máximos, pero no ningún otro acuerdo o medida. Por consiguiente, sostiene que sólo puede imputársele dicha carta; además, asegura que, por lo que a ella respecta, no cabe hablar de prácticas colusorias o concertadas, dado que, en relación con el resto de las medidas objeto de la Decisión, se atuvo al comportamiento del resto de los fabricantes debido exclusivamente a los imperativos del mercado. En este contexto se inscribe también la tesis general, sostenida por la FEDETAB, según la cual sus miembros únicamente son responsables de las medidas y decisiones a las que se adhieren expresamente. También procede examinar, en este contexto, la alegación formulada por la AGROTAB en su demanda de intervención, según la cual la recién mencionada carta de 23 de diciembre de 1971 no fue suscrita por la demandante Weltab, mientras que otras tres sociedades que sí la suscribieron no fueron incluidas por la Comisión en el procedimiento.

a) Por lo que respecta, en primer lugar, a la alegación de la demandante Heintz van Landewyck, existen buenas razones para dudar de que, al margen de la carta de 23 de diciembre de 1971, aplicara todas las demás medidas anteriores únicamente por imperativos del mercado y que, por tanto, sea incorrecto hablar a su respecto de una práctica colusoria o concertada. En efecto, la Comisión alegó al respecto –sin que la respuesta de la demandante haya pasado de una refutación muy general, sin entrar en una fundamentación más detallada– que, en la práctica, algunos importadores que operan en el mercado belga habían comercializado labores del tabaco sin observar las normas de distribución objetadas por la Comisión. A esto se añade que no se nos explicó de forma detallada por qué razón precisamente la demandante Heintz van Landewyck se vio obligada por las fuerzas del mercado a seguir un comportamiento coincidente con el de los fabricantes belgas. La referencia a una pretendida cuota de mercado del 3 % –según las estimaciones de la Comisión, la cuota real asciende a entre el 5 y el 6 %– difícilmente puede considerarse una explicación satisfactoria.

Con todo, no parece necesario profundizar en esta cuestión. En efecto, desde 1947 la empresa Heintz van Landewyck es miembro de la FEDETAB, con lo que participó en la aprobación de las medidas anteriores. Con arreglo al artículo 9 de los estatutos de la FEDETAB, sus miembros están obligados

a adherirse a todas las decisiones adoptadas en aplicación de los estatutos y a cumplir las obligaciones que se deriven de las mismas. Además, los acuerdos pertinentes en este contexto fueron adoptados por la FEDETAB en *nombre* de los fabricantes, y de la formulación elegida se desprende que establecen obligaciones para las empresas. En efecto, en estas circunstancias, no se puede reprochar a la Comisión que partiera de la base de que los fabricantes estaban obligados por los acuerdos y decisiones adoptados por la FEDETAB y, por consiguiente, que imputara a la demandante Heintz van Landewyck un comportamiento contrario a la competencia, no sólo en relación con la imposición de plazos de pago máximos, sino también por lo que respecta al resto de las medidas anteriores.

b) Con ello he respondido también prácticamente, en lo esencial, a la tesis general defendida por la FEDETAB según la cual sólo pueden imputarse a los fabricantes las medidas de la FEDETAB a las que se hayan adherido expresamente. No obstante, también es importante a este respecto, por otra parte –con lo que se demuestra que era correcta la suposición de la Comisión de que el conjunto de las medidas anteriores constituían un caso de prácticas colusorias y concertadas– el hecho de que las empresas en ningún momento se distanciaron de las medidas de la FEDETAB ni manifestaron su rechazo a través de su conducta, sino que, por el contrario, las pusieron en práctica, al menos en líneas generales.

c) En cuanto a la alegación concreta de la AGROTAB, procede señalar, además, que la propia FEDETAB declaró, en relación con la carta de 23 de diciembre de 1971, relativa a los plazos de pago máximos, que se trataba de una medida colectiva, y que los principales fabricantes estamparon su firma en la carta con el único objetivo de dar más peso a dicha medida, aunque –como ciertamente debe inferirse– dicha firma no hubiera sido estrictamente necesaria. Por otra parte, la Comisión argumentó, sin ser contradicha, que la demandante Weltab sí que suscribió la carta y que el hecho de que faltara la firma de BAT se debía únicamente a que, por aquel entonces, aún no había tomado el control de la empresa Odon Warland. En cuanto al hecho, en sí mismo irrelevante en este contexto, de que la Decisión de la Comisión no estuviera dirigida también a las sociedades Laurens, Odon Warland y Tabalux, que también suscribieron la carta de 23 de diciembre de 1971, debería bastar la explicación de que dichas empresas pasaron a estar bajo el control de grupos a los que también pertenecen las demandantes.

2. A continuación, existe una serie de motivos que deben abordarse en este contexto relativos a las cuestiones de si efectivamente se puede suponer la existencia de un acuerdo, si la carta de la FEDETAB de 21 de diciembre de 1970 (Politique de distribution cigarettes – tabac à partir du 1er janvier 1971) contenía normas de obligado cumplimiento y cuál fue la causa de que determinados acuerdos supuestamente no fueran aplicados. Además, las demandantes sostienen que algunas de las cartas mencionadas en la Decisión fueron remitidas por la asociación de mayoristas FNCG, por lo que no son imputables a los fabricantes.

a) A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que el acuerdo modelo celebrado el 22 de mayo de 1967 entre la FEDETAB y la FNCG por el plazo de un año, relativo al respeto de los precios indicados por los fabricantes por parte de los mayoristas, nunca llego a aplicarse, quedando extinguido mediante una decisión de la FEDETAB de enero de 1968. En este contexto se inscribe, asimismo, la afirmación según la cual el acuerdo complementario de 5 de octubre de 1967, según el cual los mayoristas no debían suministrar a los minoristas que no respetaran el precio de precinta, nunca tuvo consecuencias prácticas. Además, cabe mencionar, a este respecto, la alegación según la cual el acuerdo modelo celebrado el 30 de junio de 1972 entre la FEDETAB y la mayoría de los mayoristas, que establecía la obligación para éstos de respetar los precios indicados por los fabricantes y la prohibición de suministrar a determinados comerciantes, nunca llegó a aplicarse y se había extinguido ya en 1973. A este respecto, la AGROTAB señaló, con el fin de demostrar que dicho acuerdo no llegó a ponerse en práctica, que en 1972 la asociación FNCG se encontraba ya en proceso de desaparición.

En relación con estas alegaciones, y con la remisión de AGROTAB, importante en este contexto, a una carta de la FNCG de 8 de mayo de 1970, que supuestamente prueba –al evocar acuerdos anteriores– que dichos acuerdos no llegaron a ser aplicados, la Comisión subrayó con razón, por un lado, que, para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, no resulta determinante el hecho de que un acuerdo se aplique o no. A efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratadoes suficiente, en su opinión, que el acuerdo *tenga por objeto* restringir la competencia, y eso es algo que, sobre la base del contenido de los acuerdos de que se trata, en ningún caso puede ponerse en duda.

Por la misma razón, tampoco resulta determinante el que se impusieran o no sanciones para la ejecución de los acuerdos. Con todo, la Comisión pudo remitirse, a este respecto, a una carta de la FEDETAB de 3 de octubre de 1967 en la que se instaba a los mayoristas a suspender los suministros a determinados comerciantes que no respetaban los precios y márgenes comerciales, por no mencionar el hecho de que, en el caso de asociaciones poderosas, una simple amenaza de sanciones puede resultar eficaz. Asimismo, la Comisión pudo recordar también que, en un acuerdo complementario de 29 de diciembre de 1970 entre la FEDETAB y la FNCG, se acordó controlar estrictamente la aplicación de los acuerdos y pagar las bonificaciones de fin de año únicamente a los mayoristas que respetaran las obligaciones del acuerdo de 22 de mayo de 1967.

Además, la Comisión subraya, con razón, que el período de validez de los acuerdos carece de interés en el presente caso. Ello se debe a que la Decisión se limita a declarar que se produjo una vulneración del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, sin imponer ninguna sanción, que dependería de la duración y de los efectos de las restricciones de la competencia.

b) Acto seguido, procede examinar la observación según la cual algunas de las

cartas mencionadas en la Decisión fueron remitidas por la FNCG, por lo que no eran imputables a la FEDETAB y a sus miembros.

Se trata, por un lado, de la carta de 26 de octubre de 1967, en la que se comunicó que los fabricantes de cigarrillos suspenderían el suministro a los mayoristas que suministraran a comerciantes que concedieran descuentos por volumen. Se trata, por otro lado, de una carta de 8 de mayo de 1970 en la que se recordaba la obligación de respetar los precios fijados por los fabricantes, de no conceder las condiciones establecidas al efecto sino a los minoristas reconocidos por la FEDETAB y de no vender a otros mayoristas. En tercer lugar, se trata de la carta de 22 de marzo de 1972, en la que se abordaba la prohibición de suministrar labores del tabaco a determinados mayoristas.

Sin embargo, también en este caso comparto la opinión de la Comisión de que todo ello carece de importancia para la apreciación de su Decisión, sobre todo por el hecho de que, en dicha Decisión, las mencionadas cartas no reciben la consideración de actos autónomos relevantes en sí mismos desde el punto de vista del Derecho de la competencia. En verdad, no puede ignorarse que la carta mencionada en primer lugar se remite a una acción prevista por los *fabricantes*. La carta guarda relación con la prohibición de conceder descuentos, imputable a los fabricantes, y pretendía asegurar su cumplimiento. A este respecto, también reviste interés la carta de la FEDETAB de 3 de octubre de 1967, en la que se instaba a los mayoristas a suspender los suministros a determinados comerciantes que no respetaban los precios y márgenes de beneficio fijados. La carta mencionada en segundo lugar recuerda las obligaciones derivadas de un acuerdo en el que participaban los fabricantes, cuando menos, a través de la FEDETAB. En cuanto a la tercera carta antes mencionada, por un lado, importa el hecho de que, en ella, se hace referencia al acuerdo complementario celebrado el 29 de diciembre de 1970 con la FEDETAB, con arreglo al cual debía evitarse una consolidación de la influencia del sector alimentario en el ámbito de las labores del tabaco. Por otro lado, no puede pasarse por alto la relación existente entre dicha carta y el acuerdo modelo celebrado el 30 de junio de 1972 entre la FEDETAB y casi todos los mayoristas, que establece la prohibición de suministrar a determinados comerciantes y que puede considerarse perfectamente una continuación de la carta de la FNCG.

A la vista de estas consideraciones, no se puede decir, en efecto, que en la Decisión se imputaran indebidamente a los fabricantes actos que, en realidad, partieron de la mencionada asociación de mayoristas.

c) Por lo que respecta, a continuación, al argumento alegado por la AGROTAB en el escrito de motivación de su demanda de intervención, según el cual la carta de la FNCG de 26 de octubre de 1967 pone de manifiesto precisamente la inexistencia de un acuerdo en este ámbito, bien es cierto que hay que reconocer, al respecto, que de ella puede deducirse que determinados minoristas no respetaron la prohibición de conceder descuentos y determinados mayo-

ristas no respetaron la prohibición de suministrar a dichos minoristas. Pero, desde luego, con ello no se demuestra que la normativa en materia de distribución no llegara a funcionar en la práctica de forma general. Además, la Decisión impugnada, dirigida tan sólo a los fabricantes y a su asociación, únicamente tiene por objeto el comportamiento seguido por éstos. De las eventuales desviaciones con respecto a las normas que pudieran producirse en niveles inferiores no puede deducirse que las mismas dejaran de aplicarse; es posible incluso, precisamente por el hecho de que en la citada carta se hiciera referencia a la intención de los fabricantes de imponer sanciones, suponerles la voluntad de impulsar la plena aplicación del sistema de distribución. Pero ello convierte a la citada carta, en realidad, en una prueba de la exactitud de la apreciación efectuada por la Comisión.

d) Por último, en este contexto, procede señalar lo siguiente con respecto a la alegación de la demandante FEDETAB según la cual su documento de 21 de diciembre de 1970 sobre la «Politique de distribution cigarettes – tabac à partir du 1er janvier 1971» no tenía el carácter de instrumento de trabajo de obligado cumplimiento, sino que cada fabricante hizo uso de él en función de su propia política comercial.

