CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. FRANCESCO CAPOTORTI
presentadas el 20 de noviembre de 1980 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Este Tribunal de Justicia ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse sobre la cuestión de los límites dentro de los cuales es posible establecer excepciones al principio de la libre circulación de mercancías basándose en derechos de propiedad industrial o intelectual o en la necesidad de reprimir las prácticas de competencia desleal. El presente asunto plantea fundamentalmente un problema de esta naturaleza, aunque presenta otro aspecto que puede referirse a las normas comunitarias que protegen la libre competencia.

En primer lugar, recordemos los hechos. La sociedad danesa Imerco, que constituye una organización de compra al por mayor de artículos para el hogar y cuyos accionistas ejercen el comercio de estos artículos en toda Dinamarca, encargó en 1978 un determinado número de servicios de porcelana a un fabricante británico, la empresa Broadhurst. Estos servicios estaban destinados a celebrar el cincuenta aniversario de Imerco; por consiguiente, debían ser decorados conforme a las instrucciones y a los modelos proporcionados por Imerco y llevar en su parte posterior la inscripción «50° aniversario de Imerco». El comerciante tenía la intención de que fueran sus propios accionistas los que comercializaran estos productos en Dinamarca. Sin embargo, y puesto que alrededor de mil servicios no se atenían completamente a las exigencias rigurosas de calidad impuestas por Imerco, ésta permitió al fabricante comercializarlos en el interior del Reino Unido, con una serie de limitaciones en las regiones normalmente frecuentadas por los turistas daneses y en determinados países no europeos. Los servicios de menor calidad fueron vendidos, de esta manera, por Broadhurst a algunos mayoristas británicos con la prohibición de revenderlos en Dinamarca.

Sin embargo, trescientos de estos servicios fueron adquiridos por Dansk Supermarked A/S en Aarhus (por intermedio de un revendedor danés que los había comprado, a su vez, en el Reino Unido) y puestos a la venta por esta empresa en sus propios grandes almacenes a precios considerablemente

* Lengua original: italiano.

inferiores a los exigidos por los accionistas de Imerco por los mismos productos de primera calidad.

Por ello, Imerco solicitó y obtuvo de los Tribunales daneses que se prohibiera a Dansk Supermarked continuar vendiendo los mencionados servicios. La prohibición fue dictada por el Byret d'Aarhus, mediante resolución de 22 de junio de 1978 y confirmada por el Sø– og Handelsret de Copenhague mediante sentencia de 19 de marzo de 1979. Efectivamente, los órganos jurisdiccionales daneses estimaron que Dansk Supermarked había infringido la reglamentación nacional aplicable (artículos 1 y 5 de la Ley de 14 de junio de 1974, nº 297) al haber puesto en venta sin el consentimiento dé Imerco, artículos que llevaban el nombre de esta última y que no estaban destinados a una «venta normal». En esencia, la infracción cometida por Dansk Supermarked consistía en haberse aprovechado de una distintiva que no le pertenecía. Otro argumento invocado por Imerco pero no admitido por el Sø– og Handelsret era que Dansk Supermarked había hecho creer a la clientela mediante indicaciones falsas, que se trataba de productos de primera calidad.

Al interponer un recurso contra la sentencia del Sø– og Handelsret ante el Højesteret, Dansk Supermarked invocó los artículos 30 y 85 del Tratado CEE y el Reglamento nº 67/67/CEE de la Comisión, de 22 de marzo de 1967, que se refiere a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva, alegando que el Derecho comunitario garantiza el derecho de efectuar importaciones paralelas y que las normas nacionales no pueden impedir el ejercicio de tal derecho.

Mediante resolución de 14 de febrero de 1980, el mencionado órgano jurisdiccional solicitó al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, una respuesta a la pregunta de si «determinadas disposiciones del Tratado CEE o los actos adoptados para su ejecución impiden la aplicación al caso de autos de Leyes danesas relativas a los derechos de autor, al derecho de marca y a la comercialización de mercancías».

