CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GERHARD REISCHL presentadas el 22 de noviembre de 1979 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Los cuatro procedimientos prejudiciales sobre los que debe pronunciarse hoy este Tribunal de Justicia se refieren a los sistemas de distribución selectiva que practican cuatro fabricantes de perfumes franceses, implicados en procesos penales ante el tribunal de grande instance de Paris, al igual que, aparentemente, la mayoría de los fabricantes prestigiosos del citado sector.

En su estado actual, tales sistemas pueden describirse, brevemente, de la siguiente forma:

La comercialización en Francia, país de fabricación, se realiza, en la medida en que no existen tiendas al por menor propiedad de los fabricantes, sin pasar por el comercio al por mayor, sino directamente a través de determinados detallistas que son elegidos por el fabricante de acuerdo con criterios cualitativos (situación y adecuación de la tienda, personal cualificado) y cuantitativos (para los cuales desempeña un papel fundamental el poder adquisitivo de la población en una región determinada). La comercialización en otros Estados miembros se efectúa, siempre que no existan filiales, a través de distribuidores exclusivos, cuya concesión se extiende, en cada caso, a un país. Al igual que los fabricantes en Francia, estos distribuidores exclusivos eligen a su vez, aparentemente, utilizando contratos tipo elaborados por los fabricantes, un determinado número de detallistas, en función de criterios cuantitativos y cualitativos, y suministran únicamente a estos últimos o a detallistas que forman parte del sistema de distribución en otros Estados miembros. Los detallistas autorizados sólo pueden abastecer a los consumidores finales o a otros puntos de venta expresamente autorizados para la distribución.

Estos sistemas de distribución, que incluían además, inicialmente, otros elementos que examinaré más adelante, se pusieron en conocimiento de la Comisión en distintas fechas y, en aquel momento, esta Institución trató de llegar a una solución global para todo el sector (véase su Cuarto Informe sobre la política de la competencia, nos 35 y 97, así como su Quinto Informe sobre la política de la competencia, nos 57, 58 y 59).

* Lengua original: alemán.

En relación con el procedimiento ante la Comisión, es necesario señalar lo siguiente:

El 31 de enero de 1963, *Guerlain* SA notificó a la Comisión un contrato tipo para la distribución en Francia, así como los contratos celebrados con los agentes generales en los que entonces eran los demás Estados miembros y, además, el 20 de junio de 1973, los contratos celebrados con los agentes generales en el Reino Unido y en Dinamarca.

El 30 de enero de 1963, *Rochas* SA notificó a la Comisión dos contratos tipo, uno para la distribución en Francia y el otro para los agentes generales en los que entonces eran los demás Estados miembros, y después, el 21 de junio de 1973, un contrato tipo destinado a los agentes generales en Irlanda y en Dinamarca, al igual que varios contratos celebrados por la filial inglesa con detallistas autorizados y, por último, el 14 de septiembre de 1973, un contrato tipo previsto por el agente general danés para la distribución al por menor en dicho país.

El 30 de enero de 1963, *Lanvin* notificó a la Comisión los contratos celebrados con los agentes generales en los que entonces eran los demás Estados miembros y, el 31 de enero de 1963, un contrato tipo previsto para la distribución en Francia.

Por último, *Nina Ricci* notificó a la Comisión, el 31 de enero de 1963, un contrato tipo para la distribución en Francia, así como los contratos celebrados con los agentes generales belgas, neerlandeses y alemanes, después, el 12 de diciembre de 1972, un acuerdo suscrito con una empresa italiana y, finalmente, el 3 de agosto de 1973, los contratos celebrados con los agentes generales en el Reino Unido, en Irlanda y en Dinamarca.

Durante el procedimiento administrativo iniciado por la Comisión, se comunicaron también a esta Institución varios acuerdos suscritos por los agentes generales o por filiales en los distintos Estados miembros, en la medida en que los mismos no se le habían notificado en debida forma.

La mayoría de los sistemas de distribución practicados en la industria de la perfumería y, en particular, los de las empresas que están implicadas en los actuales litigios principales, contenían cláusulas que la Comisión consideró incompatibles con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE. En primer lugar, existía la obligación impuesta a los detallistas de suministrar únicamente a los consumidores finales, lo que, en opinión de la Comisión, representaba una prohibición directa de exportación; después, la obligación impuesta a los detallistas de abastecerse solamente del agente general de su país o, en Francia, solamente del fabricante, lo que se consideró una prohibición indirecta de importación y, por ultimo, la obligación de los detallistas de respetar los precios impuestos, aun cuando se tratara de productos reimportados o reexportados.

Por estas razones, el 27 de abril de 1972, la Comisión inició un procedimiento contra

tres empresas que habían notificado tal sistema de distribución, a saber, Rochas, Dior y Lancôme. En el marco de dicho procedimiento, el 24 de julio de 1972, se emitió un pliego de cargos y posteriormente tuvo lugar una audiencia; el 25 de mayo de 1973, se emitió un pliego de cargos adicional a la empresa Rochas y, a continuación, se celebró otra audiencia. En aquel momento la Comisión llegó a la conclusión de que no debería intervenir, basándose en el apartado 1 del artículo 85, si se suprimían del sistema de distribución todas las prohibiciones directas o indirectas de exportación o de importación, así como la obligación impuesta a los detallistas de respetar los precios impuestos en caso de reimportación o de reexportación. El 17 de septiembre de 1974, el Comité de enlace de los sindicatos europeos de la perfumería, que reúne a las asociaciones nacionales de fabricantes de perfume, aceptó, aparentemente, esta solución, partiendo de la idea de que sería válida para todas las empresas del sector. En consecuencia, las tres empresas contra las que se había iniciado un procedimiento se declararon dispuestas a modificar su sistema de distribución en el sentido indicado. Por esta razón, la Comisión les señaló que consideraba que ya no había motivo para intervenir con arreglo al apartado 1 del artículo 85. Con ocasión del cierre de los procedimientos dirigidos contra los tres fabricantes antes mencionados, la Comisión difundió, el 24 de diciembre de 1974, un comunicado de prensa en el que se declaraba que de la postura de la Comisión en los tres asuntos de que se trata podía deducirse qué principios y criterios regirían la valoración de sistemas de distribución similar en el sector. El Cuarto Informe sobre la política de la competencia, publicado por la Comisión en abril de 1975, contenía una declaración en el mismo sentido. Dicho informe indica que, teniendo en cuenta la estructura del mercado –gran número de empresas competidoras y escasa cuota de mercado poseída por cada una de ellas– y con la condición de que se supriman las restricciones que provocan una fragmentación del mercado, la Comisión no encuentra motivos para intervenir en relación con los sistemas de distribución selectiva de la perfumería con arreglo al apartado 1 del artículo 85.

