SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 25 de octubre de 1977 *

En el asunto 26/76,

Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, Schlüterstraße, 3, 4 Düsseldorf, representada por el Sr. von der Osten, Abogado de Düsseldorf, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Robert Elter, 11, boulevard Royal,

parte demandante,

y

Verband des SB-Grosshandels e.V., Theaterstraße, 8, 3 Hannover, representada por el Sr. Bartholatus, Abogado de Hamburgo, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Robert Elter, 11, boulevard Royal,

parte coadyuvante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Dieter Oldekop, miembro del Servicio Jurídico de la Comisión, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Mario Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: alemán.

y

SABA (Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne), Villingen-Schwenningen, representada por el Sr. Christian Hootz, Abogado de Stuttgart, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georges Reuter, 12, rue Notre-Dame,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 15 de diciembre de 1975 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV/847–SABA, DO L 28, p. 19),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: H. Kutscher, Presidente; M. Sørensen y G. Bosco, Presidentes de Sala; A.M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A.J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe y A. Touffait, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Reischl;
Secretario: Sr. A. Van Houtte;

dicta la siguiente

Sentencia

(No se transcriben los antecedentes de hecho.)

Fundamentos de Derecho

1 Considerando que el recurso interpuesto por Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (en so sucesivo, «Metro») y recibido el 11 de marzo de 1976 en la Secretaría del Tribunal de Justicia tiene por objeto, en primer lugar, la anulación de la Decisión de la Comisión, de 15 de diciembre de 1975 (DO L 28, p. 19), relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado respecto al sistema de distribución selectiva establecido por Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt, August Schwer und Söhne GmbH (en lo sucesivo, «SABA»), para comercializar en el mercado común aparatos de electrónica de entretenimiento de su marca;

que el recurso pretende, en segundo lugar, la anulación de la negativa, expresada por la Comisión en su escrito de 14 de enero de 1976, de reconsiderar su Decisión de 15 de diciembre de 1975 para tener en cuenta las objeciones presentadas de nuevo por la demandante, que, no obstante, ya había tenido ocasión de alegarlas durante la audiencia de los interesados y de los terceros a la que había procedido la Comisión, con arreglo al artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, y al Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, antes de adoptar la Decisión impugnada;

que en el artículo 1 de esta Decisión se reconoce que las condiciones de venta para el mercado interior (edición de mayo de 1972), establecidas por SABA, no están incursas en la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, mientras que, en el artículo 2, la Comisión decide que las demás disposiciones del sistema de distribución de referencia disfrutan de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

2 Considerando que, aunque el recurso está dirigido a la anulación de la Decisión impugnada, en su totalidad, el examen de los motivos alegados pone de manifiesto que éstos sólo ponen en tela de juicio la legalidad del artículo 2 de la misma.

Sobre la admisibilidad

a) *Sobre el escrito de 14 de enero de 1976*

3 Considerando que la Comisión se opuso a la admisibilidad del recurso por cuanto está dirigido contra la negativa expresada en su escrito de 14 de enero de 1976.

4 Considerando que esta negativa tiene carácter puramente confirmatorio de la Decisión de 15 de diciembre de 1975 y que su anulación se confundiría con la de esta Decisión, de manera que el recurso, en este segundo punto, debe considerarse carente de objeto y, por tanto, inadmisible.

b) *Sobre la decisión de 15 de diciembre de 1975*

5 Considerando que SABA, que interviene en el litigio en apoyo de las pretensiones de la Comisión, considera que no procede acordar la admisión del recurso, pues Metro no está afectada directa e individualmente por la Decisión que impugna.

6 Considerando que, según el párrafo segundo del artículo 173 del Tratado, «toda persona física o jurídica podrá interponer [...] recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente»;

que al no ser Metro la destinataria de la Decisión impugnada, procede examinar si ésta le afecta directa e individualmente.

7 Considerando que Metro explota una empresa de comercio al por mayor en régimen de autoservicio con unos treinta establecimientos en la República Federal de Alemania, así como en otros Estados miembros;

que esta forma de distribución, que le hace competir sobre todo con los mayoristas especializados, consiste en comprar al por mayor a los productores una amplia gama de productos alimenticios (departamento de alimentación o «food») y otros (departamento «non food») para venderlos, principalmente, ya

sea a minoristas revendedores, ya sea a gerentes de empresas comerciales, artesanales o industriales, para que utilicen en sus establecimientos, con fines profesionales, las mercancías adquiridas, o, por último, para venderlos a usuarios finales privados, denominados «institucionales», entendiéndose, no obstante, que esta última función es objeto de controversia entre las partes;

que Metro distribuye dichos productos por el sistema denominado de «cash and carry», según el cual los compradores adquieren en los locales de venta mercancías que se almacenan de forma que el propio cliente pueda retirarlas rápidamente, son presentadas de manera rudimentaria y se pagan al contado, de lo que resultan reducciones de precio y la posibilidad de conformarse con márgenes de beneficio inferiores a los del comercio tradicional al por mayor;

que, así, esta forma de distribución se caracteriza a la vez por métodos de venta especiales y por la naturaleza de la clientela a la que se dirige el mayorista.