Es obvio que esta cuestión se formuló de manera poco correcta puesto que, en lugar de solicitar la interpretación de determinadas normas comunitarias, el órgano jurisdiccional nacional se ha dirigido al Tribunal de Justicia para saber si el asunto de autos debe considerarse sometido al Derecho comunitario y no al Derecho danés. A pesar de esto, si se tienen en cuenta las posiciones adoptadas por las partes a lo largo del procedimiento ante el Tribunal de apelación, es fácil identificar en los artículos 30 y 85 del Tratado CEE y en el Reglamento nº 67/67 de la Comisión, las normas de Derecho comunitario que el órgano jurisdiccional nacional podría considerar pertinentes a la hora de dictar sentencia en el procedimiento principal. El artículo 30 destaca a este respecto; se trata precisamente de determinar si dicho artículo impide la aplicación de las normas nacionales sobre los derechos de autor, sobre las marcas y sobre la competencia desleal que impiden revender en un Estado miembro productos que han sido

objeto de importaciones paralelas en circunstancias como las mencionadas.

En consecuencia, considero que la cuestión que hay que responder puede ser formulada de esta manera:

«¿Es compatible con los artículos 30 y 85 del Tratado CEE (y, eventualmente con el Reglamento nº 67/67 de la Comisión) que un órgano jurisdiccional nacional prohíba el comercio en un Estado miembro de determinados productos, que ya se han puesto a la venta legalmente en otro Estado miembro, en aras de la protección de los derechos de autor o del derecho de marca, o sobre la base de normas que prohíben la competencia desleal, o en aplicación de un pacto de limitación territorial de las ventas?»

2. En relación con la prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas contemplada en el artículo 30 del Tratado, sabemos que, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, afecta a cualquier medida nacional que impida la importación o la venta de una mercancía legalmente puesta en circulación en otro Estado miembro. A este respecto me parece irrelevante que se trate de mercancías de características particulares, deseadas por el comitente con objeto de celebrar un acontecimiento significativo para él: el elemento decisivo es que el producto se haya puesto a la venta legalmente en otro Estado miembro (como sucede en el presente asunto con mil servicios de porcelana vendidos por el fabricante en el interior del Reino Unido).

Una vez dicho esto, es preciso preguntarse hasta qué punto pueden admitirse medidas nacionales del tipo indicado, a pesar de ser incompatibles con el principio del artículo 30, fundándose en la excepción contenida en el artículo 36 del Tratado CEE. Como sabemos, esta disposición establece, entre otras cosas, que las disposiciones de los artículos 30 a 34 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación justificadas por razones de protección de la propiedad industrial y comercial (a los cuales pueden asimilarse, indudablemente, los derechos de propiedad intelectual, es decir, los derechos de autor), pero siempre que estas restricciones no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. En consecuencia, ninguno de los derechos exclusivos mencionados puede invocarse lícitamente para prohibir el comercio en un Estado miembro de productos legalmente puestos en venta en otro Estado miembro, con el consentimiento del titular del derecho; la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido terminante a este respecto (véase, en último lugar, la sentencia de 22 de junio de 1976, Terrapin, 119/75,↔ Rec. p. 1039, considerandos quinto y sexto).

Este principio es también aplicable si quien efectúa un encargo de productos determinados, titular de una marca o de otro derecho de exclusiva sobre los mismos productos, ha autorizado al fabricante a vender una parte por su propia cuenta, pero solamente en un Estado miembro: en el asunto presente, Imerco había autorizado a Broadhurst a poner en circulación los servicios de segunda calidad en el interior del Reino Unido, y

no en Dinamarca. En efecto, dicha cláusula contractual no puede impedir que el derecho de exclusiva reivindicado por quien efectuó el encargo se agote –en todo el territorio comunitario– desde el momento en que dicho producto se pone en circulación, con su consentimiento, en un Estado miembro. Naturalmente, Imerco conserva la posibilidad de solicitar la indemnización por los daños sufridos en el supuesto de incumplimiento del contrato por parte del fabricante o de sus causahabientes que hayan aceptado una limitación territorial en la comercialización del producto, siempre que un acuerdo de este tipo no sea incompatible con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, que vamos a examinar a continuación.