Paralelamente la Comisión instó también a las demás empresas a suprimir las cláusulas que limitaban los intercambios y las que producían un efecto análogo. Tras realizar dicha supresión y notificarla a la Comisión, las empresas interesadas recibieron varios escritos en los que se expresaba la opinión de que sus sistemas de distribución estaban en regla desde el punto de vista del Derecho de la competencia y no había lugar a intervenir contra los mismos conforme al apartado 1 del artículo 85. Tal escrito fue enviado a Guerlain el 28 de octubre de 1975. Tras haber comunicado a la Comisión un contrato conforme de fecha 1 de septiembre de 1976, el 13 de septiembre de 1976 se informó también a dicha empresa de que la organización de venta existente en Bélgica, en los Países Bajos y en Luxemburgo podía considerarse satisfactoria respecto a las normas de competencia del Tratado CEE. Escritos como el dirigido a Guerlain el 28 de octubre de 1975 se enviaron también a Rochas, el 26 de septiembre de 1976, y a Lanvin, el 23 de septiembre de 1976. Por lo que respecta a Nina Ricci, en un escrito de 16 de marzo de 1976 se declaró, en primer lugar, que los contratos destinados a los

detallistas alemanes podían considerarse satisfactorios respecto al Derecho comunitario de la competencia. Esta misma información se facilitó el 7 de febrero de 1977 para los contratos de detallistas italianos y neerlandeses, el 6 de abril para el contrato de concesión exclusiva danés y para los contratos de detallistas franceses y el 5 de agosto de 1977 para los contratos celebrados con los agentes generales en Bélgica, Luxemburgo, el Reino Unido e Irlanda. Por último, el 20 de enero de 1978, Nina Ricci recibió un escrito cuyo contenido se correspondía, en líneas generales, con el del escrito enviado a Guerlain el 28 de octubre de 1975.

Los sistemas de distribución así valorados por la Comisión tienen importancia, respecto a los litigios principales, por los siguientes motivos:

– Los demandantes en el primer asunto, que dio lugar a la cuestión prejudicial 253/78, son propietarios de tres perfumerías en Aix–en–Provence. Desde hace tiempo, tratan de obtener también productos de Guerlain para la venta. El acusado en el litigio principal, es decir, el director comercial de Guerlain, les denegó tal suministro y, en particular, la ejecución de un pedido efectuado en junio de 1975, debido a que existía ya un contrato de concesión con otro comerciante de Aix–en–Provence. Como este hecho puede constituir una «negativa a vender» punible de acuerdo con el artículo 37 del Decreto Legislativo francés nº 1483 de 30 de junio de 1945, en la versión del Decreto de 24 de junio de 1958, y con arreglo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo nº 1484, de 30 de junio de 1945, se iniciaron actuaciones penales contra el director comercial antes mencionado, previa denuncia de los autores del pedido. En el marco de una acción civil acumulada, se pidió además que se condenara solidariamente a Guerlain SA y a su director comercial a pagar una indemnización.

– Una de las demandantes en los dos asuntos acumulados que dieron lugar a la cuestión prejudicial 1/79 es gerente de una perfumería en Estrasburgo. Intentó vanamente ser autorizada como distribuidor de productos Rochas. Dado que, entre marzo de 1973 y febrero de 1976, se le denegó la ejecución de pedidos por causa de la existencia de contratos celebrados con otras seis perfumerías de Estrasburgo, presentó una demanda contra el director comercial de Rochas y, en el proceso penal que se inició a continuación, solicitó además que se condenara solidariamente a dicho director y a la empresa Rochas a pagar una indemnización.

La demandante en el otro asunto relevante a este respecto es gerente de una perfumería de Toulon. Sus pedidos fueron igualmente rechazados debido a la existencia de un contrato de concesión celebrado por Rochas con otros cinco comerciantes de Toulon. No obstante, en este caso sólo se produjeron, finalmente, actuaciones penales, ya que la inicial constitución en parte civil para obtener una condena al pago de una indemnización fue posteriormente retirada.

– En otros dos asuntos pendientes ante el tribunal de grande instance de Paris, la

demandante es de nuevo la citada gerente de una perfumería en Estrasburgo. El primero de estos litigios tiene por objeto la negativa del director comercial de Lanvin, desde noviembre de 1972 hasta junio de 1975, a servir los pedidos realizados por la demandante, debido a que se habían celebrado ya contratos de concesión con otras once perfumerías de Estrasburgo. El segundo asunto es consecuencia del rechazo de pedidos por parte del director comercial de Nina Ricci, desde febrero de 1973 hasta junio de 1975, debido a que existían ya contratos de concesión con otras once perfumerías de Estrasburgo, cuyas tiendas están situadas, en parte, cerca de la de la demandante. En ambos casos se iniciaron también actuaciones penales y se presentaron peticiones de indemnización, como en los otros litigios.