8 Considerando que la demandante, al pedir a SABA que la admitiera como mayorista para la distribución de aparatos de electrónica de entretenimiento, recibió una respuesta negativa, porque no estaba dispuesta a aceptar ciertas condiciones a las que SABA subordina la autorización como mayorista de SABA, condiciones que, según la demandante, son irreconciliables con la estructura del comercio al por mayor en régimen de autoservicio, tal como lo practicaba;

que, en particular, tal fue el caso de la prohibición, impuesta a los mayoristas SABA, de entregar aparatos SABA a usuarios finales profesionales, es decir, a comerciantes o artesanos no pertenecientes a la rama de la electrónica pero que emplean en su establecimiento con fines profesionales los aparatos comprados, así como de la prohibición de hacer entregas a los usuarios finales «institucionales» y asimismo de las obligaciones impuestas a los mayoristas por el contrato de cooperación que los une a SABA;

que, según la parte coadyuvante SABA, por el contrario, estas condiciones eran compatibles con la actividad de Metro, cuya negativa se explica más bien por una política de ventas dirigida a confundir en su persona el papel de mayorista y de minorista, lo cual SABA no puede admitir, habida cuenta de la estructura de su sistema de distribución, que separa netamente las dos funciones, de

conformidad, según afirma, con las exigencias de la legislación federal alemana;

9 que, a causa de la negativa que recibió, la demandante presentó a la Comisión, los días 7 y 9 de noviembre de 1973, con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, una solicitud para que se declarara que el sistema de distribución establecido por SABA infringía los artículos 85 y 86 del Tratado y se obligara a SABA a poner fin al mismo;

10 que, por su parte, SABA en 1962, 1963, 1969 y 1972, para obtener una declaración negativa, con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 17 o una declaración de excepción con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado y al artículo 6 del Reglamento nº 17, notificó a la Comisión sus condiciones de venta para el mercado interior, los acuerdos de concesión en exclusiva que había celebrado con empresas establecidas en otros Estados miembros, los «certificados de compromiso de distribución impuesta» que obligaba a suscribir a sus distribuidores, mayoristas y minoristas en la República Federal de Alemania y los «certificados de compromiso para la CEE de los mayoristas SABA y los minoristas especializados SABA»;

que el 22 de julio de 1974, después de la reclamación presentada por Metro, SABA notificó asimismo el contrato tipo de cooperación que impone a los mayoristas autorizados por ella;

11 que la Comisión, considerando que Metro alegaba un interés legítimo en que se declarase una posible infracción, tramitó las solicitudes tanto de Metro como de SABA;

que, en una primera etapa, después de haber comunicado a Metro que consideraba que no podría dar una respuesta favorable a su denuncia, a la vez que, mediante télex de 6 de diciembre de 1974, le instaba a presentar sus observaciones con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63, después de ver las observaciones presentadas por la demandante y de dar audiencia a ésta, modificó parcialmente su punto de vista y obligó a SABA a suprimir los compromisos que imponía a los mayoristas, en particular, la prohibición de venta a los usuarios finales profesionales;

que, después de que SABA aceptara, entre otras, esta modificación, la Comisión adoptó la Decisión impugnada, que mantiene, no obstante, en diversos puntos las particularidades del sistema de distribución criticadas por la demandante durante el procedimiento administrativo;

12 que Metro, considerando que el sistema de distribución así aprobado mantenía obstáculos ilegítimos a su admisión en calidad de mayorista SABA, interpuso el presente recurso.

13 Considerando que de los hechos señalados anteriormente resulta que la Decisión impugnada fue adoptada, en particular, a raíz de una reclamación presentada por Metro y que se pronuncia sobre las disposiciones del sistema de distribución SABA, que esta empresa ha opuesto y continúa oponiendo a Metro para justificar su negativa de venta y de autorización como mayorista y que la demandante por este motivo había impugnado en su reclamación;

que interesa tanto para la buena administración de la justicia como para la exacta aplicación de los artículos 85 y 86 que las personas físicas o jurídicas, que, en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, están autorizadas a solicitar a la Comisión que declare la existencia de una infracción a dichos artículos 85 y 86 si no se les da satisfacción en todo o en parte, a petición propia puedan disponer de un medio de impugnación destinado a proteger sus intereses legítimos;

que, en estas circunstancias, debe considerarse que la demandante está directa e individualmente afectada, en el sentido del párrafo segundo del artículo 173, por la Decisión controvertida y que, por consiguiente, procede acordar la admisión del recurso.

Sobre el fondo

14 Considerando que, según la demandante, la Comisión, al adoptar la Decisión impugnada, infringió al mismo tiempo el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, al conceder una exención de la prohibición del apartado 1 del artículo 85, siendo así que no se reunían los requisitos de semejante exención, y el artículo 86 del Tratado, al autorizar un abuso de posición dominante.

15 Considerando que sólo puede haber lugar a la aplicación del artículo 86 del Tratado si SABA ocupa una posición dominante, de manera que procede examinar en primer lugar si así es.

I. *Existencia de posición dominante*

16 Considerando que, en apoyo de su alegación de que SABA ocupa una posición dominante en el mercado de la electrónica de entretenimiento en la República Federal de Alemania, la demandante alega que en este Estado miembro diez productores se dedican a la fabricación de aparatos de electrónica de entretenimiento, pero que seis de ellos poseen cuotas que conjuntamente constituyen la parte esencial del mercado, entre ellos SABA, la cual en el campo de la televisión en color tiene una cuota superior a la media, produciendo mil aparatos diarios;

que añade que, por su gran calidad, los aparatos SABA, a pesar de su precio, son muy solicitados por la clientela, de manera que todo distribuidor, dentro de la gama de productos que ofrece, debe poder proporcionar aparatos SABA so pena de encontrarse en una posición desfavorable de competencia.