El propio tenor del documento contradice manifiestamente una interpretación como ésta. Cuando en la primera frase del mismo se afirma que «Les fabricants de cigarettes, membres de FEDETAB, se sont engagés vis-à-vis des grossistes spécialisés en produits manufacturés du tabac à respecter les règles ci-après», se está indicando que las referidas normas constituirán una pauta de conducta normativa. En el mismo sentido apuntan los mecanismos de control descritos en la Decisión y las medidas de sanción criticadas en ella. Dado que, por otra parte, las partes están de acuerdo en que el documento influyó de manera significativa en el comportamiento de los fabricantes y que, en líneas generales, éstos pusieron en práctica las normas que establecía, difícilmente puede reprocharse a la Comisión que lo calificara de decisión de una asociación de empresas y de práctica concertada, comportamientos que, por principio, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

3. Otro grupo de motivos que merecen abordarse por separado se refiere asimismo, fundamentalmente, a la parte de la Decisión relativa a las medidas anteriores, y tiene por objeto la apreciación que en ella se hace de la prohibición de conceder descuentos, la imposición de plazos de pago uniformes, la imposición de un surtido mínimo y la prohibición a los mayoristas de suministrar a algunos otros mayoristas.

a) Así, en relación con la prohibición de conceder descuentos, se alegó que este tipo de prácticas sólo son posibles en el caso de que los márgenes de beneficio sean elevados, lo que no sucede en el comercio de labores del tabaco. Además, las demandantes aseguran que dicha prohibición era necesaria para proteger a los comerciantes especializados, cuya existencia se hubiera visto en peligro de otro modo.

No obstante, soy de la opinión, al igual que la Comisión, de que ese no es motivo suficiente para afirmar que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado se aplicó indebidamente a medidas cuyo carácter fundamentalmente restrictivo de la competencia –afectan a la competencia basada en los precios entre comerciantes– difícilmente puede negarse.

En efecto, no debe olvidarse, por un lado, que no se trataba sólo de excluir la concesión de *mayores* descuentos, que eventualmente podrían calificarse de competencia desleal y ruinosa, sino de la exclusión de todo descuento. Por otro lado, tampoco se demostró que, por aquel entonces, los márgenes de beneficio fueran tan estrechos que no estuvieran en condiciones de soportar ni siquiera pequeños descuentos. Y no son tanto las prácticas comerciales de grandes distribuidores como GB-Inno, de los que tanto se ha hablado durante el procedimiento y que –al concentrar simultáneamente las funciones de mayoristas y de minoristas– están en condiciones de acumular los márgenes correspondientes a ambas categorías que están en juego. Mucho más importante es la alegación de la Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes, que no ha sido discutida, según la cual los mayoristas que suministran a este tipo de minoristas compiten efectivamente entre sí mediante descuentos de precios, práctica que aparentemente sigue vigente. Ello demuestra, al mismo tiempo, que dicha práctica –al menos si se mantiene dentro de ciertos límites– no constituye en modo alguno un peligro de desaparición para los comerciantes especializados.

b) En cuanto a la imposición de plazos de pago uniformes a los clientes de los fabricantes (véase la carta de 23 de diciembre de 1971), se alegó a continuación que se trata de una práctica justificable desde el punto de vista de la legítima defensa. Según las demandantes, algunos grandes distribuidores emprendieron una acción destinada a obtener la concesión de plazos de pago más dilatados, lo que puso de manifiesto, al exigir otros clientes las mismas ventajas, el peligro de que los efectos sobre el precio fueran de tal magnitud que se produjera una perturbación del mercado. Por lo demás, lo mismo se argumentó en relación con el mantenimiento de un surtido mínimo por parte de determinados comerciantes. Conviene saber, según las demandantes, que algunos grandes distribuidores redujeron su surtido a menos de 60 marcas como represalia por la negativa a concederles plazos de pago más dilatados, boicoteando a las demandantes Weltab y Jubilé, que consideraban las más vulnerables. A dicho boicoteo respondieron, siempre según las demandantes, mediante la suspensión de los suministros –lo que también debe considerarse un acto de legítima defensa–, cuyo único objetivo era, en consecuencia, poner fin al boicoteo, y no el cumplimiento de la obligación de mantener un determinado surtido.

aa) En relación con esta alegación, procede señalar, en primer lugar, por un lado, que parece extraordinariamente dudoso, aunque sea lícito con arreglo al Derecho de la competencia, reaccionar ante una presión supuestamente ilícita por parte de demandantes importantes con una violación de las normas sobre la competencia. A lo sumo, podría pensarse en ello cuando no existiera

ningún otro medio, lo que, sin embargo, no se ha probado.

Amén de esto, no sólo reviste interés, como con razón subrayó la Comisión, el hecho de que difícilmente cabe calificar la carta citada por la FEDETAB en la página 30 de su recurso de prueba de la existencia de una acción común de boicoteo de dos fabricantes por parte de varios grandes distribuidores, una medida a la que sólo podían oponerse todos los fabricantes juntos. Asimismo, no puede por menos de considerarse improbable, en general, que todos los fabricantes que participaron en la acción se encontraran en una posición débil frente a los citados distribuidores. En efecto, algunos de ellos pertenecen a fuertes grupos internacionales, mientras que, por ejemplo, GB-Inno, el mayor de los distribuidores de que se trata aquí, posee sólo una cuota de en torno al 6 % del mercado de cigarrillos.

Así pues, difícilmente puede justificarse el comportamiento de las demandantes como un acto de legítima defensa.

bb) Por otra parte, respecto del mantenimiento de un determinado surtido mínimo de cigarrillos, procede subrayar asimismo que en modo alguno se trató de una reacción ante un boicoteo parcial por parte de algunos grandes distribuidores. Si he comprendido bien el documento de la FEDETAB «Politique de distribution cigarettes – tabac à partir du 1er janvier 1971», el mantenimiento de un surtido mínimo tenía más bien una importancia general como condición previa para la concesión de determinadas condiciones de compra. Pero, como tal, en la Decisión se la consideró, en principio con razón, una medida restrictiva de la competencia, ya que puede menoscabar la libertad de elección de los comerciantes y dar lugar a una inmovilización de capital en la medida en que afecta a las marcas de menor demanda. Tampoco puede justificarse dicha medida alegando sin más que, con ella, se fomenta la competencia entre marcas, pues resulta difícil aceptar semejante compensación de las restricciones de las posibilidades de competencia entre los comerciantes con un estímulo a la competencia entre los fabricantes. A lo sumo, es cuestionable hasta qué punto cabe hablar de una restricción sensible de la competencia, habida cuenta de que, en todo caso, se trata de usos comerciales establecidos. Volveré a plantearme esta cuestión posteriormente, en otro contexto.

c) Por último, algunas demandantes alegaron, en relación con la prohibición, impuesta a los mayoristas, de suministrar a determinados mayoristas de que se trata en la Decisión, que semejante instrucción sólo merecería calificarse de absurda. Según su argumentación, no tiene sentido que un mayorista se abastezca de otros mayoristas, ya que su margen de beneficio se vería sensiblemente reducido. Además, debe tenerse en cuenta que –dejando a un lado el hecho de que las grandes superficies y otros distribuidores similares no pueden considerarse mayoristas– la demanda procedente de los mayoristas del sector alimentario y de los mayoristas no especializados es demasiado voluminosa como para ser satisfecha por los mayoristas especializados sin incurrir en graves riesgos financieros.

Tampoco en este punto es posible adherirse a las demandantes. Haciendo abstracción del hecho de que, como ya se ha dicho, en la aplicación del artículo 85 del Tratado en los casos en que un determinado comportamiento *tiene por objeto* restringir la competencia no es preciso considerar la cuestión de sus efectos sobre el mercado, procede recordar que, aparentemente, las cláusulas controvertidas estaban destinadas a los mayoristas no abastecidos por los fabricantes o a los comerciantes que tan sólo recibían cantidades limitadas. Si dichos mayoristas pretendían seguir teniendo una participación significativa en el mercado, la única fuente de abastecimiento que les quedaba eran, efectivamente, los demás mayoristas. Al parecer, en verdad se produjeron ocasionalmente suministros de estas características, como se desprende de la declaración de 22 de marzo de 1972 de la FNCG. Además, procede recordar aquí que llegaron incluso a producirse suspensiones efectivas de los suministros a algunos grandes distribuidores que, como sujetos económicos –y por ello era importante la citada cláusula–, concentraban funciones de mayoristas y de minoristas; a este respecto, me remito a las medidas de octubre de 1967, mayo de 1970 y marzo de 1971 descritas en la página 6 del escrito de GB-Inno.

d) En consecuencia, cabe señalar, como conclusión preliminar, que ninguno de los motivos específicos abordados hasta el momento justifican la anulación de la parte de la Decisión referida a las medidas anteriores.

B. A continuación, examinaré algunos motivos específicos relativos al artículo 2 de la Decisión impugnada, es decir, a la recomendación FEDETAB sobre la distribución de cigarrillos en Bélgica.

1. A este respecto, algunas de las demandantes han reprochado a la Comisión que la Decisión califique la recomendación de *acuerdo* entre las empresas que la habían aprobado y habían declarado que la cumplirían. A su juicio, lo correcto es considerar únicamente acuerdos a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado los contratos celebrados con arreglo al Derecho nacional. Sin embargo, en el presente caso no se trata de acuerdos de este tipo, ya que carecen de efectos vinculantes y no establecen ningún mecanismo que garantice su cumplimiento. En apoyo de su tesis, invocan, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión (48/69, Rec. pp. 619 y ss., especialmente p. 658), en la que se afirma:

«Considerando que si el artículo 85 del Tratado distingue el concepto de "práctica concertada" del de "acuerdos entre empresas" o del de "decisiones de asociaciones de empresas", lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.»

No obstante, tengo la impresión de que precisamente dicha sentencia muestra claramente que, en el caso que nos ocupa, esta-

mos ante una controversia sobre la calificación de una medida que carece de importancia. Si se puede afirmar esto, es porque el procedimiento ha puesto de manifiesto que, en todo caso, puede partirse de la base de la existencia de una práctica concertada a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, y más concretamente de una forma de «coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes». En efecto, existe plena conformidad entre las partes en que las directrices de materia de distribución no sólo fueron elaboradas conjuntamente, sino que fueron aplicadas en el pasado y siguen siéndolo actualmente. Me remito, a este respecto, al reconocimiento de la FEDETAB, que admite, cuando menos, una aplicación flexible. También es posible remitirse a las declaraciones de la práctica totalidad de las demandantes durante la vista, según las cuales respetaron los márgenes establecidos en la recomendación.