En todos estos asuntos, los acusados o demandados alegaron en su defensa que la Comisión de las Comunidades Europeas había dado su conformidad a los sistemas de distribución practicados por los perfumistas –en algunos casos, se emitieron incluso Decisiones con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE– y que esta situación no podía ponerse en entredicho por la aplicación de las disposiciones nacionales contrarias, sobre las que prevalece el Derecho comunitario. En ciertas ocasiones se hizo referencia también a una supuesta autorización de los sistemas de distribución selectiva por la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia. Además, en algunos casos, se objetó incluso que las operaciones de los demandantes no respondían a las exigencias requeridas y que, por lo tanto, éstos no habían sido admitidos, con razón, en las organizaciones de venta. Teniendo en cuenta este razonamiento y dado que no se consideraba suficientemente informado, el Tribunal suspendió los procedimientos mediante resoluciones de 5 de julio de 1978 y decidió (a tenor de la resolución de remisión del asunto 237/78):

«Someter al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas los contratos de concesión exclusiva de Guerlain, que establecen una organización de venta basada en criterios de selección no sólo cualitativos sino también cuantitativos, para que dicho Tribunal precise si ciertos productos de lujo, cuya imagen de marca desempeña un papel importante, pueden acogerse a las disposiciones de exención del apartado 3 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y si, en el caso de autos, Guerlain puede acogerse a ellas en el ámbito del Derecho comunitario.»

La parte dispositiva de las resoluciones por las que se interrumpieron los asuntos prejudiciales 1/79 a 3/79 está redactada en términos idénticos.

He aquí mi parecer sobre estas cuestiones:

I. Si este Tribunal de Justicia lo estima conveniente, comenzaré por algunas *observaciones preliminares*.

1. Dado que la parte dispositiva de las peticiones de decisión perjudicial resuelven que se sometan al Tribunal de Justicia los contratos de concesión exclusiva de los distintos fabricantes de perfume interesados

y como en ellas se pregunta si dichas empresas pueden acogerse al apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE, procede observar en primer lugar que, en el marco de un procedimiento de aplicación del artículo 177 del Tratado CEE, el Tribunal de Justicia no puede *aplicar* el Derecho comunitario al caso de autos, contrariamente a lo que parece esperarse de él. Aparte de las cuestiones de validez de los actos comunitarios, sólo es competente para *interpretar* el Derecho comunitario, es decir para explicar su contenido, teniendo en cuenta al mismo tiempo, naturalmente, las particularidades del procedimiento *a quo,* para que la ayuda facilitada a efectos de la resolución que debe dictarse se refiera y limite a lo que sea necesario. En consecuencia, considero que las cuestiones planteadas deben ser reformuladas, como el Tribunal de Justicia puede hacer y, por otra parte, ha hecho a menudo. Así, podrían quedar redactadas por ejemplo de la siguiente forma, conforme a la propuesta de la Comisión:

¿Debe interpretarse el apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE en el sentido de que los contratos que establecen una organización de venta, basada en criterios de selección no sólo cualitativos sino también cuantitativos, en el sector de ciertos productos de lujo cuya imagen de marca desempeña un papel importante, pueden acogerse a una Decisión de exención?

2. A continuación, es necesario destacar que nada impide la remisión de esta cuestión, aun cuando del artículo 9 del Reglamento nº 17 puede deducirse que los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas nacionales no son competentes para *aplicar* el apartado 3 del artículo 85 y que, en consecuencia, el Tribunal *a quo* no puede comprobar si, en los casos que se plantean, se cumplen los requisitos de aplicación del apartado 3 del artículo 85.

A este respecto, puedo remitirme a la sentencia de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht (48/72,↔ Rec. p. 77), en la que este Tribunal de Justicia declaró, por un lado, que cuando una de las partes invoca el apartado 1 del artículo 85, que es directamente aplicable, en un litigio pendiente ante el Juez nacional, éste no queda dispensado de la obligación de declarar la nulidad de pleno derecho de un acuerdo y, por otro lado, que el Juez ante el que se plantea el asunto debe apreciar si procede suspender el procedimiento para permitir a las partes obtener una definición de postura de la Comisión sobre el apartado 3 del artículo 85, a menos que una práctica colusoria no tenga efectos sensibles sobre el juego de la competencia o que su incompatibilidad con el artículo 85 sea indudable. No obstante, en este último caso, puede tener importancia una petición de interpretación relativa al apartado 3 del artículo 85. En efecto, ésta puede llevar a la declaración de que dicha disposición no es aplicable a determinados hechos, lo que permite entonces al Juez pronunciarse claramente respecto al apartado 1 del artículo 85 y sobre la posibilidad de una declaración de nulidad de un acuerdo con arreglo al apartado 2 del artículo 85.

En consecuencia, a pesar del artículo 9 del Reglamento nº 17, debe declararse procedente que un Tribunal nacional formule

también cuestiones de interpretación del apartado 3 del artículo 85.

3. El hecho de que el tribunal de grande instance de Paris plantee dicha cuestión indica con seguridad –ya que se trata, efectivamente, de un requisito lógico de aplicación del apartado 3 del artículo 85– que parte de la idea de que el apartado 1 del artículo 85 se aplica en el caso de que conoce. No obstante, debe analizarse este punto de partida. En efecto, durante el procedimiento prejudicial se ha puesto de manifiesto que, en opinión de la Comisión, tras la supresión de algunas cláusulas aplicables inicialmente a los sistemas de distribución, es decir en la versión actualmente vigente de los contratos de que se trata, ya no es aplicable la prohibición del apartado 1 del artículo 85. Claramente debe llamarse la atención del Tribunal remitente sobre este aspecto y, seguramente, también es necesario, a este respecto, dar algunas explicaciones sobre el apartado 1 del artículo 85. En este sentido, podría formularse por ejemplo, tal como ha propuesto la Comisión, la siguiente cuestión, que puede considerarse contenida de forma implícita en la petición de interpretación:

¿Debe interpretarse el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE en el sentido de que los contratos que establecen una organización de venta, basada en criterios de selección no sólo cualitativos sino también cuantitativos, en el sector de ciertos productos de lujo cuya imagen de marca desempeña un papel importante, son incompatibles con el mercado común conforme a dicha disposición y, en consecuencia, están prohibidos?

4. Por último, sigo teniendo la impresión de que el problema central del litigio principal es si, tras la valoración de los sistemas de distribución por parte de la Comisión, sigue siendo posible la aplicación de las disposiciones francesas –más estrictas– sobre la negativa a vender, que excluyen aparentemente la posibilidad de invocar tales sistemas de distribución selectiva.