17 Considerando que, según los documentos presentados por la Comisión y no negados por la demandante, en el mercado de la electrónica de entretenimiento hay veintiséis productores alemanes, de los que ocho, entre ellos SABA, poseen alrededor del 90 % del mercado, situándose la cuota de SABA entre el 5 y el 10 %;

que, por lo que respecta en particular a los aparatos de televisión cuya cifra de producción diaria alega la demandante en apoyo de sus afirmaciones, de los datos facilitados por la Comisión para 1975 y reconocidos por la demandante como representativos se deduce que ocho productores abarcan el 91 % del mercado alemán, uno de los cuales sobrepasa el 25 % y tres, el 10 %, mientras que los otros cuatro, entre ellos SABA, poseen cuotas de mercado del 6 o 7 %;

que de estos datos se deduce que, aunque fuera preciso –lo que no se ha alegado ni, con mayor razón, demostrado– tener en cuenta el mercado de aparatos de televisión en color como el mercado que hay que tomar en

consideración, en vez del mercado del conjunto de productos de electrónica de entretenimiento, se trata de cuotas de mercado relativamente modestas;

que, si bien la cuota de mercado poseída por una empresa no constituye necesariamente el único criterio de la existencia de una posición dominante, se puede deducir con razón que cuotas de mercado tan reducidas como la de SABA excluyen la existencia de una posición dominante, salvo en circunstancias particulares, en un mercado de productos altamente técnicos, pero fácilmente intercambiables desde el punto de vista de la gran masa de compradores;

que es tanto más el caso cuanto que consta que existe una fuerte competencia entre los diferentes productores;

que la circunstancia de que la calidad del producto de que se trata debe incitar a los distribuidores a incluirlo en la gama que ofrecen no constituye por sí misma un factor que permita al productor actuar en una medida considerable sin deber tener en cuenta la actitud de sus competidores y que, por consiguiente, le asegure una posición dominante, sino que constituye un medio más de competencia;

que lo mismo sucede con la circunstancia alegada por la demandante y la coadyuvante, Verband des Selbstbedienungs-Großhandels (en lo sucesivo, «SB-Verband»), de que otros productores de electrónica de entretenimiento adoptaron o se disponen a adoptar sistemas de distribución selectiva análogos al aprobado por la Comisión en la Decisión impugnada;

que, en su caso, se puede tomar en consideración esta circunstancia para apreciar la conformidad del sistema controvertido con el artículo 85 del Tratado, pero no puede tener por efecto, en las presentes circunstancias, transformar la posición de SABA en el mercado de referencia en una posición dominante;

18 que, dado que SABA no ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado CEE, no se le puede aplicar esta disposición, de manera que debe desestimarse el recurso, en la medida en que se basa en la infracción de dicho artículo.

II. *Aplicación del artículo 85*

19 Considerando que, según la demandante, el artículo 2 de la Decisión impugnada adolece de desviación de poder por cuanto la Comisión no tuvo en cuenta «lo que constituye el objeto de la protección establecida por el artículo 85 [es decir] la libre competencia en beneficio del consumidor y no la defensa de intereses paralelos de un fabricante y de un determinado grupo de comerciantes, destinada a obtener precios de venta que éstos consideren satisfactorios»;

que, además, en el supuesto de que debiera considerarse que el sistema de distribución en litigio puede beneficiarse de una exención de la prohibición con arreglo al apartado 3 del artículo 85, la demandante sostiene que la Comisión aplicó inexactamente esta disposición, al hacer disfrutar de la exención a restricciones de la competencia que no son indispensables para alcanzar los objetivos de mejorar la producción o la distribución o de fomentar el progreso técnico y económico y que terminarían por eliminar la competencia de los mayoristas en régimen de autoservicio.

A. Existencia de desviación de poder

20 Considerando que la competencia no falseada a la que se refieren los artículos 3 y 85 del Tratado CEE implica la existencia de una competencia eficaz en el mercado (workable competition), es decir, de la dosis de competencia necesaria para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del Tratado y, en particular, la formación de un mercado único que reúna condiciones análogas a las de un mercado interior;

que esta exigencia admite que la naturaleza e intensidad de la competencia puedan variar en función de los productos o servicios de que se trate y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados;

que, en particular, en el sector de la producción de bienes de consumo duraderos, de alta calidad y tecnicidad, en el que un número relativamente limitado de productores, grandes y medianos, ofrece una variada gama de aparatos fácilmente intercambiables, en todo caso desde el punto de vista de los consumidores, la estructura del mercado no se opone a la existencia de canales

de distribución diferenciados, adaptados a las características propias de los diferentes productores y a las necesidades de las distintas categorías de consumidores;

que, desde esta perspectiva, la Comisión reconoció con razón que los sistemas de distribución selectiva constituyen, entre otros, un elemento de competencia compatible con el apartado 1 del artículo 85, si la elección de los revendedores se hace en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, relativos a la cualificación profesional del revendedor, de su personal y de sus instalaciones, si tales requisitos se establecen de modo uniforme para todos los revendedores potenciales y si se aplican de forma no discriminatoria.