Pero es que, además, se puede defender también el punto de vista según el cual el concepto de «acuerdo» a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado es más amplio que el de contrato a efectos del Derecho civil. Al respecto, reviste interés la sentencia de 15 de julio de 1970, Buchler & Co./Comisión (44/69, Rec.pp. 733 y ss., especialmente p. 757), sobre los denominados «Gentlemen's Agreements». Efectivamente, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia los calificó como acuerdos, ya que, a su juicio, es suficiente para ello que distintas empresas se declaren mutuamente dispuestas a adoptar un cierto comportamiento y que, con él, se exteriorice fielmente la voluntad común de varias empresas por lo que respecta a su comportamiento en el mercado común. Lo mismo puede aplicarse sin más al presente caso, en el que –como ya se ha dicho– los representantes de las demandantes participaron en la elaboración de la recomendación sobre distribución. Cuando, posteriormente, declararon expresamente su adhesión y manifestaron su intención de poner en práctica la recomendación, no cabe duda de que dicho comportamiento puede considerarse una mutua conjunción de voluntades en el sentido de la mencionada sentencia y, en consecuencia, un acuerdo a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

2. Asimismo, se criticó que, en la Decisión impugnada, se calificara la recomendación de decisión de una asociación de empresas a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. A este respecto, la parte coadyuvante AGROTAB señaló que la FEDETAB es una asociación sin fines de lucro y que, como tal, no participa en la vida económica.

También en este caso apruebo la opinión de la Comisión según la cual esta última circunstancia carece de toda significación. Para llegar a semejante conclusión, no sólo reviste importancia el hecho de que la FEDETAB tenga personalidad jurídica propia, de modo que puede participar en la vida jurídica. Al respecto, puede señalarse asimismo el hecho, antes mencionado, de que –como se desprende de los artículo 8 y 9 de sus estatutos– las decisiones de la FEDETAB tienen efectos obligatorios para sus miembros. Además, conviene tener presente que, desde cualquier otra óptica, podría

parecer que el artículo 85 del Tratado adolece algunas lagunas: las empresas, en lugar de llegar a acuerdos directos, podrían limitarse, para eludir la aplicación del artículo 85, a promover una decisión equivalente en el seno de una asociación, cuyos efectos son, a muchos efectos, idénticos. Por ello, también en la jurisprudencia (sentencia de 15 de mayo de 1975, Fruit- en Groentenimporthandel y Frubo/Comisión, 71/74, Rec. pp. 563 y ss., especialmente p. 583) se ha subrayado expresamente que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado es aplicable también a las asociaciones en la medida en que su propia actividad o la de las empresas que las integran tienda a producir los efectos que dicha disposición pretende impedir.

Así pues, la decisión de la FEDETAB, cuyos efectos pretendían reforzarse mediante la declaración expresa, por parte de algunos fabricantes individuales, de su adhesión a la misma, está inequívocamente sujeta, en sí misma, al Derecho de la competencia, es decir, está comprendida, tal como estimó la Comisión, dentro del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado.

3. Tampoco puede objetarse, en contra de esta conclusión, que la recomendación no fuera vinculante y que, en particular, en el punto 61 de la Decisión impugnada se mencione indebidamente la existencia de una obligación real para todas las empresas del sector derivada de la recomendación.

En este contexto, la Comisión recordó, con razón, que, con arreglo a la jurisprudencia (sentencia de 17 de octubre de 1972, Vereeniging van Cementhandelaren /Comisión, 8/72,↔ Rec. pp. 977 y ss., especialmente p. 990), la mera fijación de un precio indicativo constituye una restricción de la competencia, al permitir a todos los participantes prever con un grado razonable de certidumbre la política de precios que seguirán sus competidores. Asimismo, la Comisión señaló, remitiéndose a la sentencia de 26 de noviembre de 1975, Papiers peints/Comisión (73/74,↔ Rec. p. 1491), que el mismo principio debe aplicarse a las cláusulas relativas a otras condiciones comerciales cuando los principales elementos del precio se fijan con carácter indicativo, como sucede en el presente caso con las bonificaciones concedidas a los clientes de los fabricantes. Además, no debe olvidar que una serie de fabricantes suscribieron la recomendación, y que la conjunción de voluntades así conformada conllevaba, como mínimo, un cierto carácter vinculante.

No obstante, en la medida en que en el punto 61 de la Decisión se hace referencia a la existencia de una obligación para terceros, está claro que no se hace pensando en la existencia de una obligación jurídica para otras empresas del sector, sino sólo de un imperativo económico. En efecto, resulta difícil poner en duda su existencia si se tiene en cuenta que las siete empresas que suscribieron la recomendación controlan alrededor del 80 % de las ventas de cigarrillos en Bélgica, con lo que, ciertamente, ejercen una influencia considerable en la evolución del mercado.

4. Por último, procede examinar también, en este contexto, el reproche según el cual

la Comisión consideró erróneamente que la recomendación constituía una mera continuación del sistema de distribución anteriormente vigente. Las demandantes sostienen que, en realidad, existían diferencias apreciables en cuanto a los efectos de ambos conjuntos de medidas. Así, la recomendación no contempla el reconocimiento expreso y específico de los comerciantes dentro de determinadas categorías, ni limitación alguna al acceso al comercio al por mayor. Tampoco figura en ella ninguna prohibición de los suministros cruzados, ni se establece ninguna medida colectiva, en particular, para hacer respetar los plazos de pago. Además, siempre según las demandantes, la recomendación se limita a fijar *márgenes máximos*, dejando plena libertad a los fabricantes por lo que respecta a la concesión de otras bonificaciones. No menos fundamental, a su entender, es el hecho de que únicamente sea aplicable a las relaciones entre los fabricantes y sus clientes directos, de modo que no se establece ninguna norma dirigida a los comerciantes sobre las condiciones de reventa, por lo que, a su juicio, es incorrecto hablar de la existencia de restricciones verticales de la competencia. Dado que la Comisión no tuvo en cuenta estas circunstancias, las demandantes afirman que procede considerar errónea la apreciación de la recomendación que se hace en la Decisión, por estar basada en hechos falsos.

En relación con este motivo, procede señalar, en primer lugar, que no parece fundado en la medida en que se basa en la tesis de que la recomendación se aplica únicamente a la relación entre los fabricantes y sus clientes directos. A mi entender, la Comisión demostró de forma convincente, en particular en las páginas 80 a 90 de su dúplica, que esto no es así, y que, por el contrario, la recomendación apunta también a la relación entre mayoristas y minoristas. En apoyo de esta tesis puede aducirse, por ejemplo, –sin que se trate de una lista exhaustiva– que, en la notificación de la recomendación, se hacía referencia también a los porcentajes máximos de *descuento que podían aplicar los intermediarios*. A este respecto, es relevante el hecho de que se fijaran asimismo los márgenes para los minoristas, que constituyen la categoría de clientes más numerosa (varias decenas de miles), a la vez que se subraya que la práctica totalidad de los mismos se abastecían directamente de mayoristas. En el mismo sentido, cabe remitirse también al escrito de contestación de la FEDETAB de 29 de julio de 1976 a las observaciones de Mestdagh y Huyghebaert, en el que se asegura que, en los suministros a establecimientos de alimentación por parte de mayoristas, se aplicaba el porcentaje normal vigente para los minoristas no especializados, establecido en el 7,25 %.

Aun así, hay que reconocer, por otra parte, que es evidente que la recomendación no afecta a la relación entre mayoristas y minoristas con la intensidad que lo hacía el régimen anteriormente vigente, en el que existían verdaderos acuerdos entre los fabricantes y los mayoristas. Así se explica también que, al parecer, no todos los mayoristas respeten la recomendación. En todo caso, no cabe duda –así lo ha declarado también el representante de la Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes– de que, en la

práctica, los mayoristas compiten entre sí mediante la fijación de los precios de venta.

No obstante, no puede evitarse la impresión de que la Comisión era perfectamente consciente de esta diferencia, así como de otras particularidades de la recomendación con respecto a las medidas anteriores. Efectivamente, procede señalar que, en la Decisión, se describen, por un lado, las medidas anteriores con todo detalle y, por otro, separadamente, el contenido de la recomendación. De igual modo, la apreciación jurídica de esta última se hace por separado. El hecho de que, en ella, se incluya aquí o allá alguna referencia a la apreciación de las medidas anteriores es algo que difícilmente cabe objetar. A este respecto, no sólo reviste importancia el hecho de que las demandantes declararan, en la notificación de la recomendación, preparada después de haber recibido el pliego de cargos relativo a las medidas anteriores, que la recomendación sustituía las medidas anteriores. También es de todo punto indiscutible que el objeto de las medidas es muy similar y que produjeron efectos análogos sobre el mercado y las condiciones de competencia imperantes en él, precisamente por el hecho de que las medidas anteriores y la recomendación contenían los mismos elementos esenciales y de que, en líneas generales, las demandantes aplicaron efectivamente tanto unas como otra.

Así pues, difícilmente puede criticarse eficazmente la Decisión en lo que se refiere a la recomendación FEDETAB alegando que la recomendación fue objeto de una apreciación errónea por lo que respecta a su relación con las medidas anteriores.

C. Tras este examen de los motivos específicos alegados por las demandantes en relación con el artículo 2 de la Decisión, que ha concluido sin ningún éxito para las demandantes, procede pasar a considerar ahora las críticas dirigidas a la Decisión en su conjunto en relación con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, aplicables por tanto, en líneas generales, tanto a la parte de la Decisión en la que se trata de las medidas anteriores como a la parte en la que se aprecia la recomendación.

1. En este contexto, importa, ante todo, la alegación de las demandantes según la cual debe tenerse en cuenta que el objetivo de las medidas reprochadas consistía en mantener la densa red de canales de distribución tradicionales, lo que permite otorgar una oportunidad también a las pequeñas marcas poco conocidas, contribuyendo así a reforzar la competencia. Para ello, las demandantes sostienen que resulta indispensable la existencia de los mayoristas especializados, los cuales, de no remunerarse especialmente sus servicios mediante el mantenimiento de un determinado nivel de precios, no estarían en condiciones de soportar la competencia de otros distribuidores al por mayor cuyas ventas muestran una tendencia a aumentar. En su opinión, en relación con dicha finalidad reviste especial interés la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, ↔ Rec. pp. 1875 y ss., especialmente pp. 1899 y ss.). Según su interpretación de dicha sentencia, en ella se declaró que la

competencia basada en los precios no tiene prioridad absoluta. En particular, la diferenciación de las funciones de comercio al por mayor, por un lado, y de comercio al por menor, por otro, no es contraria al Derecho de la competencia, siempre que obedezca a criterios objetivos. Además, en dicha sentencia no sólo se subrayó, según las demandantes, que un sistema de distribución selectiva puede ser compatible con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, sino también que el afán de mantener un determinado nivel de precios para el comercio especializado y asegurar la supervivencia de este canal de distribución no supone necesariamente una vulneración del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Sin embargo, según las demandantes la Comisión no tuvo debidamente en cuenta dicha sentencia en su apreciación del sistema de distribución vigente en Bélgica para las labores del tabaco.

A la vista de estas consideraciones, procede señalar, en primer lugar, en mi opinión, que la Comisión no se ha mostrado contraria a la división de los comerciantes en distintas categorías, siempre que se lleve a cabo con arreglo a criterios objetivos aplicados por igual en todos los casos, así como tampoco tiene nada que objetar a la fijación de márgenes diferentes para cada una de dichas categorías. Así pues, no es cierto que insista en una competencia en pie de igualdad entre los mayoristas especializados y otros distribuidores al por mayor que conduciría necesariamente a la desaparición de los primeros, es decir, de un canal de distribución tradicional del que dependen, en especial, los pequeños fabricantes. De lo que se trata principalmente en la Decisión es de que, al perseguir dicho objetivo, los principales fabricantes actúan de manera concertada y excluyen toda competencia entre ellos a este respecto.