A este respecto es necesario analizar si, según el Derecho comunitario (apartado 3 del artículo 85), se ha producido efectivamente una exención, que en cuanto acto positivo del Derecho comunitario, no debe quedar privada de sus efectos por disposiciones contrarias del Derecho nacional. Además debe examinarse si, aun cuando no se haya declarado tal exención, consideraciones de Derecho comunitario se oponen a la aplicación del Derecho nacional y desde este punto de vista hay que pensar, principalmente pero no únicamente, en la aplicación del Reglamento nº 67/67/CEE relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva (DO 1967, 57, p. 849;EE 08/01, p. 94) y en los efectos jurídicos de los acuerdos que han sido notificados a la Comisión dentro del plazo señalado.

II. Después de estas observaciones preliminares, vuelvo ahora a las *diversas cuestiones* que las peticiones de decisión prejudicial obligan a examinar.

1. En primer lugar, existe lógicamente el problema de si *el apartado 1 del artículo 85*

es aplicable a los sistemas de distribución en los que no todo detallista interesado es necesariamente abastecido, sino que se efectúa una selección de acuerdo con criterios cualitativos y cuantitativos.

Por lo que respecta a los criterios de selección *cualitativos*, puedo remitirme a la sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76,↔ Rec. p. 1875), en la que el Tribunal de Justicia destacó, de forma general, que para la aplicación del artículo 85 era necesario tener en cuenta el hecho de que la naturaleza y la intensidad de la competencia pueden variar en función de los productos de que se trate y de la estructura de los mercados sectoriales afectados y que, en consecuencia, determinados sistemas de distribución selectiva podían ser conformes con el apartado 1 del artículo 85, incluido lo referente a las medidas conexas de control, cuando la selección de los revendedores se efectúa en función de criterios *objetivos* de carácter *cualitativo*. Podría pensarse perfectamente que esta consideración puede ser aplicada también al sector de la perfumería, en el que los fabricantes son, por supuesto, libres a la hora de definir su clientela y en el que las marcas prestigiosas, a las que se vincula la idea de exclusividad, desempeñan un papel. El hecho de que se atribuya un alto valor a cierto nivel de los revendedores debe considerarse, sin duda alguna, justificado, debido a la naturaleza de los productos –cuya calidad y frescura deben garantizarse y para los que debe asegurarse un servicio perfecto al cliente–, por la misma razón que en el caso de los productos de alta tecnología de los que se trataba en el asunto Metro, antes citado, y para los que era igualmente importante la imagen de marca.

En la medida en que a estos criterios de selección cualitativos se añadan además criterios *cuantitativos* –autorización de un número limitado de revendedores por zona, en función del poder adquisitivo, para asegurar a cada uno de ellos una determinada rentabilidad– es indiscutible que en el grupo de comerciantes que responden a dichas exigencias cualitativas se produce, por este motivo, una restricción de competencia. Por otra parte, puede hablarse también de una restricción de competencia a efectos de la letra b) del apartado 1 del artículo 85, ya que la exclusión de todo suministro a distribuidores ajenos a la red produce el efecto de limitar las posibilidades de venta de los revendedores autorizados.

No obstante, esto no significa todavía necesariamente que el apartado 1 del artículo 85 sea efectivamente aplicable. Según la jurisprudencia (sentencias de 30 de junio de 1966, Société technique minière, 56/65,↔ Rec. p. 337, y de 25 de noviembre de 1971, Béguelin Import, 22/71,↔ Rec. p. 949), la cuestión decisiva es, en efecto, si el comercio entre los Estados miembros y la competencia han quedado afectados de forma *sensible*. Para esta valoración, es importante tomar en consideración el conjunto del contexto económico y jurídico en el que se inscribe un acuerdo (sentencia de 12 de diciembre de 1967, Brasserie de Haecht, 23/67,↔ Rec. p. 525 y de 25 de noviembre de 1971, Béguelin, antes citada). Es necesario analizar el conjunto de circunstancias objetivas de hecho y de Derecho y tener en

cuenta el contexto económico en el que debe ser aplicado un acuerdo (asunto 56/65, antes citado, y sentencia de 6 de mayo de 1971, Cadillon, 1/71, Rec. p. 351). Un elemento decisivo desde este punto de vista es la existencia de acuerdos similares suscritos por el mismo fabricante con concesionarios en otros Estados miembros (asuntos 23/67 y 22/71, antes citados). Debe analizarse si existe una práctica comparable de otros fabricantes competidores. También es necesario tener en cuenta la posición de los interesados en el mercado (sentencia de 9 de julio de 1969, Völk, 5/69, ↔ Rec. p. 295 y de 6 de mayo de 1971, Cadillon, antes citada). Por último es importante saber si existen barreras comerciales para los productos de que se trata (asunto 56/65, antes citado).

Teniendo en cuenta lo que se ha sabido en el curso del procedimiento, principalmente a través de las observaciones de la Comisión, sobre el escaso tamaño de las cuotas de mercado de determinados perfumistas, sobre la extensión de la red de los distintos detallistas autorizados, sobre el gran número de fabricantes competidores, pero también sobre la posibilidad que tienen determinados comerciantes autorizados de suministrar fuera de las fronteras de los Estados miembros y de fijar libremente los precios de venta, puede pensarse perfectamente que los sistemas de distribución impugnados en los litigios principales no producen efectos *sensibles* a efectos de la jurisprudencia antes mencionada. Esta es, en cualquier caso, la valoración a la que llegaron, tal como se ha declarado expresamente, los servicios de la Comisión. No obstante la misma no vincula al Tribunal remitente. Al contrario, como el apartado 1 del artículo 85 es directamente aplicable y como los textos no han previsto, en esta materia, una competencia exclusiva de las Instituciones comunitarias, dicho Tribunal debe, formarse una opinión propia a este respecto, lo que impide, naturalmente, excluir, aunque sea poco probable, que un examen profundo de los hechos, que pueden haberse modificado en el intervalo, le conduzca a un análisis diferente.