3. Un razonamiento análogo al desarrollado a propósito de los derechos de propiedad industrial, comercial e intelectual se aplica también a las restricciones a la circulación de mercancías que pudieran derivarse de normas internas por las que se reprimen las prácticas de competencia desleal (de los autos resulta que es ésta la naturaleza de las disposiciones «sobre la comercialización» a las que se refiere la cuestión del órgano jurisdiccional danés). A decir verdad, la represión de la competencia desleal no figura entre los motivos a favor de los cuales el artículo 36 establece excepciones a la prohibición del artículo 30. Por lo demás, en las sentencias de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74,↔ Rec. p. 837), y de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral (120/78,↔ Rec. p. 649), el Tribunal de Justicia afirmó que, a falta de armonización comunitaria en materia de comercialización, se pueden admitir posibles obstáculos a la libre circulación de mercancías que se deriven de las leyes nacionales que respondan a determinadas exigencias imperativas, en particular las relativas a la lealtad en las transacciones comerciales y a la defensa del consumidor. En cualquier caso, las medidas restrictivas justificadas por dichos objetivos sólo son lícitas en la medida en que sean «razonables», es decir, no discriminatorias y se limiten al mínimo indispensable. Esta jurisprudencia fue confirmada recientemente en la sentencia de 26 de junio de 1980, Gilli (788/79, Rec. p. 2071), en la cual el Tribunal de Justicia declaró que «una normativa nacional, indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los importados, sólo podría escapar a los preceptos imperativos derivados del artículo 30 si pudiera justificarse por ser necesaria para satisfacer exigencias imperativas, en particular relativas [...] a la lealtad en las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores».

En definitiva y como ya he dicho en otras ocasiones –recientemente en mis conclusiones de 29 de mayo de 1980 en el asunto Gilli, ya citado– el Tribunal de Justicia ha ido más allá del artículo 36 del Tratado CEE al ampliar el número de casos en los que pueden estar justificadas las medidas legislativas nacionales que constituyan una excepción a la prohibición del artículo 30, a condición de que estas medidas «persigan [...] un objetivo de interés general que prevalezca sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías, que constituye uno de los principios básicos de la Comunidad» (decimocuarto considerando de la sentencia, ya citada, Rewe-Zentral, 120/78).

En el presente asunto, parece que se han invocado contra Dansk Supermarked las normas danesas sobre la comercialización porque, al poner ésta a la venta servicios de porcelana de segunda calidad que llevaban el nombre de Imerco, ha perjudicado, según Imerco, su reputación. Corresponde al órgano jurisdiccional danés determinar, a la luz de los criterios que he intentado precisar, si la diferencia de calidad entre los servicios encargados por Imerco para sus accionistas y los comercializados por Dansk Supermarked constituye una razón suficiente para justificar la prohibición de venta impuesta a esta última. La Comisión subraya acertadamente a este respecto que Imerco había autorizado la venta de los servicios de segunda calidad en el Reino Unido, demostrando de esta forma que su comercialización no atentaba contra su reputación y ello incluso sin tener en cuenta que Imerco no es fabricante de porcelanas.

Por el contrario, dicha sociedad podría sufrir un daño comercial si los servicios de segunda calidad, lógicamente de inferior precio, llegaran a ponerse a la venta en condiciones que pudieran hacer creer a la clientela que su calidad es idéntica a la de los servicios de primera calidad comercializados por los accionistas de Imerco. A este respecto, señalamos que la necesidad de proteger los intereses comerciales legítimos de un empresario que comercializa un producto de primera calidad, debe considerarse satisfecha cuando la oferta al público del producto de calidad inferior, aun cuando no se indique expresamente que se trata de un «producto de segunda calidad», se hace de manera que no dé lugar a dudas razonables sobre su calidad. A este respecto, pueden tener relevancia elementos como el empaquetado, la calidad normal de las mercancías vendidas en el mismo establecimiento y otros elementos de hecho que corresponde determinar y apreciar al órgano jurisdiccional nacional en cada caso en concreto.

Por último y por lo que se refiere a la circunstancia de que Dansk Supermarked haya podido obtener un provecho de la publicidad efectuada por Imerco del producto de que se trata, ello no parece infringir la prohibición de competencia desleal. Se trata de un fenómeno que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de examinar en relación con los contratos de exclusiva (como, por ejemplo, en el asunto Grundig–Consten, 56/64,↔ Rec. 1966, pp. 429 y ss., especialmente pp. 526 y 527) y que produce sus efectos generalmente a favor del importador paralelo: en nuestra opinión, no obstante, ello no puede justificar la exclusión de un importador paralelo de un mercado nacional determinado en el marco del mercado común.

4. Si se discute la validez de la cláusula de no exportación en los otros Estados miembros contenida en el acuerdo entre Imerco y Broadhurst, surge una cuestión de interpretación del artículo 85 del Tratado CEE. Este tema sólo puede ser de interés en el presente asunto si se supone que los órganos jurisdiccionales daneses han tenido en cuenta esta cláusula cuando prohibieron a Dansk Supermarked vender en Dinamarca los servicios de porcelana de segunda mano fabricados

por Broadhurst. Por otra parte, y por lo que se refiere a este supuesto, no se puede decir que el artículo 85 plantee grandes dificultades de interpretación: las características y los requisitos de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia son muy conocidos, al igual que el hecho de que dichos acuerdos comprenden tanto los convenios que limitan los mercados como aquellos que los reparten.