Por ello, también para mí está claro que, en el presente caso y, en particular, en relación con el último punto que se ha mencionado, no cabe extraer de la sentencia Metro/Comisión, antes citada, ningún elemento pertinente que sustente la tesis de las demandantes. Bien es cierto que en ella se hacen algunas consideraciones sobre la compatibilidad de un sistema de distribución selectiva con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Pero lo significativo es, en primer lugar, que dichas consideraciones se refieren a un sistema de distribución selectiva de bienes de consumo muy complejos en el que se trataba de la selección de determinados comerciantes en función de criterios cualitativos. Por ello, cabe preguntarse, con razón, si dicha situación es equiparable a la existente en el caso de la distribución de labores del tabaco, que no presenta particularidades de este tipo y en la que, además, en modo alguno se realiza una selección con arreglo a criterios cualitativos.

Asimismo, es significativo el hecho de que, en la sentencia Metro/Comisión, antes citada, se trataba del sistema de distribución individual de *un solo* fabricante. No existía, en aquel caso, ningún tipo de acuerdo horizontal, sino que, por el contrario, subsistía la competencia con otras formas de distribución de otros fabricantes. Además, a diferencia de lo que sucede en el presente caso, tampoco la libertad de actuación de los comerciantes se veía afectada, esto es,

no se imponía, en el marco de la red de distribución selectiva, una homogeneidad de precios, sino que había una verdadera competencia en este ámbito. Tampoco puede ignorarse el hecho de que la Decisión de la Comisión de que se trataba en aquel asunto se basaba fundamentalmente en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, que autoriza determinadas restricciones de la competencia siempre que se consideren necesarias para la consecución de determinados objetivos dignos de protección. A este respeto, en la sentencia se encomendaba expresamente a la Comisión que velara por que «no se refuerce la rigidez de la estructura de precios, lo que podría suceder de proliferar las redes de distribución selectiva para la comercialización de un mismo producto». Es evidente que, con ello, el Tribunal se refería a una uniformización de las condiciones de competencia entre diferentes fabricantes, como la que sin lugar a dudas caracteriza la situación existente en el caso de autos.

Así pues, a la vista de las particularidades del presente caso, ciertamente no parece factible remitirse a la sentencia Metro/Comisión para sostener la tesis de que la Comisión declaró indebidamente la existencia de una restricción de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

2. Ello nos lleva a la siguiente cuestión, a saber, la de si efectivamente la Comisión tuvo en cuenta de manera suficiente y correcta todas las circunstancias esenciales para la *apreciación del sistema de distribución de las labores del tabaco en Bélgica* y, en consecuencia, obró correctamente al declarar que existía una restricción sensible de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

A este respecto, como se sabe, las demandantes se remiten a las especiales condiciones de competencia que caracterizan al mercado de labores del tabaco. Desde su punto de vista, resulta determinante la percepción de un elevado impuesto proporcional calculado sobre la base del precio de venta al por menor establecido por el fabricante o el importador, estando limitada la competencia a la baja en razón de la existencia de un impuesto mínimo. Por otra parte, las normas vigentes en Bélgica en materia de control de precios no permiten aplicar aumentos de precios a voluntad, sino que, en el caso de las labores del tabaco, rige la norma del precio fijo establecida en el artículo 58 de la Ley belga de 3 de julio de 1969, de la que ya se trató en la sentencia Inno, antes citada. Además, alegan que debe tenerse en cuenta que, con arreglo al Derecho belga, no es posible adquirir diferentes precintas de circulación para una misma marca de cigarrillos, y que también las disposiciones de la normativa sanitaria afectan a la competencia. En su opinión, la Comisión no tuvo en cuenta esta circunstancia, o al menos no lo hizo de manera adecuada. Siempre según las demandantes, en su apreciación de la magnitud de la restricción de la competencia, la Comisión pasó por alto, en particular, el hecho de que las mencionadas normas reducen sustancialmente el margen de competencia existente –algunas llegan a sostener incluso que prácticamente excluyen la competencia– y de que las empresas interesadas no tienen

más remedio que contrarrestar las distorsiones de la competencia inducidas por el Estado, que excluyen una «workable competition», mediante medidas de regulación del mercado.

a) A mi entender, es útil iniciar el examen de este conjunto de cuestiones controvertidas con una breve exposición de la apreciación de las «medidas anteriores» desde el punto de vista del Derecho de la competencia que hace la Comisión en su Decisión, pues, si bien es cierto que, en principio, dicho examen se refiere a la totalidad de las medidas de regulación de la distribución de labores del tabaco, no lo es menos que, en última instancia, se pondrá de manifiesto la necesidad de formular algunas consideraciones específicas sobre dichas medidas.

aa) *Las medidas anteriores*

– Por lo que respecta, en primer lugar, a la clasificación de los comerciantes en categorías y la asignación de márgenes de beneficio fijos para cada una de ellas, la Comisión lo considera una restricción de la competencia entre fabricantes basada en los márgenes de beneficio que conceden. Por otra parte, también parte de la base de que constituye una restricción del margen de competencia entre los mayoristas. La Comisión basa su conclusión en que –dado que, según asegura, los criterios de clasificación no tienen en cuenta el resto de los servicios y esfuerzos prestados por los comerciantes de forma individual– se hace imposible la competencia basada en los servicios prestados a los fabricantes y en que los mayoristas no compiten entre sí a través de la fijación de sus precios de reventa.

– La imposición a los mayoristas y a los minoristas, respectivamente, de la obligación de respetar los precios de venta y de reventa establecidos por los fabricantes es considerada asimismo por la Comisión una restricción de la competencia basada en los precios que podría existir respecto de una misma marca.

– En la medida en que se estableció un límite cuantitativo al número de mayoristas de determinadas categorías que debían reconocerse, la Comisión declara la existencia de una restricción de la posibilidad de acceso al mercado de los mayoristas no reconocidos.

– En relación con la prohibición, impuesta a los mayoristas reconocidos, de suministrar a otros mayoristas y a determinados minoristas, la Comisión estima que, con ella, se privó a este tipo de intermediarios de la posibilidad de efectuar determinadas ventas y mejorar su posición de mercado; además, se impidió a los compradores adquirir mayores cantidades y en mejores condiciones.

– Por lo que respecta a la imposición de plazos de pago máximos a los mayoristas, la Comisión subraya que incidió en los márgenes de beneficio de los fabricantes y de los comerciantes.

– Sobre la obligación de los minoristas de ofrecer un surtido mínimo, la Comisión critica, por último, el hecho de que impidiera promover de forma especial las ventas de una determinada marca, y que ello obligó a

los comerciantes a mantener existencias de marcas difíciles de vender, dando lugar a una inmovilización improductiva de su fondo de maniobra.

bb) La Comisión valora de forma similar *las medidas* de carácter análogo *contenidas en la recomendación*

– Por lo que respecta a la clasificación de los comerciantes en categorías y la asignación de márgenes de beneficio a cada una de ellas, la Comisión se refiere igualmente a la existencia de una restricción de la competencia tanto entre los fabricantes como entre los revendedores. En la medida en que la clasificación se hace en función del número de marcas ofrecidas –con lo que se crea una cierta obligación en relación con la composición del surtido–, se considera, también por lo que respecta a las medidas anteriores, que existe una restricción de la competencia que afecta a dichos comerciantes.

– En relación con la normativa relativa a la bonificación de fin de año, la Comisión concluye que se restringe la competencia entre fabricantes en este ámbito. Además, la Comisión subraya que, de este modo –dado que la bonificación se calcula sobre la base de las compras totales realizadas a todos los fabricantes– pierden su sentido los esfuerzos especiales de un comerciante para obtener ventajas adicionales de un fabricante y la concentración de las compras en un determinado fabricante, por no mencionar el hecho de que dicho sistema penaliza a los fabricantes que entran por primera vez en el mercado, lo que dificulta el acceso al mercado.

– En relación, por último, con la imposición de plazos de pago máximos uniformes, se señala, al igual que en el caso de las medidas equivalentes del sistema anterior, que impide la competencia en este ámbito.

b) Asimismo, dado que las demandantes consideran –y la Comisión no se ha opuesto, en principio– que la apreciación de estas restricciones de la competencia está condicionada por determinadas normas y prácticas estatales –los fabricantes hablan, a este respecto, de imperativos a que se ven sometidos los participantes en el mercado– que afectan al mercado, parece conveniente empezar por una exposición detallada de las mismas y tratar de evaluar sus efectos sobre la base de los elementos que se han puesto de manifiesto durante el procedimiento.

aa) *El sistema fiscal belga*

En el sector de las labores del tabaco, el sistema fiscal belga se caracteriza por la existencia de un elevado impuesto proporcional calculado sobre la base del precio de venta al por menor establecido por el fabricante o el importador, que son los sujetos pasivos del impuesto. Como se puso de manifiesto durante la vista, siempre ha sido así. El sistema no fue modificado tampoco tras la aprobación de la Directiva 72/464/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco (DO L 303, p. 1; EE 09/01, p. 39). Con arreglo a dicha Directiva, durante la primera etapa de la armonización la

proporción del impuesto específico no podrá ser inferior al 5 %, obligación a la que se ha atenido Bélgica; durante la segunda etapa de la armonización se aplica el mismo porcentaje, si bien incluyendo el Impuesto sobre el Valor Añadido. Tampoco parece que, en un futuro previsible, vaya a producirse un deslizamiento aún mayor de la relación entre el impuesto proporcional y el impuesto específico en favor de este último. Me remito, a este respecto, a la Directiva nº 77/805, con la que se dio inicio, a partir del 1 de julio de 1978, a la segunda etapa de la armonización, así como a las consideraciones formuladas durante la vista sobre la evolución previsible de esta cuestión.

El efecto fundamental de un sistema impositivo como éste consiste en que cada modificación en algún elemento de costes distinto del impuesto sobre el consumo y del Impuesto sobre el Valor Añadido, también proporcional, se traduce en una variación de una magnitud varias veces superior en el precio de venta al por menor; de este modo –como han declarado las demandantes– se multiplica el valor de cualquier acción competitiva. Por ello, se suele hablar de la existencia de un «multiplicador». En el sistema belga, el multiplicador se sitúa entre 4 y 5, y –como se ha demostrado– ni siquiera en el período comprendido entre 1972 y 1978 mostró una tendencia a disminuir, como correspondería al objetivo de la armonización, sino que más bien registró una tendencia a aumentar. Las demandantes –pero también la Comisión durante la vista– demostraron de manera convincente, con la ayuda de ejemplos numéricos, en qué se traduce esto en la realidad económica. Así, el incremento de *un solo* elemento de costes, como la parte correspondiente al fabricante o el margen de los comerciantes, produce un aumento desproporcionadamente mayor en el precio de venta al por menor, lo cual, en caso de diferenciación de los márgenes comerciales y la consiguiente diferenciación de los precios de venta al por menor, darían lugar a ventajas competitivas enormes en favor de las formas de distribución menos intensivas en costes. En sentido inverso, una reducción de los elementos de costes tendría como consecuencia una disminución desproporcionadamente grande del precio de venta al por menor, ya que la cuantía correspondiente a la renuncia a una parte de su beneficio por parte del fabricante o del comerciante se ve, por así decirlo, multiplicada con cargo a recursos fiscales. Por ello, está justificado hablar de la existencia de un efecto de distorsión de la competencia en perjuicio de los productos intensivos en costes –como las nuevas marcas, las pequeñas marcas o las marcas de pequeños fabricantes– y de las formas de distribución intensivas en costes. Así se reconoce expresamente, por lo demás, en los considerandos de la Directiva nº 72/464: en ella, se afirma que los impuestos que gravan actualmente el consumo de labores del tabaco no son neutros desde el punto de vista de la competencia y que pueden falsear las condiciones de competencia, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito comunitario. En el mismo sentido se pronuncia también el Comité Económico y Social en su dictamen sobre la propuesta de Directiva, Quinta Directiva del Consejo relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco (DO 1976, C 204, p. 1). En cierto modo, la distorsión de la compe-

tencia se ve reforzada aún en mayor medida por el hecho de que el artículo 10 de la Directiva nº 72/464 contempla la introducción de un impuesto mínimo –como ha ocurrido en Bélgica– cuyo importe no puede ser superior al 90 % del importe acumulado del impuesto especial proporcional y del impuesto especial específico que graven los cigarrillos más solicitados. Pues, con ello, es evidente que se descarta la plena acción del efecto multiplicador a la baja, fomentando el abaratamiento de los productos.