2. Si, basándose en este tipo de consideraciones, el Tribunal *a quo* llegara a la conclusión de que los sistemas de distribución están incluidos en el apartado 1 del artículo 85, deberá entonces preguntarse si, por ejemplo, es aplicable el Reglamento nº 67/67 relativo a las exenciones por categorías; si, en realidad, no debe partirse de la idea de que la Comisión ha adoptado una Decisión de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 y, por último, si la aplicación del apartado 3 del artículo 85 debe, de hecho, tenerse en cuenta o si, en tales casos, puede quedar indudablemente excluida.

a) La primera de estas cuestiones es la que presenta menos dificultades. En efecto, la aplicación del *Reglamento relativo a las exenciones por categorías* podría tenerse en cuenta, a lo sumo, para los contratos celebrados entre los fabricantes y los agentes generales en los distintos Estados miembros, pero, manifiestamente, no es de dichos contratos de los que se trata en los litigios principales. Por el contrario, los acuerdos suscritos con detallistas autorizados no cumplen, en primer lugar, el requisito enunciado en el artículo 1 del Reglamento 67/67,

que prevé que una parte del acuerdo se comprometa, respecto a la otra, a no suministrar ciertos productos más que a ésta, al objeto de revenderlos en una parte determinada del territorio del mercado común; por otra parte, la prohibición impuesta a los detallistas de vender a revendedores ajenos a la red de distribución parece dudosa a la luz de los artículos 2 y 3 del Reglamento 67/67. En consecuencia, el Reglamento relativo a las exenciones por categorías será probablemente de poca ayuda en los litigios principales.

b) Fuertemente controvertida – ya que incluso durante la fase oral del procedimiento las opiniones fueron claramente divergentes sobre este punto – es la cuestión de si debe admitirse que la Comisión concedió para los sistemas de distribución una *exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85*.

En opinión de los perfumistas, dicha exención se refleja en los escritos antes mencionados, que ponen fin al procedimiento administrativo que les envió la Comisión, aun cuando esta Institución no quiera admitirlo ahora. En efecto, para los perfumistas tales escritos deben interpretarse teniendo en cuenta el conjunto del procedimiento desarrollado respecto a sus sistemas de distribución. En particular, los cargos, que fueron comunicados a tres de ellos pero que, de hecho, iban destinados a todo el sector, declararon expresamente que los contratos de concesión en exclusiva para productos de lujo, que prevén una selección de acuerdo con criterios no sólo cualitativos sino también cuantitativos, podían –como en el caso de la Decisión Omega (DO 1970, L 242, p. 22), en el que dicho sistema era aplicado para otros productos– quedar cubiertos por el apartado 3 del artículo 85, siempre que se efectuaran determinadas modificaciones, cosa que se hizo efectivamente. Además, el último párrafo de dichos escritos precisaba, según dicen los fabricantes, que la Comisión velaría por que la admisión de detallistas cualificados en la red de distribución no se haga de forma arbitraria y «no constituya un medio encubierto para eliminar la libertad de intercambio entre distribuidores autorizados». Condiciones y cargas similares se establecen en el artículo 8 del Reglamento nº 17 para las declaraciones con arreglo al apartado 3 del artículo 85, pero carecen de sentido para las declaraciones negativas. Por otra parte, la idea del abuso de un derecho que difícilmente entraría en este último párrafo de los escritos, supone, en casos como el de autos, que el derecho de que se trata fue reconocido con anterioridad por los servicios competentes. Por el contrario, no sería posible alegar el incumplimiento de determinadas formalidades aplicables a las Decisiones de exención (publicación del contenido de la solicitud conforme al artículo 19 del Reglamento nº 17, instando a los terceros interesados a transmitir sus observaciones a la Comisión y publicación de la propia Decisión conforme al artículo 21 del Reglamento nº 17). La solución prevista por la Comisión, en principio para Dior y Lancôme, se hizo pública en efecto en comunicados de prensa, en el boletín mensual de la Comunidad y en su Informe sobre la política de la competencia, de forma que desde antes de que finalizara el procedimiento dirigido

contra los perfumistas de que aquí se trata, cualquier tercero interesado pudo presentar observaciones a la Comisión.

De entrada, hay que decir que no puede compartirse esta postura, pero debe suscribirse la opinión que sostuvo la Comisión durante el procedimiento. A este respecto, no es necesario comprobar si los escritos, que fueron firmados únicamente bien por un Director General, bien por un Director, pueden o no ser analizados como Decisiones de la Comisión. En efecto, dichos escritos se distinguen muy claramente de las Decisiones que se adoptaron efectivamente de conformidad con el apartado 3 del artículo 85. Por otra parte, aun cuando se quisiera considerar cumplida, respecto a los actos invocados por los perfumistas, la obligación de publicación prevista en el artículo 19 del Reglamento nº 17, procede señalar que, en cualquier caso, no se han publicado los actos que éstos califican de Decisiones de exención y que tales actos tampoco indican, en contra de lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento nº 17, una fecha a partir de la cual la declaración surte efectos. Pero el elemento decisivo es el hecho de que el *contenido* de los escritos que se enviaron a los fabricantes no permite afirmar que se aplica el apartado 3 del artículo 85. En efecto, en dichos escritos se declara claramente:

«La Comisión considera que ya no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con los contratos antes mencionados con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del Tratado 85 del Tratado de Roma. En consecuencia, este asunto puede ser archivado».