21 Considerando que es exacto que generalmente en estos sistemas de distribución no se hace hincapié, de modo exclusivo ni siquiera principal, en la competencia de precios;

que así es, en especial, cuando, como en el presente asunto, el acceso a la red de distribución está subordinado a requisitos que exceden de las necesidades de una distribución de productos acorde con la naturaleza de éstos;

que la competencia de precios, por importante que sea –de manera que nunca podrá ser eliminada–, no constituye sin embargo la única forma eficaz de competencia ni aquella a la que, en todas las circunstancias, deba dársele prioridad absoluta;

que las competencias atribuidas a la Comisión por el apartado 3 del artículo 85 demuestran que las necesidades de mantenimiento de una competencia eficaz pueden conciliarse con la salvaguardia de objetivos de naturaleza diferente y que, con este fin, son admisibles determinadas restricciones de la competencia cuando son indispensables para la realización de estos objetivos y no llegan a eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado común;

que, tratándose de mayoristas y minoristas especializados, la preocupación de mantener cierto nivel de precios, correspondiente a la preocupación de mantener, en interés del consumidor, la posibilidad de que este canal de distribución subsista junto a nuevas formas de distribución basadas en una política de competencia de distinta naturaleza, tiene cabida en el marco de los objetivos que pueden perseguirse, sin incurrir necesariamente en la prohibición

del apartado 1 del artículo 85 y, si así fuera en todo o en parte, en el marco del apartado 3 del artículo 85;

que ello es, tanto más, el caso si dichos requisitos contribuyen, además, a mejorar la competencia en la medida en que se refiere a otros elementos distintos del precio.

22 Considerando que las cifras presentadas por una y otra parte, por lo que respecta a la existencia de una competencia de precios entre los distribuidores SABA, aunque llevan a reconocer determinada rigidez en la estructura de precios, no obstante, no permiten concluir que se da una restricción o eliminación de la competencia en el sector de la electrónica de entretenimiento, en particular, a causa de la existencia al mismo tiempo de otros factores de competencia entre productos de una misma marca (intra-brand) y de la existencia de una competencia efectiva entre marcas diferentes;

que, no obstante, corresponde a la Comisión velar por que no se refuerce la rigidez de esta estructura, lo cual podría producirse en el supuesto de una multiplicación de redes de distribución selectiva para la comercialización de un mismo producto;

que, al conceder la exención solicitada sólo por un plazo que expira el 21 de julio de 1980, la Comisión se reservó la posibilidad de reexaminar dentro de plazos razonables las consecuencias de su Decisión al respecto;

que, en estas circunstancias, debe desestimarse el motivo basado en la existencia de desviación de poder.

B. Aplicación del apartado 3 del artículo 85

23 Considerando que, a este respecto, las imputaciones de la demandante se refieren sustancialmente a cuatro puntos:

a) la obligación impuesta a los distribuidores SABA –mayoristas y minoristas– de velar por que los revendedores a los que suministran aparatos SABA sean distribuidores autorizados, y de efectuar a este respecto algunos controles;

b) la prohibición impuesta a los mayoristas SABA de la República Federal de Alemania de suministrar a los consumidores finales denominados «institucionales»;

c) la obligación de estos mismos mayoristas, cuando suministran a consumidores finales denominados «profesionales», de velar por que éstos destinen los aparatos comprados exclusivamente a fines de rentabilidad de sus empresas, excluyendo todo uso privado;

d) la obligación impuesta a los mayoristas de cooperar al desarrollo de la red SABA, acordando con ésta planes de compra semestrales;

que, según la demandante, estos elementos constituyen restricciones de la competencia que, gracias a la Comisión, disfrutan de la exención prevista en el apartado 3 del artículo 85, aunque no sean indispensables para alcanzar, en el presente caso, los objetivos de esta disposición y que, además, comprometen la existencia de otros canales de distribución, tales como los mayoristas en régimen de autoservicio, basados en una diferente política de competencia.

24 Considerando que, antes de abordar el examen de estas imputaciones, procede hacer observar que, según la Comisión, aunque las disposiciones del sistema de distribución selectiva al que se refiere el artículo 2 de la Decisión impugnada fueron objeto, en conjunto, de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, de ello no se deduce, sin embargo, que cada uno de los elementos de este sistema sea incompatible con la prohibición del apartado 1 del artículo 85;

que, por el contrario, tanto de los motivos de la Decisión impugnada como de las precisiones hechas durante la fase oral, resulta que sólo determinados elementos constituían restricciones de la competencia que requerían una exención;

que, según la demandada, no constituyen restricciones de la competencia: a) los requisitos de autorización como distribuidor relativos a la cualificación profesional de los distribuidores, a los conocimientos técnicos de los vendedores, a la participación de los mayoristas SABA en el desarrollo de una red de distribución al servicio de la clientela y a la instalación de locales de

venta (Decisión, nº 28) y b) la prohibición de hacer entregas a consumidores finales denominados «institucionales» (Decisión, nº 34);

que, por el contrario, estarían comprendidas en la prohibición del apartado 1 del artículo 85, pero podrían disfrutar de una exención, la obligación impuesta a los distribuidores de comprobar si los revendedores a los que suministran están autorizados por SABA y la de hacer constar en un registro los aparatos vendidos, su número y el nombre de los compradores [Decisión, nº 11, letras b) y c), y nº 29], así como las obligaciones impuestas por los contratos de cooperación (Decisión, nº 29).

25 Considerando que procede examinar, respecto de cada uno de los elementos impugnados por la demandante, si la Comisión los calificó con exactitud por lo que se refiere a la aplicación o no aplicación a ellos de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 y, en caso de que estén comprendidos en esta prohibición, si la Comisión, al permitir que se beneficien (de la exención) del apartado 3 del artículo 85, hizo una aplicación exacta de esta disposición.