En tales circunstancias, los fabricantes tienen prácticamente vedado –en particular, si se tienen en cuenta las existencias que mantienen los comerciantes– aplicar reducciones de precios. En efecto, al no renunciar los comerciantes a su margen, sus existencias tendrían que ser desgravadas, a costa del fabricante, por un importe más que proporcional que ascendería a varias veces el beneficio al que está dispuesto a renunciar el fabricante, o bien éste tendría que retirar las mercancías para conseguir la devolución de los impuestos abonados y colocar nuevas precintas, lo que queda descartado por resultar demasiado costoso.

En una situación en la que, debido al efecto de encarecimiento del multiplicador, los productos que soportan costes elevados tienen unas oportunidades de mercado sensiblemente reducidas, se produce manifiestamente otra consecuencia, como es el efecto de nivelación o compresión sobre el margen de los fabricantes y los costes de distribución. Así lo demuestra el hecho de que el 80 % de los cigarrillos vendidos en Bélgica pertenezcan a la clase de precio más solicitada o a una clase inferior; durante un tiempo, dicho precio ascendía a 41 BFR, mientras lo cigarrillos más baratos costaban 38 BFR. A este respecto, es posible remitirse, asimismo, a la tabla que figura en la página 81 de la dúplica de la Comisión, a juzgar por la cual la parte del precio de venta de los cigarrillos que corresponde a la industria y la distribución en Bélgica es la más baja de todos los Estados miembros, con la excepción de Luxemburgo. Asimismo, puede hacerse referencia a los extractos de un informe de la Price Commission británica reproducidos en la página 18 de la réplica en el asunto 215/78, según los cuales el efecto multiplicador de un impuesto proporcional elevado –en el informe se hablaba únicamente de un impuesto proporcional del 30 %– conlleva la necesidad de reducir los costes al máximo.

En virtud de todo, ello, puede partirse perfectamente de la base de que un sistema de impuestos sobre el consumo en el que el elemento proporcional del impuesto sea muy elevado limita de forma considerable el margen de competencia de los participantes en el mercado y provoca distorsiones de la competencia que no pueden ignorarse a la hora de aplicar el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

bb) *Las disposiciones belgas de control de precios*

Con arreglo al arrêté ministériel de 22 de diciembre de 1971, los aumentos de precios deben notificarse al ministre des affaires

économiques (Ministro de Economía) con dos meses de antelación con respecto a la fecha prevista para su aplicación. Este dicta una recomendación que puede surtir el efecto, si el incremento de precios previsto supera la cuantía indicada en la recomendación, de obligar a aplazar su aplicación. A la vista de esta normativa, cuyo efecto retardador es innegable, así como de la apreciación de sus efectos, en el sector del tabaco concurren dos circunstancias especialmente significativas. Al parecer, que la normativa se aplica de forma minuciosa y estricta, ya que afecta al índice de precios, que desempeña un papel importante en numerosos sectores. En las negociaciones con el sector del tabaco participa también el ministre des finances (Ministro de Hacienda) –el cual ejerce una influencia bastante determinante–, ya que, en determinadas circunstancias, es preciso crear nuevas precintas y modificar la cuantía del impuesto mínimo, pero también porque pueden afectar a los ingresos fiscales. La principal preocupación del ministre des finances –en particular en los últimos años, en los que se ha producido un sustancial aumento de los impuestos– es garantizar la participación del fisco en todo aumento de precios, en algunos casos, en detrimento de las demás partes. Asimismo, también se esfuerza por evitar aumentos excesivos de precios que puedan provocar una contracción del consumo y, con ello, una disminución de los ingresos fiscales.

Estas circunstancias determinan, por un lado, que se proceda a un minucioso examen de todos los elementos del precio, incluidos los distintos márgenes de beneficio. Así, de documentos aportados durante el procedimiento –un escrito y una resolución de la Comisión de Precios de 1976– se desprende que se autorizó un aumento determinado con toda exactitud de los márgenes comerciales, y más concretamente aún del margen de los mayoristas. Asimismo, se ha demostrado que, de un aumento de los precio de 5 BFR aplicado en 1977, la mayor parte correspondió al Estado, concediéndose sólo una pequeña fracción a los minoristas. También reviste interés el hecho de que, en 1978, las autoridades competentes en materia de precios mantuvieron éstos a un nivel considerablemente menor del solicitado por los interesados –en lugar de 28 BFR, tan sólo se autorizó un aumento de 20 BFR a los fabricantes, y en lugar de 12 BFR, sólo se autorizó 8 BFR a los comerciantes–, lo que dio lugar a una reducción de los márgenes en términos porcentuales.

Las mencionadas particularidades en la aplicación del sistema de control de precios, en particular la participación del ministre des finances, explican que la Administración –si bien no se excluyen ni las notificaciones individuales por parte de una sola empresa ni la aplicación de medidas de precios individuales– valore positivamente las negociaciones colectivas con asociaciones, es decir, una cierta concertación. A este respecto, resulta significativo el ejemplo, expuesto por la demandante BAT, relativo a la introducción de una nueva marca a un precio fijo bajo, en cuyo caso, al parecer –para mayores detalles, me remito a las explicaciones aportadas durante la vista–, tras un aumento general de los precios en 1977, sólo se consiguió mantener el precio más bajo deseado por el fabricante tras no poca insistencia y sólo durante un breve período de tiempo.

Así pues, cabe señalar que la aplicación de las disposiciones de control de precios favorecen las actuaciones colectivas en la determinación de los precios y de sus diversos elementos. Por otra parte, puede afirmarse también, habida cuenta de la considerable compresión de la parte correspondiente al fabricante y de los márgenes a que conduce la aplicación de la normativa –debido, por ejemplo, a que en 1979 hubo que asimilar la contracción de las ventas provocada por los aumentos de impuestos– que dicha aplicación contribuye a reducir de forma sustancial el margen de competencia.

cc) *La política fiscal belga*

En este contexto, las demandantes añadieron también algunas consideraciones específicas sobre la política fiscal belga. Según su exposición, los impuestos sobre el tabaco constituyen una importante fuente de ingresos fiscales; dado que las previsiones sobre su cuantía figuran en el presupuesto, debe ser previsible con un alto grado de fiabilidad. Además, se registra una tendencia al aumento de los ingresos, lo que se demuestra por el hecho de que, en los últimos diez años, el impuesto se haya quintuplicado.

En efecto, es innegable –algo que ya se dijo en relación con el anterior punto tratado, relativo al control de precios– que también la política fiscal contribuye de manera significativa a limitar el campo de acción de las empresas. Me remito, una vez más, a lo ya expuesto en relación con los esfuerzos de la demandante BAT por mantener un determinado nivel de precios para una nueva marca. A este respecto, son pertinentes, asimismo, las declaraciones realizadas por el Gobierno belga en un procedimiento iniciado en su contra con arreglo al artículo 169 del Tratado. Según dichas declaraciones, cabe suponer que, en una situación en la que se produjera una reducción del precio de venta al por menor –en razón, por ejemplo, de los esfuerzos competitivos especiales realizados por los comerciantes en relación con una marca concreta, recompensados con una mayor remuneración–, el ministre des finances no aceptara la consiguiente disminución de los ingresos derivados de los impuestos sobre el tabaco y buscaría la manera de contrarrestarla, por ejemplo, mediante el establecimiento de un impuesto especial elevado.

En mi opinión, no es preciso profundizar más en esta cuestión para llegar a la conclusión de que unas perspectivas como éstas paralizan los esfuerzos competitivos, y que se trata de un elemento a tener en cuenta en la aplicación del artículo 85 del Tratado.

dd) *La normativa belga en materia de precios fijos*

Con arreglo al artículo 58 de la Ley belga del Impuesto sobre el Valor Añadido, que entró en vigor el 1 de enero de 1971 y que ya nos es conocida a raíz del asunto 13/77, antes citado, es obligatorio respetar los precios indicados en las precintas de circulación.

Está claro que esto significa que, en el caso de un comerciante que realice esfuerzos especiales de promoción de una marca concreta, no sólo resultará difícil, sino imposible, instrumentar dichos esfuerzos mediante una reducción del precio de venta al por menor. Por consiguiente, dicha normativa tiene como consecuencia la exclusión, en la fase del comercio al por menor, de toda competencia en torno a una misma marca, algo que tampoco puede eludirse –como equivocadamente asegura la Comisión– mediante eventuales entregas gratuitas de cigarrillos, ya que el artículo 5 del Reglamento publicado como anexo a la Orden Ministerial belga de 22 de enero de 1948, que la Comisión invoca en este contexto, tan sólo se refiere, en realidad, a las ventas en condiciones preferentes realizadas al personal de los fabricantes e importadores. Por el contrario, se trata de un elemento a tener en cuenta al examinar el comportamiento competitivo de las empresas que intervienen en el mercado de las labores del tabaco.

A mi juicio, no puede oponerse, a este respecto, la sentencia Inno, antes citada, en la que se examinó el mencionado artículo 58 desde la perspectiva del perjuicio del comercio entre los Estados miembros. En efecto, dicha sentencia se limita a declarar que el órgano jurisdiccional de remisión debe investigar si los precios fijos al por menor son compatibles con el Derecho comunitario, determinando, en particular, si «teniendo en cuenta los obstáculos de orden fiscal que afectan al sector de dichos productos, si semejante régimen de precios impuestos es capaz por sí mismo de dificultar directa o indirectamente, actual o potencialmente, las importaciones entre Estados miembros». En consecuencia, no puede concluirse en modo alguno –como ya intenté demostrar en mis conclusiones en el citado asunto– que el mencionado artículo 58 no deba aplicarse por ser incompatible con el Derecho comunitario.