Por lo tanto, se utilizó una fórmula que, a lo sumo, podría ser adecuada, conforme al artículo 2 del Reglamento nº 17, para las declaraciones negativas. En estas circunstancias, no me cabe duda de que se trataba únicamente de una definición de postura sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 85, cosa que podría parecer oportuna tras la eliminación de determinadas cláusulas de los contratos de distribución, pero de ninguna manera constituía una Decisión de exención. La remisión que hacen los perfumistas al contenido de los cargos que se comunicaron a tres empresas, así como el último párrafo de los escritos, no cambia en absoluto esta afirmación. En primer lugar, está el hecho de que dichos cargos se refieren a los acuerdos antes de la supresión de determinadas cláusulas restrictivas de los intercambios interestatales y representan solamente una valoración personal realizada por el Comisario competente para los asuntos de la competencia, la cual no puede, naturalmente, prejuzgar la decisión final que debe adoptar la Comisión respecto al apartado 3 del artículo 85. A continuación, es necesario indicar que dicho párrafo final puede interpretarse también en el sentido de que la Comisión, que, en su momento, consideró que no había motivos para intervenir con arreglo al apartado 1 del artículo 85, se reservó la posibilidad de seguir la situación y, en caso de que ésta sufriera una modificación, consistente por ejemplo en un cierto mantenimiento del sistema por parte de los perfumistas, intervenir no obstante, llegado

el caso, de conformidad con el apartado 1 del artículo 85.

c) Aunque, en consecuencia, el Tribunal remitente no podrá partir, seguramente, de una aplicación del Reglamento relativo a las exenciones por categorías, ni de la existencia de Decisiones individuales de exención, no obstante, antes de deducir de una posible aplicación del apartado 1 del artículo 85, la nulidad de pleno derecho de conformidad con el apartado 2 del artículo 85, deberá todavía contemplar dos aspectos de que se ha tratado también en el procedimiento.

aa) El primero se refiere a los *efectos jurídicos de las notificaciones de los contratos de distribución a la Comisión.*

En la medida en que, en el caso de autos, se trata de lo que se ha decidido denominar *acuerdos antiguos*, que existían ya en el momento de la entrada en vigor del Reglamento nº 17 (13 de marzo de 1962), y en la medida en que su notificación se efectuó dentro del plazo señalado, salvo que se les hubiera dispensado de la obligación de notificación – como ocurría seguramente, de acuerdo con los artículos 4 y 5 del Reglamento nº 17, con los contratos celebrados con los detallistas, es necesario remitirse, en primer lugar, a la sentencia de 14 de diciembre de 1977, Bloos (59/77, Rec. p. 2359), en la que el Tribunal de Justicia declaró que dichos acuerdos surten plenos efectos, de forma que las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho nacional que les es aplicable desaparecen; un Tribunal nacional sólo puede pronunciarse sobre su nulidad, de conformidad con el apartado 1 del artículo 85, una vez que la Comisión ha adoptado una Decisión basándose en el Reglamento nº 17. Aparentemente esto no ocurrió en el caso de autos, ni siquiera en la medida en que se emitió un pliego de cargos. Asimismo, seguramente carece de importancia, a este respecto, que los acuerdos fueran modificados durante el procedimiento administrativo ante la Comisión, ya que esta modificación se produjo a petición de dicha Institución y se limitó a una neutralización de determinadas cláusulas.

Por otra parte, es necesario recordar que, de acuerdo con la sentencia de 30 de junio de 1970, Rochas (1/70,↔ Rec. p. 515), es suficiente la notificación de un contrato tipo para contratos de contenido idéntico, celebrados por la misma empresa. Aun cuando, en tal caso, el contrato tipo sea anterior a la entrada en vigor del Reglamento nº 17, a pesar de que los acuerdos de igual contenido se suscribieron después de la entrada en vigor del Reglamento, estos últimos se acogen también, en caso de notificación correcta del contrato tipo, tal como se ha destacado de forma expresa, a los efectos jurídicos de la notificación, es decir que deben considerarse válidos lo mismo que el propio contrato tipo.

bb) El segundo aspecto hace referencia a *la posible aplicación del apartado 3 del artículo 85.* Sin duda, dicha aplicación se prohíbe, como ya he dicho, a los Tribunales nacionales, ya que, según el artículo 9 del Reglamento nº 17, sólo la Comisión es competente para hacerlo. Ello no impide que, en relación con la posibilidad de sus-

pender el procedimiento para obtener, llegado el caso, una definición de postura de la Comisión sobre el apartado 3 del artículo 85, los Tribunales nacionales puedan comprobar, como señala la jurisprudencia que he citado, si queda manifiestamente excluida una exención de acuerdo con el apartado 3 del artículo 85, lo que les permite entonces aplicar el apartado 1 del artículo 85 y declarar la nulidad del acuerdo.

En relación con la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a sistemas de distribución selectiva del tipo de los que se practican en el sector de la perfumería, seguramente no es necesario insistir sobre la cuestión de la posible existencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 85, que fue ampliamente expuesta por los perfumistas, en la medida en que se trata de una mejora de la producción y de la distribución realizada de forma que beneficia a los compradores. En efecto, la discusión no se refiere ya a este punto, sino sólo a la cuestión de si las restricciones que se producen en el sistema de distribución selectiva por la aplicación de criterios *cuantitativos* pueden efectivamente considerarse *indispensables*.

A este respecto, los perfumistas opinan que es absolutamente imposible renunciar a una selección cuantitativa, no sólo por la necesidad de garantizar la rentabilidad de los puntos de venta autorizados, que tienen obligaciones de promoción y deben asegurar un servicio de asesoramiento al cliente, sino también porque, de lo contrario, aumentarían los costes de distribución y, por lo tanto, los precios de venta, como consecuencia de la necesidad de dotar de material de publicidad a todos los puntos de venta, sin hacer ninguna discriminación, y porque en caso de una extensión demasiado fuerte del grupo de los comerciantes autorizados, que entonces no podrían estar ya suficientemente controlados, la imagen de la marca sufriría un perjuicio. Por el contrario, la Comisión, que, no obstante, no es insensible, en principio, a este tipo de consideraciones, considera que una selección cuantitativa sólo puede quedar exenta excepcionalmente, por ejemplo cuando la naturaleza del producto exige una estrecha colaboración entre el fabricante y el detallista. Desde esta perspectiva, no le parece suficiente la remisión al carácter de lujo de los productos del sector de la perfumería ni la obligación de recompra que pesa sobre los fabricantes. En cualquier caso, considera que puede pensarse en la aplicación de criterios menos restrictivos que los practicados actualmente, como por ejemplo el establecimiento de un determinado volumen mínimo de ventas, al que quedará subordinada la admisión en la red de distribución. Los perfumistas responden a este argumento invocando nuevamente los riesgos que del mismo se derivarían para su empresa. En efecto, debería esperarse que, al final de un período de prueba, la mayor parte de los distribuidores recién admitidos según dicho criterio deberían abandonar de nuevo la red, lo que perturbaría y desorganizaría el sistema de distribución. Seguramente estos no devolverían al fabricante los productos no vendidos, sino que intentarían darles salida, en detrimento de la marca, a pesar de una calidad probablemente disminuida y únicamente con una gama limitada de productos, fuera de la red de distribución. Para permanecer en la red,