1) *Obligación impuesta a los distribuidores SABA de suministrar para la reventa únicamente a los mayoristas o minoristas autorizados*

26 Considerando que la demandante alega que la obligación impuesta a los mayoristas, de comprobar personalmente, antes de suministrar a un revendedor, si éste está autorizado efectivamente por SABA, haciendo constar, en particular, en un registro y controlando rigurosamente los números de todos los aparatos SABA entregados, con la fecha y el nombre del comprador, excede de cuanto es necesario para asegurar el mantenimiento de una red selectiva y constituye una obligación incompatible con la estructura del comercio al por mayor en régimen de autoservicio.

27 Considerando que todo sistema de comercialización basado en una selección de puntos de distribución implica necesariamente, para tener algún sentido, la obligación de que los mayoristas que forman parte de la red solamente suministren a los revendedores autorizados y, por tanto, la posibilidad de que el productor interesado controle el cumplimiento de esta obligación;

que las obligaciones aceptadas en materia de control, mientras no excedan del fin perseguido, no pueden constituir por sí mismas una restricción de la competencia, sino que constituyen una obligación accesoria de la principal, cuya aplicación contribuyen a asegurar;

que la Comisión pudo considerar que las obligaciones impuestas a este respecto por la certificación de compromiso no exceden de las necesidades de un control adecuado y constituyen una carga normal para un mayorista, pues la identificación de los minoristas abastecidos y de los productos suministrados, cuando se trata de bienes de consumo duraderos, corresponden a una exigencia normal de la explotación de un comercio al por mayor;

que, de este modo, al no exceder de cuanto es necesario para alcanzar su objetivos, estas obligaciones de control, en la medida en que están destinadas a garantizar el cumplimiento de los requisitos de autorización por lo que respecta a los criterios de cualificación profesional, escapan al ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, mientras que, en la medida en que garantizan el cumplimiento de obligaciones más coercitivas, están comprendidas en la prohibición del apartado 1 del artículo 85, salvo que se beneficien, en su caso, junto con la obligación a la que acompañan, de la exención del apartado 3 del artículo 85;

que, por consiguiente, la conformidad de las obligaciones mencionadas anteriormente con el Tratado depende de la apreciación que proceda hacer de los demás elementos criticados por la demandante.

2) *Prohibición de suministros directos a los usuarios finales institucionales*

28 Considerando que la Comisión, a la vez que obligó a SABA a que renunciara a imponer a los mayoristas la prohibición de suministrar a los usuarios finales profesionales, admitió el mantenimiento de la prohibición de suministrar a consumidores privados, incluidos los grandes usuarios finales denominados «institucionales», tales como escuelas, hospitales, cuarteles, administraciones y otros clientes de la misma naturaleza;

que la Comisión considera que esta limitación del ámbito de actividad de los mayoristas, además de ser conforme con las disposiciones de la legislación

alemana, no constituye una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, porque corresponde a la separación de funciones de mayorista y minorista y que, si esta separación no existiera, los primeros disfrutarían de una ventaja competitiva injustificada con relación a los segundos, ventaja que no quedaría protegida por el artículo 85, por no ser conforme con las prestaciones efectuadas.

29 Considerando que consta que algunos Estados miembros han dictado leyes que imponen obligaciones y cargas, en especial sociales y fiscales, diferentes para el comercio al por menor y el comercio al por mayor, de manera que se falsearía la competencia si los mayoristas, cuyas cargas en general son proporcionalmente más ligeras en atención a la fase de comercialización en que operan, hicieran la competencia a los minoristas en la fase de distribución al por menor y, en particular, en la de abastecimiento de los usuarios privados;

que, por considerar que esta separación de funciones, en principio, es compatible con la exigencia de una competencia no falseada, la Comisión no infringió el apartado 1 del artículo 85;

que la demandante no niega, por lo demás, este punto de vista y afirma incluso que su sistema de venta está organizado de manera que se respete esta distinción, pero sostiene que el suministro directo a importantes consumidores finales denominados «institucionales» está incluido en la función del mayorista;

que, a este respecto, alega los términos del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva del Consejo de 25 de febrero de 1964, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades del comercio mayorista, según los cuales, «con arreglo a la presente Directiva, ejerce una actividad del comercio mayorista toda persona física o sociedad que, con carácter habitual o profesional, compre mercancías en nombre y por cuenta propios y las revenda, bien a otros comerciantes, mayoristas o minoristas, bien a transformadores, bien a consumidores profesionales o a consumidores importantes».

30 Considerando que esta Directiva da una definición de la función de mayorista para la aplicación de las normas del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, pero no puede interpretarse

en el sentido de que pretende regular los problemas de competencia a los que se refiere el artículo 85;

que aunque, con seguridad, para numerosos productos, como los de alimentación, determinados usuarios privados, tales como las instituciones, tienen que comprar grandes cantidades, su carácter institucional no implica que tengan la condición de usuarios importantes de cualquier clase de productos;

que, estimando que para los productos fabricados por SABA no era preciso distinguir entre las diferentes clases de usuarios finales no profesionales, la Comisión no se extralimitó en su facultad de apreciación en la materia;

que ello es tanto más así cuanto que, en cualquier caso, incumbe a la demandante demostrar que en el sector de la electrónica de entretenimiento fue consultada por consumidores privados no profesionales de carácter institucional con miras a suministros importantes, pero que no ha aportado ningún medio de prueba en apoyo de su afirmación al respecto.