Por lo demás, cabe añadir, en este contexto –en el caso de que se parta de la base de la inaplicabilidad del artículo 58 o se pretenda considerar posible que los comerciantes están en condiciones de inducir de forma indirecta, mediante esfuerzos especiales, una reducción de los precios de venta al por menor–, que incluso en ese caso resulta difícil de imaginar una competencia significativa en torno a una misma marca basada en los precios de venta al por menor. En esta medida, no puede evitarse la reflexión de que difícilmente los fabricantes estarán dispuestos a tomar como base para el pago de los impuestos una cantidad superior al precio que deben pagar los consumidores, de modo que, de aplicarse un precio inferior al que figura en la precinta, se esforzarán por impulsar una igualación general de los precios a la baja, a lo que también contribuirá la transparencia del mercado. Además, procede recordar las consideraciones formuladas anteriormente en relación con la política fiscal en el sentido de que, en tal caso, el fisco intentaría compensar la pérdida de ingresos fiscales, de modo que los eventuales esfuerzos competitivos sólo se traducirían en una ventaja para los consumidores durante un breve período de tiempo.

ee) *La prohibición de utilizar distintas precintas de circulación para una misma marca de cigarrillos*

Por otra parte, en el procedimiento se nos puso de manifiesto –me refiero a un escrito del ministre des finances belga de 25 de junio de 1979 y la respuesta del Gobierno belga a una pregunta de este Tribunal– que no se permite a los fabricantes e importadores comercializar cigarrillos de la misma marca, de la misma calidad y en el mismo envase con distintas precintas de precios. Así pues, rige el principio –hecha abstracción del ya mencionado caso del abastecimiento preferente al personal de los fabricantes e importadores– de equivalencia fiscal. Al parecer, un importante motivo para ello es que, de lo contrario, no sería posible prever con suficiente fiabilidad el volumen de ingresos fiscales. A este respecto, el Gobierno belga se basa –con cierta razón, como no puede por menos que reconocerse–, desde la adopción de la Directiva 72/464 del Consejo, en su artículo 4, según el cual el impuesto especial proporcional debe calcularse sobre el precio *máximo* de venta al por menor, que, ciertamente, sólo puede ser uno.

También esto constituye una clara restricción de las posibilidades de competencia que debe tenerse en cuenta. En la práctica, con ello se impide a los operadores que participan en las sucesivas fases de comercialización –como, por ejemplo, las empresas con bajos costes de distribución– traducir su eventual renuncia a una parte del margen, perfectamente plausible en el marco de la realización de especiales esfuerzos de ventas, en una precinta especial, lo que les permitiría repercutirla al consumidor.

ff) *Disposiciones de la normativa sanitaria*

Procede examinar también, por último, ciertos imperativos supuestamente derivados de las disposiciones de la normativa sanitaria belga e invocadas por las demandantes. Entre ellos, se citó la obligación –que según se afirma afecta negativamente a las ventas– de incluir en las cajetillas de cigarrillos una indicación de los efectos perjudiciales para la salud del consumo de tabaco, así como determinadas medidas relativas, en particular, a la publicidad, que, según aseguran las demandantes, constituye un área de acción fundamental de la competencia en el mercado de cigarrillos.

No obstante, mi impresión a este respecto es que dichas disposiciones no pueden ser seriamente consideradas para la apreciación del asunto desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

En efecto, por un lado, cabe albergar serias dudas sobre si efectivamente la mencionada obligación de imprimir determinadas indicaciones en las cajetillas –dejando de lado el hecho de que afecta a todos los productos por igual– contribuye a reducir las ventas, de modo que ejerce una influencia determinante en la situación del mercado al reducir la propensión al consumo.

Y en cuanto al resto de las medidas y, en particular, la limitación de la publicidad, no

se ha conseguido acreditar la existencia de ninguna normativa estatal en este sentido con anterioridad a la adopción de la Decisión impugnada. Difícilmente puede considerarse como tal la autolimitación de las empresas en este sentido que mencionan las demandantes en su réplica, la cual, además, según explicaciones aportadas por la Comisión que no han suscitado controversia, aunque fueron aceptadas por el Ministro no pusieron fin a la publicidad. Ahora bien, no cabe ninguna duda de que las normativas que entraron en vigor posteriormente –una Ley de 24 de enero de 1977, con arreglo a la cual el Ministro puede adoptar medidas restrictivas y, en particular, los Reglamentos de diciembre de 1979 y marzo de 1980 invocados en la vista, de los cuales solamente este último se refiere a la publicidad– carecen de pertinencia en el presente caso.

c) Al plantearnos, tras todas estas consideraciones, si tiene fundamento la apreciación del sistema de distribución belga de las labores del tabaco desde el punto de vista del Derecho de la competencia que hizo la Comisión o, por el contrario, procede su anulación, se plantean diversas reflexiones.

aa) Para empezar, los demandantes alegaron, por un lado, que la Decisión contiene algunos errores, e intentaron demostrar que la Comisión se basó en parte en hechos y circunstancias erróneas que, a su entender, afectaron su apreciación.

Así, por ejemplo, en el primer considerando de la Decisión se afirma que las ventas de cigarrillos registran una permanente tendencia al alza, cuando, en realidad, sólo se registró un aumento entre 1967 y 1973, fecha a partir de la cual –como, según las demandantes, puede demostrarse con datos estadísticos– se registró un retroceso. En el punto 11 de la Decisión se afirma que, en Bélgica, las labores del tabaco están gravadas por un impuesto especial *ad valorem* que hace las veces del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando, en realidad, el Impuesto sobre el Valor Añadido se percibe *además* del impuesto sobre el consumo. Asimismo, en el punto 88 se subraya que las labores del tabaco no eran las *únicas* en estar gravadas con un impuesto elevado. En opinión de las demandantes, dicha afirmación se refería, de forma manifiesta –como también ha quedado claro durante el procedimiento ante este Tribunal– a la tributación del aceite mineral, el alcohol y las bebidas alcohólicas, pero pasó por alto el hecho de que dichos productos están sujetos a un único impuesto específico que no da lugar a un efecto multiplicador. No menos importante, según afirman las demandantes, es el hecho de que –en referencia a las consideraciones formuladas en el punto 81 de la Decisión– los mayoristas tienen la posibilidad efectiva de competir entre sí sobre la base de los servicios que prestan a los fabricantes, ya que éstos pueden reaccionar concediendo otras ventajas distintas de los márgenes comerciales uniformes.

En relación con esta alegación, hay que reconocer, ciertamente, que la cuestión de si el mercado se encuentra en proceso de expansión –como asegura la Comisión en términos generales respecto del consumo de cigarrillos– o las ventas totales están experi-

mentando una reducción, con lo que se dificulta el mantenimiento y el aumento de las cuotas de mercado, reviste cierta importancia para la apreciación de las condiciones de mercado y la situación de la competencia. También es importante, para la apreciación de la situación de la competencia –en referencia al último punto expuesto por las demandantes– si, además de los márgenes comerciales, los fabricantes conceden o no otras ventajas en relación con las cuales sí exista competencia, al no verse afectadas por las restricciones de la competencia. Según las demandantes –que han insistido sobre este punto ante el Tribunal–, así sucede en el presente caso, habiéndose mencionado a este respecto, por ejemplo, la frecuencia y la rapidez de los suministros, las campañas de lanzamiento con primas especiales, el apoyo en materia de instalaciones y publicidad, la cesión de muestras gratuitas y la prestación de asistencia jurídica y otras formas de cooperación en caso de dificultades temporales. Las demandantes afirman que, en razón de todo ello –y, por mi parte, recuerdo una vez más las alegaciones de la asociación de comerciantes de prensa–, también existe una competencia muy activa entre mayoristas, incluidos los pertenecientes a una misma categoría, basada en la fijación de los precios de venta, la concesión de créditos, la frecuencia de los suministros, la composición del surtido, la asistencia contable, entre otras, o la retirada de las mercancías no vendidas. En su opinión, así lo demuestra el hecho –confirmado, a su juicio, por algunas consideraciones formuladas en las observaciones sobre el primer pliego de cargos– de que se produzcan variaciones considerables precisamente en la evolución de las ventas de los diferentes mayoristas.

Por otra parte, no puede negarse que las demandantes tienen razón al criticar las afirmaciones contenidas en la Decisión relativas a la tributación de las labores del tabaco. Dichas críticas están dirigidas, por un lado, contra el punto 88 de la Decisión. Si la Comisión, como parece desprenderse de dicho punto, considera comparable la tributación del alcohol y el petróleo crudo con la tributación de las labores del tabaco, evidentemente no tuvo en cuenta la diferencia fundamental que existe entre los impuestos específicos y los impuestos proporcionales –estos últimos gravan únicamente las labores del tabaco–, pasando por alto, de este modo, el efecto multiplicador que efectivamente falsea de forma sustancial las condiciones de la competencia. Lo mismo puede decirse del punto 11 de la Decisión. De su tenor se deduce claramente que la Comisión no tuvo en cuenta que el Impuesto sobre el Valor Añadido se percibe *además* del impuesto sobre el consumo, de modo que, habida cuenta de que también el Impuesto sobre el Valor Añadido es un impuesto proporcional, el resultado es un incremento del efecto multiplicador.

En mi opinión, se trata de cuestiones todas ellas que, ciertamente, revisten importancia para la apreciación de la Decisión, pero que, por sí solas, difícilmente bastarán para ponerla seriamente en tela de juicio.

bb) Acto seguido, las demandantes alegan también que la Comisión no tuvo en cuenta, en la investigación del asunto, las particularidades del mercado belga de tabaco, que necesariamente llevan a la conclusión de que la competencia basada en los márgenes

queda prácticamente excluida como consecuencia de las normativas anteriormente descritas o, cuando menos, que el margen de competencia queda tan reducido que las medidas reprochadas no pueden considerarse una restricción *sensible* de la competencia. Subrayan las demandantes que la Comisión se basó, para la apreciación jurídica de las medidas desde el punto de vista del Derecho de la competencia, en un punto de vista fundamentalmente erróneo, habida cuenta de que no es posible conciliar con la jurisprudencia anterior la afirmación formulada en el punto 88 de la Decisión, según el cual:

«Cuando, en su caso, las disposiciones legales o reglamentarias nacionales tienen por efecto restringir la competencia, los efectos de las restricciones de la competencia de carácter privado que vienen a añadirse a las mismas son, inevitablemente, aún más sensibles.»

Además, las demandantes recalcan que es insostenible que la Comisión se remita, en el punto 83 de la Decisión, en el que se trata del sistema belga de precios fijos, a fórmulas empleadas en la sentencia recaída en el asunto 13/77, antes citado, para explicar que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado también es aplicable cuando una restricción de la competencia se ve *favorecida* por una disposición legal nacional.

En mi opinión, a este respecto procede formular, en concreto, las siguientes observaciones:

– Efectivamente, de la motivación de la Decisión no sólo se obtiene la impresión de que las investigaciones emprendidas por la Comisión fueron insuficientes, habida cuenta de que, en el punto 88 de la Decisión, se trata únicamente de la magnitud de la carga fiscal y del sistema de notificación de los aumentos de los márgenes de beneficio y los precios de reventa, pero no de otras particularidades del mercado belga de tabaco igualmente pertinentes como las que se han mencionado anteriormente. A la vista de la motivación de la Decisión, se plantea con razón la cuestión de si se ha examinado en modo alguno cuál es el margen de maniobra que les queda a los operadores económicos en razón de las particularidades del mercado belga que se han descrito. A este respecto, resulta significativa la expresión «cuando, *en su caso*, las disposiciones legales o reglamentarias nacionales tienen por efecto restringir la competencia [...]» Esta actitud de la Comisión se explica por la tesis, expuesta en la segunda parte de la frase, según la cual, cuando las disposiciones estatales restringen el margen de competencia, «las restricciones de la competencia de carácter privado que vienen a añadirse a las mismas son [...] *aún más* sensibles», por lo que, por lo que parece, están comprendidas en todo caso dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Se trata de algo que puede conceptuarse de error grave. En efecto, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal (sentencia Metro/Comisión, antes citada), el artículo 85 del Tratado presupone la existencia de una competencia eficaz (workable competition). En consecuencia, cuando determinadas normativas reducen considerablemente el margen de competencia, debe determinarse en qué medida lo hacen y si, pese a todo,

queda margen para una competencia eficaz que pueda verse restringida de forma sensible por medidas de carácter privado.