podrían también verse tentados de intentar alcanzar el volumen mínimo de ventas impuesto, cediendo productos a detallistas no autorizados, lo que conduciría necesariamente a la destrucción del sistema de distribución selectiva. Por lo demás, los criterios contemplados por la Comisión plantean también, para los perfumistas, la cuestión de la valoración, cuya realización debería, sin duda, encomendarse al fabricante y para la cual debería efectuarse, razonablemente, como ocurre ya en la actualidad, una distinción en función de las posibilidades reales de venta de cada comerciante.

En relación con esta controversia, pienso que difícilmente puede afirmarse, de forma en cierto modo abstracta, que el apartado 3 del artículo 85 no entra en absoluto en juego respecto a un sistema de distribución selectiva como el practicado por los perfumistas. Además, la propia Comisión se ha limitado a declarar que los argumentos alegados por las empresas *hasta el momento* no bastan para una exención y, por otra parte, ha destacado acertadamente que una apreciación precisa sólo era posible tras un análisis profundo de las circunstancias de cada caso de autos, a semejanza del que realizó en los asuntos Omega y Junghans mencionados en el procedimiento. Por esta razón, en los presentes asuntos prejudiciales, difícilmente puede responderse al Tribunal *a quo* que –suponiendo que sea aplicable el apartado 1 del artículo 85– no debe pensarse indudablemente en una aplicación del apartado 3 del artículo 85 y que, en consecuencia, no existe, con seguridad, ningún motivo para suspender, en su caso, el procedimiento y plantear el problema a la Comisión.

3. Llego así a un último grupo de cuestiones planteadas, por las peticiones de decisión prejudicial, que es, probablemente, el más importante desde el punto de vista del Tribunal *a quo*. Se trata de la aplicabilidad de las disposiciones francesas sobre la «negativa a vender», que se contempla –con sanciones penales– cuando los sistemas de distribución selectiva que supuestamente justifican la negativa a vender han sido valorados por la Comisión a la luz del Derecho comunitario.

Teniendo en cuenta todo lo que he dicho, la cuestión central a este respecto es saber si puede pensarse en una aplicación del Derecho nacional más estricto cuando no se aplica el Derecho comunitario debido a que no se cumplen los requisitos del apartado 1 del artículo 85. En segundo lugar, podrá examinarse también lo que sucede cuando, por el contrario, es aplicable el apartado 1 del artículo 85. En segundo lugar, podrá examinarse también lo que sucede cuando, por el contrario, es aplicable el apartado 1 del artículo 85. A este respecto, se debe pensar no sólo en la consecuencia de la nulidad con arreglo al apartado 2 del artículo 85 en Derecho comunitario, sino también en los efectos jurídicos de las prácticas colusorias antiguas que fueron notificadas dentro del plazo señalado, al igual que en la posible necesidad de suspender un procedimiento nacional cuando parece que existe una posibilidad de obtener una Decisión de exención de la Comisión.

a) Es necesario partir de lo que declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm (14/68,↔ Rec.

p. 1) sobre la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional. Consideró que la ejecución del Derecho nacional de la competencia sólo era lícita bajo reserva de «no puede menoscabar la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario y los efectos de los actos de ejecución de éste» y que sería contrario a la naturaleza del Derecho comunitario «que los Estados miembros pudieran adoptar o mantener en vigor medidas que menoscabaran la eficacia del Tratado». Cuando, en el curso de un procedimiento nacional, parezca posible que la Decisión por la que la Comisión resolverá un procedimiento entablado relativo al mismo acuerdo pudiera oponerse a los efectos de la resolución de las autoridades nacionales, corresponde a éstas adoptar «las oportunas medidas». Esto es válido, naturalmente, prescindiendo de que el Derecho nacional sea aplicado por Tribunales o por autoridades administrativas, ya que la norma de competencia del artículo 9 del Reglamento nº 17, respecto a la que se plantea el problema de si también los Tribunales son «autoridades», se refiere solamente a la aplicación del Derecho comunitario y no a la del Derecho nacional.

b) Si, como parece ser el caso en los litigios principales, resulta que el apartado 1 del artículo 85 no debe aplicarse a los sistemas de distribución de que se trata porque no se cumplen los requisitos de una prohibición con arreglo al apartado 1 (restricciones *sensibles* del juego de la competencia y obstáculo *sensible* del comercio interestatal), en principio no hay ningún obstáculo, tal como ha observado acertadamente la Comisión, para que se apliquen a dicha organización de venta disposiciones nacionales más severas.

Una solución distinta, ya que, en mi opinión, la Comisión tiene también razón sobre este punto, podría contemplarse, a lo sumo, si semejante comportamiento empresarial, es decir, el practicar un sistema de distribución selectiva, contribuyera a realizar los objetivos del Tratado, ya que entonces estarían en juego, con toda claridad, intereses comunitarios. Pero este carácter difícilmente puede ser invocado por las organizaciones de venta de las que aquí se trata.

No es posible oponer a esto, tal como intentan hacer los perfumistas, que los servicios de la Comisión han querido llegar, a través de un amplio procedimiento, como lo demuestran los Informes sobre la política de competencia, a una solución global para todo el sector económico y que, en consecuencia, esta solución vincula también a las autoridades nacionales. Precisamente, a este respecto, no hay que dudar que en dicho procedimiento la Comisión fue capaz de obtener que se modificaran los sistemas de distribución de forma que ya no hubiera lugar para la aplicación de la norma de prohibición del apartado 1 del artículo 85.