3) *Obligación impuesta a los mayoristas, cuando abastecen a usuarios finales profesionales, de velar por que los aparatos SABA comprados sean utilizados con fines profesionales*

31 Considerando que según el número 15 de la Decisión impugnada «a tenor de la declaración de compromiso de distribución de mayorista SABA (apartado 2 del punto 2), les está prohibido además a los mayoristas SABA alemanes suministrar en el territorio de la República Federal de Alemania y Berlín Oeste aparatos SABA a consumidores finales, salvo que éstos:

- puedan aportar la prueba de que explotan una empresa industrial o comercial;

- sólo empleen los productos SABA para fines profesionales que puedan contribuir a la rentabilidad de la empresa y suscriban una declaración prescrita por SABA que garantice el cumplimiento de esta obligación, que demuestre objetivamente los fines profesionales citados y que excluya cualquier otra utilización y toda enajenación ulterior»;

32 que de estas consideraciones se deduce que la Comisión, durante la fase administrativa del litigio, reconoció, de conformidad con la tesis de Metro, que la prohibición impuesta a los mayoristas SABA de vender a minoristas no pertenecientes al sector de la electrónica de entretenimiento, pero deseosos de comprar aparatos SABA para utilizarlos con fines profesionales en su empresa, no era conforme con el apartado 1 del artículo 85 y no debía beneficiarse de una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85;

que esta eliminación de una restricción indebida de la competencia debe conciliarse, no obstante, con el respeto de la prohibición de que los mayoristas suministren a los usuarios finales para la satisfacción de sus necesidades particulares;

que, por consiguiente, el productor tiene derecho a controlar el cumplimiento de esta obligación necesaria para el mantenimiento de la estructura de su sistema de distribución en dos fases, so pena de no poder exigir a los minoristas autorizados por él las prestaciones necesarias para el buen funcionamiento del sistema de distribución selectiva;

que la demandante afirma, sin aportar, no obstante, elementos de prueba convincentes, que las obligaciones de control establecidas a este respecto por los certificados de compromiso son incompatibles con las exigencias de un comercio al por mayor en régimen de autoservicio y contribuyen de este modo a eliminar esta forma de competencia.

33 Considerando que, según las informaciones facilitadas por la misma demandante, el comercio al por mayor en régimen de autoservicio se basa esencialmente en que el acceso a los locales de venta está reservado exclusivamente a los titulares de una tarjeta de comprador nominativa, que no sólo permite identificar al cliente por su nombre, sino también comprobar si se trata de una persona física o jurídica que explota una empresa comercial, artesanal o industrial;

que, además, en todo caso por lo que se refiere a la sección «non food», para ajustarse a la legislación alemana, se efectúa un control antes de la salida de las mercancías para asegurarse de que se trata de compras efectuadas ya sea para la reventa ya sea para una utilización profesional en la empresa del comprador, con exclusión de la satisfacción de necesidades privadas;

que las operaciones de comprobación impuestas por la declaración de compromiso tienen sustancialmente el mismo alcance, salvo que ésta obliga al mayorista a hacer firmar al comprador una declaración en la que confirma que la compra se hace para usos profesionales;

que, en estas circunstancias, no parece que, habida cuenta de las posibilidades de abuso inherentes a la extensión de las posibilidades de venta con fines distintos de la reventa, esta exigencia suplementaria no sea razonable y constituya un obstáculo grave e incompatible con la misma naturaleza del comercio al por mayor en régimen de autoservicio;

que ello es tanto más así cuanto que la obligación impuesta no implica la de velar personalmente por que los compradores cumplan las obligaciones a que se han comprometido.

4) *Obligación de los mayoristas de cooperar al desarrollo de la red de distribución SABA suscribiendo contratos de cooperación*

34 Considerando que la admisión en calidad de mayorista SABA en la República Federal de Alemania y Berlín Oeste, según el punto 9 de la Decisión, está supeditada a los siguientes requisitos: «SABA ha declarado a la Comisión que, en principio, está dispuesta a entregar sus productos en la República Federal de Alemania y Berlín Oeste a todos los mayoristas:

a) que exploten un comercio especializado, es decir, los que realicen más del 50 % de su volumen de negocios con la venta de receptores de radio, televisores, magnetófonos y otros artículos eléctricos o que tengan un departamento especializado para la venta al por mayor de receptores de radio, televisores y magnetófonos, cuyo volumen de negocios sea comparable al de un mayorista especializado en productos de electrónica de entretenimiento;

b) que contribuyan al establecimiento y refuerzo de la red de distribución de SABA;

c) que participen en el servicio a la clientela de SABA y que, en particular, estén en condiciones de asegurar el servicio técnico a la clientela y de asesorar a ésta de manera competente gracias a un personal formado;

d) que suscriban el contrato de cooperación de SABA;

e) que suscriban declaraciones de compromiso de SABA y respeten la distribución en ellos prevista»;

35 que, según la demandante, las obligaciones contenidas en las letras a) (comercio especializado o departamento especializado), b) (refuerzo de la red SABA) y d) (contratos de cooperación) constituyen restricciones de la competencia prohibidas por el apartado 1 del artículo 85, a las que la Comisión no podía conceder una exención basada en el apartado 3 del artículo 85, pues no se reunían los requisitos de semejante exención.

a) Respecto a la obligación de abrir un departamento especializado y de realizar un volumen de negocios comparable al de un mayorista especializado

36 Considerando que, aunque este doble requisito no está expresamente mencionado en los distintos textos presentados al Tribunal de Justicia (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler; Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler Deutschland; EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler; Kooperationsvertrag), resulta que fue formulado durante la tramitación de la denuncia de Metro, en particular en un escrito de SABA de 20 de febrero de 1975, cuyo contenido fue comunicado a la demandante el 5 de marzo de 1975;

que de ello se deduce que se trata de una condición impuesta para la autorización de los distribuidores SABA cuando se trata de mayoristas no especializados y que forma parte del conjunto del sistema de distribución aprobado por la Comisión;

que procede, pues, examinar su alcance con respecto tanto al apartado 1 como al apartado 3 del artículo 85.