– Asimismo, no puede por menos de criticarse el concepto fundamental del que, al parecer, partió la Comisión al tratar la cuestión de la restricción sensible de la competencia. Recordaré, a este respecto, la ya citada formulación del punto 88 de la Decisión, a tenor del cual «cuando las disposiciones legales o reglamentarias nacionales tienen por efecto restringir la competencia, los efectos de las restricciones de la competencia de carácter privado que vienen a añadirse a las mismas son aún más sensibles». Recordaré, asimismo, las declaraciones de la Comisión en su escrito de contestación, según las cuales, con arreglo a la jurisprudencia, el factor determinante es la posición de mercado de los interesados, es decir, su cuota de mercado. Ahora bien, según la Comisión, a este respecto es importante el hecho de que los miembros de la FEDETAB, entre los que se encontraban la práctica totalidad de los fabricantes belgas, poseían una cuota de mercado muy elevada –diez marcas de las demandantes concentraban dos terceras partes de las ventas en Bélgica–, así como que la mayoría de los fabricantes belgas se encuentran bajo el control de empresas multinacionales, y que siete de las demandantes pertenecen a cuatro grandes grupos internacionales.

En contra de estos argumentos, las demandantes invocan la conocida jurisprudencia del Tribunal en los asuntos del azúcar (sentencia Suiker Unie y otras/Comisión, antes citada, pp. 1939 y ss.). En aquel procedimiento, se trataba de una práctica concertada de control de los suministros de azúcar a Italia con el fin, entre otros, de aislar el mercado italiano del azúcar. Se probó que la organización común de mercados en el sector del azúcar, con su regulación de las cuotas, dejaba escaso margen a la competencia.

Asimismo, se puso de relieve que tanto las normativas italianas como las medidas adoptadas por las autoridades italianas habían tenido efectos restrictivos de la competencia. En consecuencia, el ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia se había visto reducido hasta el punto de que los comportamientos denunciados por la Comisión no podían restringir la competencia de forma sensible.

Ahora bien, es preciso reconocer que dicha jurisprudencia no puede trasferirse sin más al presente caso. No obstante, de ella si es posible deducir *una* idea básica para la apreciación jurídica de las infracciones de la competencia en situaciones como la presente, y es que el factor determinante no puede ser únicamente la posición de mercado, ya que los fabricantes italianos de azúcar poseían una cuota de mercado considerable y los participantes en el acuerdo proporcionaban tres cuartas partes de las importaciones italianas. El elemento determinante es, en consecuencia, la necesidad de proceder a un examen minucioso de cuál es el margen de competencia que dejan las normativas estatales y apreciar, en función de dicho examen, si existe una restricción sensible de la competencia.

En el presente caso, no se procedió a efectuar dicho examen de manera satisfactoria. Por otra parte, después de todo lo que hemos oído, no puede excluirse que las particularidades del mercado belga dieran lugar a una reducción muy considerable del margen de competencia, incluso para los productores, en los ámbitos de que se trata en la Decisión. Por ello –precisamente porque las comprobaciones pertinentes que no se hayan realizado durante el procedimiento administrativo sólo en alguna medida pueden subsanarse en el procedimiento ante el Tribunal, en el que, por lo demás, se ha mantenido la controversia sobre determinados elementos–, procede reconocer el fundamento del reproche de las demandantes según el cual la Decisión de la Comisión se basa en un error grave, ya que no se investigó la cuestión de si las medidas criticadas supusieron una restricción *sensible* de la competencia, o al menos no se hizo de manera sistemática.

– Asimismo, se puede reprochar a la Comisión, en este contexto –en referencia al punto 83 de la Decisión impugnada– haber utilizado indebidamente la consideración formulada en la sentencia Inno, antes citada (pp. 2141 y ss.) en el sentido de que el artículo 86 también es aplicable cuando las normativas nacionales favorezcan el abuso. A este respecto, la Comisión declaró que las demandantes no habían demostrado en modo alguno que los elementos de que se trata en la recomendación FEDETAB tuvieran su origen en una normativa de carácter estatal ni que las normativas belgas descritas favorecieran las distintas restricciones de la competencia criticadas. Pero, aun cuando así fuera, según la Comisión, que se remite a la sentencia Inno, antes citada, un efecto favorecedor de este tipo no llevaría a excluir la aplicación del artículo 85 del Tratado.

A mi entender, cabe albergar muchas dudas incluso sobre si la idea expresada en la sentencia Inno en relación con el artículo 86 puede trasladarse sin más al artículo 85 del Tratado. Al fin y al cabo, no debe olvidarse que, en el caso del artículo 86 –dado que, en presencia de una posición dominante, la competencia queda ya prácticamente eliminada– no se plantea el problema del carácter sensible de la restricción, o al menos no en la misma forma que en el caso del artículo 85 del Tratado. Pero aún es más importante el hecho de que las demandantes no aleguen en modo alguno la existencia de un efecto *favorecedor* de este tipo. En cambio, invocan más bien el hecho de que las disposiciones belgas de que se trata, en particular, el elevado impuesto proporcional con su efecto multiplicador, que desde 1973 tiene su sustento incluso en el Derecho comunitario –en la Directiva 72/464–, pueden producir una grave *distorsión* de las condiciones de competencia. A su juicio, determinadas disposiciones nacionales sobre el respeto del precio que figura en la precinta y la prohibición de utilizar precintas diferentes para una misma marca están destinadas a limitar dicha distorsión, de modo que deben considerarse asimismo consecuencia del falseamiento de la competencia provocado por el impuesto proporcional. Según aseguran, el objetivo principal de las medidas reprochadas por la Comisión consiste en contrarrestar dicho falseamiento, amortiguar las distorsiones de las diferencias de costes e introducir un cierto elemento de estabilidad en la remuneración de los comerciantes.

En mi opinión, resulta difícil negar el fundamento de este tipo de reflexiones o del punto de vista de las demandantes según el cual, cuando en el Derecho comunitario se plantea un conflicto entre el Derecho de la competencia, por un lado, y la política fiscal, por otro, debe tenerse en cuenta, en la aplicación de las normas sobre la competencia, que a su juicio no tienen prioridad alguna sobre otras partes del Tratado, hasta qué punto, en su caso, medidas que podrían calificarse de contrarias a la competencia están destinadas únicamente a contrarrestar distorsiones de la competencia derivadas del Derecho fiscal. Sobre esta base, es perfectamente posible sustentar la tesis según la cual se trata de una cuestión de peso en el marco del examen del carácter sensible de las restricciones de la competencia, y que procede reprochar a la Comisión que no la tuviera en cuenta.

– Sobre la base de estas consideraciones, nada más fácil que sacar la conclusión de que procede considerar atacable la apreciación de la Comisión en relación con la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado al sistema belga de distribución de labores del tabaco, conclusión que, como se verá de inmediato, no puede ser definitiva por lo que respecta a la Decisión sobre las medidas anteriores.

cc) Así pues, no es realmente necesario continuar examinando las críticas formuladas por las demandantes a la apreciación de los diferentes elementos del sistema. No obstante, si, en contra de la opinión de la Comisión, que considera que el sistema debe considerarse en su conjunto, se sigue adelante con dicho examen –porque no puede suponerse, simplemente, que en ningún caso pueden mantenerse determinadas partes del sistema si alguno de sus elementos resulta contrario al Derecho de la competencia–, procede formular aún las siguientes observaciones:

– *La fijación de plazos de pago máximos*

En este contexto, las demandantes niegan, por un lado, que los plazos de pago –como se afirma en la Decisión– se estén reduciendo cada vez más y que en ningún caso sean superiores a 14 días. Según sus alegaciones, en la práctica se da una aplicación flexible y heterogénea –algunas demandantes afirman practicar por principio el pago al contado–, por lo que, en este ámbito, existe una competencia efectiva. Por otra parte, habida cuenta de la rápida rotación de existencias de los cigarrillos y del hecho de que, en Bélgica, más del 70 % del precio lo constituyen los impuestos, que los fabricantes e importadores deben abonar por adelantado, el empeño colectivo por eludir los plazos de pago excesivos, en los que los más interesados eran los grandes clientes, debe considerarse ante todo como una medida dirigida contra los excesos de la competencia y un indicio de los riesgos que entrañan dichas prácticas en razón, precisamente, del considerable aumento registrado por los tipos de interés bancarios.

Desde esta perspectiva, es evidente que no es necesario entrar en el análisis de las

afirmaciones de la Comisión relativas a la *aplicación* de dichas medidas. En efecto, a mi entender, resultan convincentes las alegaciones de las demandantes en torno al hecho de que la parte del precio correspondiente a los impuestos no constituye un verdadero parámetro de competencia, así como su exposición –acompañada de ejemplos numéricos– sobre los efectos en el precio de venta al por menor de plazos de pago más dilatados. Sobre la base de dichas alegaciones, cabe concluir que el empeño de los fabricantes a este respecto pretendía fundamentalmente evitar distorsiones de la competencia y que, en consecuencia, la regulación de los plazos de pago, en la medida en que no puede considerarse un mecanismo de competencia que merezca protección, tampoco puede calificarse, al menos, de restricción sensible de la competencia.

– *La imposición de un surtido mínimo como condición para la concesión de determinadas ventajas*

A este respecto, la reflexión de las demandantes, según la cual de este modo se fomentaba la competencia entre los fabricantes, es decir, entre las distintas marcas, y además recibían una oportunidad de distribución las pequeñas marcas que, de otro modo, desaparecerían del mercado debido a sus elevados costes de distribución, no reviste, desde luego, tanta importancia para la apreciación desde el punto de vista del Derecho de la competencia. En cambio, debe tenerse presente que la obligación –indirecta– de ofrecer un determinado surtido únicamente afectaba, en la fase del comercio al por menor, a una pequeña fracción de los distribuidores, 2.000 de aproximadamente 80.000 puntos de venta. También reviste interés el hecho de que, según las observaciones formuladas por el representante de la asociación de comerciantes de prensa, todos los comerciantes de este tipo, que canalizan en torno al 60 % de las ventas de cigarrillos en Bélgica, mantienen de todos modos existencias de más de 60 marcas para atender a los deseos de sus clientes, y que los grandes clientes –como se desprende de las declaraciones de Mestdagh y Huyghebaert– alcanzan sin dificultades las 90 marcas en función de sus ventas. Dado, por otra parte, que el almacenamiento de un pequeño número de marcas menos vendidas y más difíciles de vender no supone la inmovilización de un volumen de capital significativo y difícilmente impide la promoción de las ventas de una o varias marcas determinadas –a este respecto, reviste interés el hecho de que, en Bélgica, 17 marcas poseen una cuota de mercado de aproximadamente el 70 %, y en torno a 30 marcas cubren la práctica totalidad del consumo–, hay razones más que suficientes para pensar que tampoco en este caso cabe hablar de una restricción sensible de la competencia.

– *La bonificación de fin de año*

Por lo que respecta a esta cuestión, la alegación de las demandantes, según la cual en el mercado de cigarrillos es normal que un comerciante no concentre sus compras en *un solo* fabricante y que, por tanto, tampoco esté prevista la concesión de descuentos por volumen individuales, no me parece especialmente consistente. Aun así, no puede

ignorarse la referencia a la magnitud relativamente baja de dicha bonificación, que, al parecer, puede ascender, como máximo, a una fracción de un punto porcentual de las ventas. En efecto, si se tiene esto presente, resulta difícil imaginar que de este modo se dificulte el acceso al mercado de los nuevos competidores con una política de descuentos propia. Además, hay que reconocer que sería más lógico temer una consecuencia como ésta en el caso de que la bonificación se calculara sobre la base de las cantidades compradas a cada fabricante individual. Dado, por otra parte, que no se excluye –como lo hemos visto– que los fabricantes concedan remuneraciones especiales por determinadas prestaciones, también en este caso es dudoso que se trate de una restricción sensible de la competencia.