En la sentencia dictada por este Tribunal de Justicia el 25 de noviembre de 1971, Béguelin (22/71,↔ Rec. p. 949), en el que se trataba de juzgar la conformidad con el artículo 85 de un acuerdo de distribución exclusiva, se declaró que los dos requisitos fundamentales a que está sometida la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia (que afecte al comercio entre los Estados miembros y tenga por objeto o efecto una influencia negativa en el juego de la competencia en el interior del mercado común) se cumplen «cuando [el acuerdo] impide, de hecho o de Derecho, que el distribuidor reexporte los productos [...] a otros Estados miembros» (décimo a duodécimo considerandos). Además, la misma sentencia precisa que «para caer bajo la prohibición contenida en el artículo 85, el acuerdo debe afectar *de forma sensible* al comercio entre los Estados miembros y al juego de la competencia» y destaca la importancia de una serie de criterios de apreciación, como la naturaleza y la cantidad disponible de los productos, la posición y la influencia del comitente y del comisionario en el mercado, la posibilidad o imposibilidad de otros comerciantes para comercializar los mismos productos mediante reexportación o importación paralelas.

La calificación del acuerdo de que se trata en el presente asunto como acuerdo limitativo de la competencia corresponde, naturalmente, al órgano jurisdiccional nacional. Me parece obvio que no se puede hablar de acuerdo de distribución exclusiva en el caso de contrato entre un comitente y un fabricante mediante el cual el primero autoriza al segundo a comercializar por su propia cuenta una parte de los productos encargados exigiendo al mismo tiempo la limitación territorial de las ventas. A lo sumo se podría intentar establecer una semejanza con los fenómenos de concesión exclusiva que impiden la reventa en determinados mercados. Pero este problema, repito, no incumbe al Tribunal de Justicia.

Queda por examinar si, en un supuesto como el que ha sido sometido al Tribunal, podrían también plantearse problemas de interpretación del Reglamento nº 67/67 de la Comisión, de 22 de marzo de 1967 (que ha sido mencionado, como ya hemos dicho, en el transcurso del procedimiento principal). Puesto que dicho Reglamento afecta a los acuerdos de distribución en exclusiva y dado que considero que hay que negar la pertenencia del acuerdo Imerco–Broadhurst a dicha categoría, creo también que para responder al órgano jurisdiccional nacional no es necesario interpretar el mencionado Reglamento. En cualquier caso, la exclusión colectiva establecida en este Reglamento no es aplicable a los acuerdos que prohíben al concesionario reexportar las mercancías a

otros Estados miembros: así lo declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Béguelin, ya citada, confirmando implícitamente que los acuerdos que presenten estas características no pueden sustraerse a la regla general del apartado 1 del artículo 85.

5. En conclusión, propongo que el Tribunal de Justicia responda a la cuestión que le planteó el Højesteret danés mediante resolución de 14 de febrero de 1980, declarando que:

1) Conforme a los artículos 30 y 36 del Tratado CEE, la venta en un Estado miembro de un producto determinado que ya ha sido puesto en circulación legalmente en otro Estado miembro con la autorización del titular de la marca o del derecho de autor relativo a este mismo producto no puede ser prohibida por el órgano jurisdiccional nacional basándose en la protección de dichos derechos.

2) Cuando un importador paralelo o uno de sus causahabientes pone a la venta en un Estado miembro productos de calidad inferior en relación con otros, idénticos por lo demás, que otra empresa ha encargado para comercializarlos en el mismo Estado, la venta por el primero no puede prohibirse fundándose en normas que reprimen la competencia desleal, a menos que la venta se efectúe en condiciones que puedan engendrar confusiones en la clientela sobre la calidad de la mercancía.

3) Un acuerdo entre el fabricante de determinados productos y la empresa que ha encargado la fabricación, mediante el cual se autoriza al fabricante a vender por su cuenta una parte de los mismos productos pero prohibiéndole que los exporte en otros Estados miembros, es incompatible con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE en la medida en que afecta de una manera importante al comercio entre Estados miembros y al juego de la competencia en el interior del mercado común.