37 Considerando que la obligación de los mayoristas no especializados de abrir un departamento especial para productos de electrónica de entretenimiento puede garantizar la venta, en buenas condiciones, de los productos de referencia y, por consiguiente, no constituye una restricción de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85;

que, por el contrario, la obligación de realizar un volumen de negocios comparable al de un mayorista especializado excede de las necesidades impuestas por los criterios cualitativos propios de un sistema de distribución selectiva y, por consiguiente, procede apreciarla a la luz del apartado 3 del artículo 85.

38 Considerando, no obstante, que esta obligación se confunde, en el presente caso, con la obligación, reproducida en los contratos de cooperación, de realizar un volumen de negocios satisfactorio, de manera que debe examinarse junto con dichos contratos.

b) Respecto a las obligaciones de las letras b) (contribuir al desarrollo de la red de distribución) y d) (suscribir contratos de cooperación)

39 Considerando que las obligaciones de la letra b), es decir, contribuir al establecimiento y desarrollo de la red de distribución, y de la letra d), es decir, suscribir contratos de cooperación por los que el mayorista se compromete a realizar un volumen de negocios satisfactorio para SABA, lo cual implica compromisos de compra por un período de seis meses, así como obligaciones de almacenamiento, exceden de las obligaciones normales de la explotación de un comercio mayorista y de las necesidades de un sistema de distribución selectiva basado en exigencias cualitativas;

que tienen por efecto vincular estrechamente a SABA con los distribuidores autorizados y pueden producir la exclusión de empresas que, aunque cumplen los requisitos cualitativos de admisión, no están en condiciones o no están dispuestas a someterse a estas obligaciones, y de este modo pueden llegar indirectamente a limitar el número y el establecimiento de puntos de distribución;

que, por consiguiente, sólo pueden quedar exceptuadas de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 si reúnen los requisitos del apartado 3 del artículo 85.

40 Considerando, sin embargo, que según la Comisión (Decisión, nº 28), la obligación de los mayoristas de «participar en el desarrollo de la red de distribución» no constituye una restricción de la competencia comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85;

que esta apreciación ignora el alcance de esta disposición, pues la función de un mayorista no es promover la producción de tal o cual productor, sino garantizar al comercio al por menor un abastecimiento que se beneficie de la competencia entre productores, de manera que los compromisos de un mayorista que limiten su libertad a este respecto constituyen restricciones de la competencia;

que esta apreciación inexacta tiene, no obstante, por efecto viciar la Decisión impugnada, porque resulta que la obligación de participar en el desarrollo de la red de distribución SABA se confunde, de hecho, con las obligaciones enumeradas en el contrato de cooperación que la Comisión consideró como una restricción de la competencia solamente admisible en el marco del apartado 3 del artículo 85;

que procede, pues, examinar si se reúnen estos requisitos.

41 Considerando que el «contrato de cooperación» que deben celebrar SABA y el mayorista implica:

1) a cargo de SABA, obligaciones de carácter general (consultas con las agrupaciones de mayoristas SABA sobre cuestiones que presentan interés para las relaciones comerciales bilaterales, información en el plano técnico, cooperación financiera);

2) a cargo de SABA, prestaciones más específicas (cooperación en materia de publicidad, reembolso de las prestaciones de garantía);

3) disposiciones que enumeran las obligaciones que corresponden a las dos partes con respecto a los contratos de suministro;

que este mismo contrato implica el compromiso para el mayorista SABA de celebrar, al menos con seis meses de antelación, contratos de suministro con SABA por un volumen de productos que tenga en cuenta el crecimiento probable del mercado interior de la electrónica de entretenimiento de una manera adecuada para una y otra parte, así como obligaciones de almacenamiento;

que, además, el mayorista SABA se compromete a realizar un volumen de negocios «adecuado» (ein angemessener Umsatz) en aparatos SABA;

que, por su parte, SABA se compromete a pagar a los mayoristas una prima anual calculada sobre el valor neto de las facturaciones y cuyo importe varía del 0 % al 2 % en función del grado de cumplimiento de los compromisos aceptados en el contrato de suministro;

que la concesión de esta «prima» se combina además con la concesión de una prima anual «de gestión acorde con las previsiones», concedida por la aceptación al 100 % o a más del 95 % de las propuestas de suministro elaboradas por SABA, desde el momento en que se cumple el contrato de suministro basado en estas propuestas.