3. En la medida en que los recursos no se limitaron expresamente a la parte de la Decisión relativa a la recomendación, los motivos de las demandantes relativos a la apreciación del sistema belga de distribución de labores del trabajo estaban en lo esencial referidos, por lo que respecta al cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, tanto a las medidas anteriores como a la recomendación. No obstante, es preciso hacer aquí algunas consideraciones adicionales en torno a la cuestión de si la apreciación que se ha hecho hasta ahora es efectivamente suficiente para anular no sólo el artículo 2 de la Decisión, sino también su artículo 1, dado, por un lado, que el sistema de distribución creado mediante la recomendación se diferencia en algunos aspectos del vigente anteriormente y, por otro, que también la situación legal belga, a la que ha sido preciso referirse con detalle, ha experimentado algunas modificaciones.

Me limitaré a recordar que las medidas anteriores no sólo establecían una clasificación de los comerciantes en distintas categorías con diferentes márgenes de beneficio, la imposición de plazos de pago máximo para los mayoristas y la oferta de un surtido mínimo de cigarrillos. Asimismo, tenían por objeto –lo que ya no sucedía en el caso de la recomendación– el respeto de los precios de compra establecidos por los fabricantes por parte de los mayoristas y de determinados minoristas, la limitación del reconocimiento de mayoristas de determinadas categorías y la prohibición, impuesta a los mayoristas reconocidos, de suministrar a otros mayoristas y a determinados minoristas. Asimismo, tampoco puede ignorarse –habida cuenta de que la Decisión impugnada se refiere, por lo que respecta a las medidas anteriores, al período posterior a 1962– que la normativa belga en materia de precios fijos (artículo 58 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido) entró en vigor el 1 de enero de 1971, y que la normativa comunitaria (Directiva 72/464) que autorizó un elevado impuesto proporcional no fue aplicable hasta 1973, mientras que, aparentemente, ya desde antes de la Orden Ministerial de 22 de diciembre de 1971, a saber, desde octubre de 1959, existían disposiciones relativas al control de precios.

a) Sin embargo, tengo la impresión –permítanme anticipar el resultado de mis reflexiones– de que estas circunstancias no requieren modificar fundamentalmente la apreciación de que es objeto la parte de

la Decisión que se refiere a las medidas anteriores.

– En efecto, lo que importa es que el margen de competencia en el mercado belga de labores del tabaco siempre fue muy reducido, y que las distorsiones de la competencia de que se trataba no eran nuevas.

Ello se debe, fundamentalmente, al elevado impuesto proporcional, que –como sabemos por la vista– siempre ha existido en Bélgica. También desempeña un cierto papel, a este respecto, la política fiscal, que obtiene elevados ingresos del consumo de labores del tabaco y tiene gran interés en que la estimación de dichos ingresos sea lo más fiable posible. Por el contrario, no tiene por qué ser determinante el hecho de que, a partir de 1973, el elevado impuesto proporcional estuviera sujeto al Derecho comunitario, ya que, desde luego, con anterioridad al inicio de los esfuerzos de armonización no era objetable desde el punto de vista del Derecho comunitario. Preciso es reconocer, asimismo, que el objetivo de limitar los efectos de distorsión de la competencia derivados del elevado impuesto proporcional perseguido por la normativa sobre precios fijos de 1971, tenía que conseguirse, hasta entonces, mediante mecanismos de Derecho privado, sobre los que cabe decir, además, que en ningún caso podían tener la misma eficacia que las disposiciones estatales provistas de sanciones.

– Dejando al margen los errores en que incurre la Decisión que pusieron de manifiesto las demandantes, y que en parte se refieren también, en todo caso, a las medidas anteriores, la principal crítica a la Comisión consiste en haber partido de un concepto falso para la apreciación de si existía o no una restricción sensible de la competencia. La prueba está en el punto 88 de la Decisión. A la vista de su contenido, puede reprocharse a la Comisión, con razón, no haber examinado exactamente cuál era el margen de competencia que dejaban las disposiciones nacionales en el mercado belga de labores del tabaco, y si, pese a todo, puede afirmarse que las medidas reprochadas produjeron efectos sensibles. Pero este reproche es aplicable tanto a la recomendación como a la parte principal de las medidas anteriores.

– En consecuencia, en mi opinión, al menos en la medida en que la recomendación y las medidas anteriores se superponen en lo esencial, cabe sostener la tesis de que también el artículo 1 de la Decisión de la Comisión puede criticarse por las razones anteriormente expuestas. En cuanto a los plazos de pago y a la obligación de mantener un determinado surtido, me remito, simplemente, a las consideraciones específicas formuladas al respecto.

b) No obstante, si se considera, por más que la insuficiencia del examen realizado por la Comisión por lo que respecta al carácter sensible de la restricción de la competencia se refiere obviamente al conjunto de las cuestiones que deben apreciarse, que las reflexiones expuestas no justifican, en todo caso, una crítica a la apreciación que se hace, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, de la parte de

las medidas anteriores relativas a la limitación del reconocimiento de mayoristas de determinadas categorías y la prohibición, impuesta a los mayoristas, de revender a otros comerciantes, quedaría por examinar aún si se cumple, a este respecto, el otro requisito establecido en el artículo 85 del Tratado, a saber, la posibilidad de afectar al comercio entre los Estados miembros, que también debe ser sensible (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 1978, Tepea/Comisión, 28/77, Rec. p. 1391).

A este respecto, en la Decisión (punto 91) se hace referencia, por un lado, al hecho de que el principal fabricante luxemburgués de cigarrillos, la demandante Heintz van Landewyck, es miembro de la FEDETAB y que todas sus ventas en Bélgica están sometidas a las restricciones de la competencia objeto de la Decisión. Por otro lado, se subrayó que una parte significativa de las importaciones belgas de cigarrillos y cigarros son realizadas por fabricantes pertenecientes a la FEDETAB, por lo que la distribución de los productos importados se realiza en las mismas condiciones restrictivas de la competencia que la distribución de los productos propios fabricados en Bélgica. Además, según la Comisión, cabe suponer que los importadores y fabricantes que no se adhirieron a las normas de distribución criticadas estaban sometidos, pese a todo, a las restricciones que dichas medidas provocaban en el caso de revender a comerciantes que sí respetaban dichas normas de distribución, lo cual, habida cuenta de la fuerte posición de mercado de los miembros de la FEDETAB y de la asociación de mayoristas, era la regla general.

A mi entender, aun suponiendo que las dos cláusulas mencionadas deban considerarse restricciones sensibles de la competencia, es más que dudoso que estas reflexiones basten para concluir que fueran capaces de afectar de forma sensible al comercio entre los Estados miembros. Durante el procedimiento, no se ha dado a conocer, ni la Decisión contiene ningún elemento indicativo a este respecto, cuál era el alcance de la práctica reprochada de limitación del reconocimiento de comerciantes de determinadas categorías y cuál era la trascendencia concreta de la prohibición, impuesta a los mayoristas reconocidos, de suministrar a determinados comerciantes. Ahora bien, para determinar si concurre el requisito anteriormente mencionado del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, sería necesario, en todo caso, que, en unas condiciones de venta diferentes, es decir, en caso de no existir límite alguno al reconocimiento de mayoristas y suprimirse la prohibición de los suministros horizontales, los flujos comerciales transfronterizos hubieran evolucionado de forma sensiblemente diferente.

Así pues, aun si se sostiene que las consideraciones críticas anteriormente formuladas en relación con el carácter sensible de la restricción de la competencia no puede aplicarse a la totalidad de las denominadas medidas anteriores, habría que admitir el fundamento de las críticas de las demandantes a la Decisión de la Comisión en la medida en que no existen suficientes elementos que puedan afectar de forma sensible al comercio.

4. En consecuencia, procede considerar fundados los motivos alegados en relación con la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado al sistema belga de distribución de labores del tabaco, tanto por lo que se refieren a las medidas anteriores como por lo que se refieren a la recomendación de 1 de enero de 1975, con la consecuencia de que, por dichos motivos, procede anular la Decisión en su totalidad, pues la denegación de la exención del apartado 3 del artículo 85 del Tratado presupone que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado es cuando menos aplicable.

III. Las restantes cuestiones controvertidas

Como se recordará, el litigio excedía ampliamente de las cuestiones tratadas hasta ahora. Así, por ejemplo, se discutió desde una perspectiva general, es decir, en relación con el conjunto de las medidas reprochadas por la Comisión y teniendo en cuenta un gran número de puntos de vista diferentes, la cuestión de si, efectivamente, cabe suponer la existencia de un perjuicio sensible del comercio. También se objetó que la Comisión ignorara, en la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado al mercado belga, el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas, al no haber actuado a su debido tiempo y de forma eficaz en contra de los graves obstáculos a la actividad comercial de los fabricantes extranjeros existentes en Francia e Italia, países en los que rige un monopolio del tabaco. Según las demandantes, tampoco tuvo en cuenta –en referencia, asimismo, a la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado– la Ley belga de 27 de julio de 1961 sobre la resolución unilateral de contratos de venta exclusiva, que pretende proteger a los concesionarios y es compatible con el Tratado. Además, tampoco consideró que el sistema de distribución reprochado ofrece una serie de garantías a los fabricantes, cuya desaparición tendría consecuencias negativas para la organización común de mercados en el sector del tabaco crudo, pues daría lugar, necesariamente, a una caída de los precios del tabaco crudo, a una mayor intervención y a un incremento de las exportaciones con la ayuda de restituciones.

Por último, se objetó también que la Comisión obró indebidamente al denegar la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. A este respecto, se alega, por lo que respecta a las medidas anteriores, que la Comisión ni siquiera examinó la posibilidad de conceder la exención, al no haber comprendido que un escrito de la FEDETAB de enero de 1971 debía considerarse, en realidad, una notificación, y pasar por alto el hecho de que las medidas controvertidas estaban exentas de la obligación de notificación. En relación con la recomendación de 1 de enero de 1975, se objetó, asimismo, que, en el pliego de cargos, no se hacía referencia a todos los requisitos establecidos en el apartado 3, que la Comisión negó erróneamente que dichos requisitos concurrieran en el presente caso, y que no motivó de forma suficiente su posición al respecto, precisamente por no haber examinado todos los argumentos alegados al respecto por las demandantes.

No obstante, habida cuenta de la longitud de mis consideraciones precedentes y del resultado al que he llegado en relación con la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, me abstendré de entrar en el examen de todas estas cuestiones que, según estoy convencido, no revisten ya una importancia determinante.

IV. En conclusión, a la luz de todas las consideraciones precedentes, *propongo* al Tribunal que *se pronuncie* del siguiente modo:

Procede estimar los recursos y, en consecuencia, anular en su totalidad la Decisión impugnada.

En principio, la Comisión debe cargar con las costas, incluidas las costas del procedimiento en primera instancia, en el que también se estimó el recurso de las demandantes. Por otra parte, procede decidir que las partes coadyuvantes que han intervenido en apoyo de las pretensiones de la Comisión carguen con sus propias costas, así como con la parte de las costas de las demandantes causada por su intervención.