De la misma manera, pienso que no es oportuna la afirmación de los perfumistas según la cual sólo el Derecho francés conoce disposiciones tan estrictas sobre la negativa ilegal a vender, mientras que en Derecho alemán, neerlandés, británico y luxemburgués dicha prohibición se aplica únicamente en determinadas circunstancias. Si se

autorizara la aplicación de las disposiciones francesas, se producirían, en opinión de los perfumistas, distorsiones de competencia en las relaciones con los fabricantes de otros Estados, ya que se impediría solamente a los fabricantes franceses, como consecuencia del aumento de los costes de distribución provocado por la supresión de la selección, desarrollar su actividad de forma armoniosa. Sobre este punto, la Comisión ha recordado acertadamente que no pueden descartarse tales consecuencias acogiéndose al principio enunciado por la letra f) del artículo 3 del Tratado CEE, sino que, más bien, debe buscarse una solución a este problema a través de la armonización de las disposiciones nacionales afectadas. Igualmente, considero que carece de interés señalar que en la sentencia, dictada en el asunto 14/68, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró, respecto a un problema similar (incumplimiento de la prohibición de discriminación establecida por el artículo 7 del Tratado CEE), que la disposición de que se trataba no contemplaba las posibles desigualdades de trato y las distorsiones que pueden resultar, para las personas y las empresas sometidas a la jurisdicción de la Comunidad, de las divergencias que existen entre las legislaciones de los distintos Estados miembros, en la medida en que éstas afectan a todas las personas incluidas en su ámbito de aplicación, de acuerdo con criterios objetivos y sin tener en cuenta su nacionalidad.

c) Si, por el contrario, el Tribunal nacional llega a la conclusión de que, no obstante, se aplica el apartado 1 del artículo 85, es necesario recordar, en primer lugar, lo que ha declarado la jurisprudencia sobre los efectos de los acuerdos notificados dentro del plazo señalado. Estas observaciones pueden obligar a considerar eficaces los acuerdos de que se trata, con la consecuencia de que una aplicación del Derecho nacional, que conduciría a un resultado opuesto, no se correspondería con la exigencia de que el Derecho nacional se aplique únicamente de forma que no se vean obstaculizados los efectos del Derecho comunitario.

Además, procede considerar que, incluso fuera de dicha situación de hecho, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que la Comisión, si comparte posteriormente, en su caso, la opinión del Tribunal nacional sobre la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85, adopte una Decisión con arreglo al apartado 3 del artículo 85. En ese caso, las autoridades nacionales tendrían que tomar, como destacó el Tribunal de Justicia en la sentencia 14/68, las «oportunas medidas», consistentes por ejemplo en una suspensión del procedimiento, para evitar de esta manera que su propia resolución entre en conflicto con la posible Decisión de la Comisión.

Por último, para el caso de que el Juez nacional declarase la nulidad de conformidad con el apartado 2 del artículo 85, la Comisión ha señalado además, acertadamente, la necesidad de velar porque no se vean obstaculizados los efectos derivados de dicha prescripción. Efectivamente, tal obstáculo no debe excluirse en caso de aplicación de las disposiciones nacionales sobre la «negativa a vender», si la ineficacia derivada de las disposiciones nacionales supera los efectos jurídicos del Derecho

comunitario que, para los productos del sector de la perfumería, no excluye prácticamente, como he señalado, una selección *cualitativa*. En consecuencia, los imperativos del Derecho comunitario y de su aplicación uniforme obligarán, en cualquier caso, a renunciar a aplicar sistemáticamente las disposiciones sobre la «negativa a vender» si, a diferencia de las exigencias del Derecho comunitario, esta aplicación implica un abandono total de la selección.

No debe decirse nada más, desde el punto de vista del Derecho comunitario, sobre el problema de la relación entre este último y el Derecho nacional, que deberá ser examinado de nuevo por el Tribunal remitente.

III. En conclusión, propongo, en consecuencia, que, respondiendo a las cuestiones prejudiciales del tribunal de grande instance de Paris, se declare lo siguiente:

1) Los escritos que fueron dirigidos, con fecha 28 de octubre de 1975, 26 de marzo de 1976, 22 de septiembre de 1976 y 20 de enero de 1978, a los fabricantes de perfume implicados en procesos penales ante el tribunal de grande instance de Paris y que estaban firmados por el Director General de la Competencia o por un Director de dicha Dirección General, no contienen Decisiones de exención a efectos del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE, sino que expresan únicamente la opinión de que, de acuerdo con los elementos que se conocían en aquel momento, no había lugar a intervenir con arreglo al apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE.

2) La cuestión de si el apartado 1 del artículo 85 debe aplicarse a una organización de venta que se basa en criterios de selección no sólo cualitativos, sino también cuantitativos, debe analizarse en función del conjunto de circunstancias jurídicas y económicas (naturaleza de los productos, cuota de mercado del fabricante, número y posición de los competidores en el mercado, existencia de contratos de distribución similares, presencia de cláusulas que obstaculicen los intercambios interestatales y que excluyen el libre establecimiento del precio), ya que es necesario examinar si puede hablarse de una restricción sensible del juego de la competencia y de un obstáculo sensible al comercio interestatal.

3) Cuando se cumplen los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85, dicha organización de venta solamente puede ser considerada ineficaz por los Tribunales nacionales, sobre la base del Derecho comunitario, cuando no se aplica el Reglamento nº 67/67/CEE, de 22 de marzo de 1967, cuando no se

trata de acuerdos antiguos provisionalmente válidos y cuando no cabe duda de que no puede aplicarse el apartado 3 del artículo 85, es decir, cuando no exista ningún motivo que pueda provocar, a este respecto, una definición de postura de la Comisión.

4) Cuando no se cumplen los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85 a una organización de distribución selectiva, nada impide la aplicación del Derecho nacional en tal caso.

Cuando se cumplen los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85, el Derecho nacional puede ser aplicado a dichos acuerdos únicamente con la condición y siempre que de ello no resulte obstáculo alguno para la aplicación uniforme del Derecho comunitario y no se ponga en peligro la eficacia de las medidas adoptadas, en su caso, para su ejecución.