42 Considerando que el apartado 3 del artículo 85 subordina el disfrute de la exención de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 al requisito de que el acuerdo: 1) contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2) reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; 3) no imponga restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y 4) no ofrezca a las empresas interesadas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

43 Considerando, por lo que respecta al primer requisito enunciado, que la celebración de contratos de suministro por una duración de seis meses, y habida cuenta del probable crecimiento del mercado, debe permitir a la vez asegurar cierta estabilidad de abastecimiento de los productos de que se trata, de lo cual debe resultar una cobertura más adecuada de las necesidades de quienes se abastecen del mayorista y, debido a la duración relativamente corta de estos contratos de suministro, un grado de flexibilidad que permita adaptar la producción a las necesidades cambiantes del mercado;

que, así, se asegura una distribución más regular, que beneficia a la vez al productor, que participa en la expansión prevista del mercado del producto de que se trata, y al mayorista, que ve asegurado su abastecimiento, y por último a las empresas que se abastecen del mayorista, por cuanto se amplía el surtido de productos disponibles;

que otra mejora de la distribución reside en la cláusula del contrato de cooperación que obliga a SABA a indemnizar a los mayoristas por las prestaciones de garantía y a suministrar las piezas de recambio necesarias para efectuar las reparaciones en régimen de garantía;

que, además, la elaboración de programas de suministro con una duración razonable constituye, respecto al mantenimiento del empleo, un factor de estabilización, cuya persecución, con carácter de mejora de las condiciones generales de producción, especialmente en circunstancias de coyuntura económica desfavorable, entra en el marco de los objetivos que el apartado 3 del artículo 85 permite perseguir.

44 Considerando que, en segundo lugar, procede examinar si las restricciones impuestas a los mayoristas por el contrato de cooperación son indispensables para alcanzar los objetivos perseguidos.

45 Considerando que, a falta de compromisos que abarquen un período de duración determinada, las relaciones entre productor y mayorista autorizado sólo pueden establecerse en forma de relaciones ocasionales que no permiten alcanzar la estabilidad necesaria para que los mayoristas especializados y los productores puedan asumir las demás obligaciones que garantizan un abastecimiento mejorado;

que, al estimar que, mediante una limitación a seis meses del período que abarca el contrato de suministro, el contrato de cooperación seguía estando dentro de los límites de lo necesario, la Comisión no sobrepasó de modo manifiesto el margen de apreciación que le correspondía en la materia.

46 Considerando que, según el apartado 3 del artículo 85, el acuerdo restrictivo de la competencia, para poder disfrutar de una exención, no sólo debe mejorar la distribución de los productos, sino también reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

47 Considerando que, según la Decisión impugnada, las condiciones de abastecimiento que para los mayoristas resultan del contrato de cooperación pueden beneficiar directamente a los usuarios por cuanto que aseguran un abastecimiento continuo y una oferta más amplia de mercancías por parte de los minoristas a los usuarios privados finales;

que, además, la fuerte competencia que existe en el sector de la electrónica de entretenimiento ejerce una presión suficiente para obligar a SABA y a los mayoristas a repercutir sobre los usuarios las ventajas derivadas de la racionalización de la producción y de la distribución como consecuencia de los contratos de cooperación.

48 Considerando que, en las presentes circunstancias, un abastecimiento regular constituye para los usuarios una ventaja suficiente para que pueda ser considerada como una participación equitativa en el beneficio resultante de las mejoras derivadas de la restricción de la competencia admitida por la Comisión;

que, aunque sea dudoso que se pueda pensar que responde a la exigencia del apartado 3 del artículo 85 la suposición de que la presión de la competencia será suficiente para que SABA y los mayoristas repercutan sobre los consumidores una parte del beneficio resultante de la racionalización de la red de distribución, sin embargo, la concesión de la exención puede considerarse, en el presente caso, suficientemente justificada por la ventaja que los usuarios obtienen de un abastecimiento mejorado.

49 Considerando, por último, que procede examinar si las obligaciones contenidas en el contrato de cooperación dan a las empresas interesadas la posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos de que se trata.

50 Considerando que de cuanto precede se deduce que los mayoristas en régimen de autoservicio, en gran medida, pueden cumplir sin inconveniente alguno los requisitos establecidos por SABA para la autorización como mayorista;

que, aunque, por el contrario, los planes de compras que los mayoristas están obligados a suscribir en el contrato de cooperación constituyen, con toda probabilidad, un elemento extraño a los métodos propios de este canal de

distribución, no parece que la Comisión haya sobrepasado el margen de apreciación que le corresponde en la materia al sopesar, por un lado, para el sector concreto de la electrónica de entretenimiento, la necesidad de los contratos de cooperación para asegurar a la red de distribución SABA, en particular respecto a los mayoristas especializados, una coherencia suficiente y, por otro, las dificultades no insuperables que de ello derivan para los mayoristas en régimen de autoservicio, y dar preferencia a la primera;

que podría no ser así si, en particular, como consecuencia de una multiplicación de redes de distribución selectiva de contenido similar al de SABA, los mayoristas en régimen de autoservicio quedaran eliminados efectivamente como distribuidores en el sector de la electrónica de entretenimiento;

que, no obstante, de las consideraciones anteriores se desprende que no sucedía así en el momento en que se adoptó la Decisión controvertida;

que, por tanto, esta Decisión no se basa manifiestamente en una apreciación errónea de las condiciones económicas en las que se desarrolla la competencia en el sector de que se trata;

51 que debe desestimarse el recurso.

Costas

52 Considerando que, a tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas;

que, a tenor del párrafo segundo de esta disposición, si son varias las partes que pierden el proceso, el Tribunal decidirá sobre el reparto de las costas;

que, por haber sido desestimados los motivos formulados por la demandante, procede condenarla en costas y la parte coadyuvante SB-Verband soportará las costas ocasionadas por su intervención.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

1) **Desestimar el recurso.**

2) **La parte coadyuvante SB-Verband cargará con las costas ocasionadas por su intervención.**

3) **La parte demandante cargará con el resto de las costas.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 25 de octubre de 1977.

El Secretario
A. Van Houtte

El Presidente
H. Kutscher