CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN-PIERRE WARNER presentadas el 10 de enero de 1978 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El presente asunto ha sido planteado en este Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 173 del Tratado CEE por la empresa Miller International Schallplatten GmbH (en lo sucesivo, «Miller») para impugnar la Decisión 76/915/CEE de la Comisión, de 1 de diciembre de 1976 (DO L 357, p. 40), por la que esta última declara (artículo 1) que ciertas restricciones a la exportación impuestas por Miller a sus clientes constituyen infracciones al apartado 1 del artículo 85 del Tratado e impone a esta empresa una multa de 70.000 unidades de cuenta, es decir 256.200 DM, por dichas infracciones (artículo 2 de la Decisión).

Los hechos, tal como fueron expuestos en la Decisión impugnada y completados ante este Tribunal de Justicia con elementos que no han suscitado oposición, pueden resumirse de esta manera:

Miller ejerce su actividad en Quickborn, cerca de Hamburgo, donde produce soportes de sonido de bajo precio (discos, cintas magnéticas y casetes de música). El repertorio de la empresa se compone en un 45 % de música ligera en lengua alemana, sobre todo música de los «hit-parades» alemanes, e igualmente de música folclórica alemana y en un 43 % aproximadamente de diversos tipos de grabaciones para niños, en su mayoría en lengua alemana, pero algunas igualmente en lengua neerlandesa, un 6 % aproximadamente de música clásica, un 5 % aproximadamente de música popular en inglés y, el resto (menos del 1 %) de series documentales.

Miller es una sociedad filial al cien por cien de la sociedad americana MCA Records Inc., que es, a su vez, filial de otra sociedad americana, MCA Inc., de Universal City, California.

El 11 de junio de 1977, Miller celebró un contrato de distribución en exclusiva con la sociedad de Estrasburgo, Sopholest SA, para la venta de sus productos en Alsacia y Lorena (este territorio estaba definido por referencia a un mapa –véase el anexo 2 de la demanda). La cláusula nº 5 de este contrato estipulaba que los productos de Miller no podían, en principio, exportarse desde Alsacia-Lorena hacia otros países.

* Lengual original: inglés.

El 15 de noviembre de 1973, Miller celebró un contrato análogo con la sociedad neerlandesa Delta BV, de Haarlem, para la venta de sus productos en los Países Bajos (anexo 3 de la demanda). La cláusula nº 9 de este contrato, redactado en inglés, estipulaba lo siguiente:

«De acuerdo con la normativa de la CEE relativa al derecho de propiedad de las mercancías y a los derechos de reexportación de las mismas, Delta y Miller acuerdan lo siguiente: Miller concede a Delta derecho exclusivo en el territorio contemplado en el contrato; en contrapartida, Delta renunciará, de acuerdo con el espíritu del presente contrato, a exportar los productos designados en éste sin el consentimiento expreso de Miller, para no perjudicar a los importadores o licenciatarios de Miller fuera de los Países Bajos.»

La cláusula nº 11 del contrato contenía, entre otras, la disposición siguiente:

«El presente contrato se interpretará y obligará a las partes de acuerdo con las leyes de la República Federal de Alemania y en virtud de la normativa comercial vigente tal como disponen los Reglamentos de la Comunidad Económica Europea.»

En realidad, la cláusula nº 9 había sido suprimida enteramente por un apéndice al contrato, firmado antes de la entrada en vigor del mismo. Este extremo no figura entre las infracciones que la Comisión imputa a Miller. Su importancia, opina la Comisión, estriba en que prueba que ya en aquel momento Miller había advertido que la normativa comunitaria disponía algo en relación con tales cláusulas. A esto obedece la cuantía de la multa.

En los demás Estados miembros de la Comunidad, Miller tenía igualmente distribuidores en exclusiva en Bélgica, Dinamarca y Luxemburgo, pero éstos no estaban vinculados por un contrato formal. En Italia, Miller había concedido una licencia de exclusividad a una empresa italiana establecida en Brebbia, cerca de Varese, para la fabricación y venta de soportes de sonido con su marca. No exportaba ni a Irlanda ni al Reino Unido. En realidad, más de la mitad de sus exportaciones se dirigían a Austria y Suiza.

En la República Federal de Alemania, Miller contaba con más de 4.000 clientes: mayoristas, supermercados, cadenas de comercio al por menor, grandes almacenes, puestos de periódicos, «rack jobbers», comercios minoristas, personas privadas y exportadores.

Desde 1970 el texto de las condiciones de venta, entrega y pago de Miller para el mercado interior incluía una cláusula (artículo 9) que disponía lo siguiente:

«No podrá exportarse ningún disco que lleve una de nuestras marcas. En caso de incumplimiento de la presente disposición, podremos cesar el suministro al vendedor y considerar a éste responsable de cualquier

acción de indemnización presentada contra nosotros en el extranjero a causa de dichas exportaciones.»

El 1 de agosto de 1974, Miller estableció condiciones generales de venta y entrega revisadas, que contenían una cláusula (artículo IX) del siguiente tenor:

«El cliente se abstendrá, de manera general, de revender al extranjero los artículos suministrados por nosotros. En caso de incumplimiento de la presente disposición, podremos cesar las entregas a dicho cliente y reclamarle una indemnización por cualquier acción de reparación que se presente contra nosotros en el extranjero.»

Durante el procedimiento administrativo, Miller afirmó a la Comisión que estas condiciones generales revisadas figuraban en los contratos celebrados tanto en el mercado interior como en el extranjero [véase el anexo 1 b) a la demanda]. La Comisión comprobó que era así (véase el sexto considerando de su Decisión). En la respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal al final de los debates, Miller afirmó, sin embargo, que se trataba de un error; los clientes extranjeros con los que no se habían celebrado contratos formales sólo recibían un baremo de precios y no las condiciones generales de venta.

El 7 de mayo de 1975, tras haber intervenido la Comisión por la denuncia de uno de los clientes alemanes de la demandante, esta última comunicó que en el futuro no impondría a sus clientes prohibiciones de exportar. Más tarde, el mismo año, publicó nuevas condiciones generales de venta, que ya no contenían la cláusula que figuraba anteriormente en el artículo IX.

En su recurso, Miller solicita al Tribunal de Justicia que declare la nulidad de la Decisión de la Comisión. Con carácter subsidiario solicita al Tribunal de Justicia la reducción de la multa y autorizar su pago en plazos [Miller retiró una solicitud para que se le autorizara a pagar la multa en una moneda diferente del Deutsche Mark, a raíz de una decisión del Tribunal de Justicia en su sentencia en el «asunto del azúcar» (Rec. 1977, p. 445)].

En sustancia, Miller solicita que se declare nula y sin valor la decisión de la Comisión, basándose, creo, en que la Comisión no ha demostrado ni ha podido demostrar que las restricciones a la exportación de que se trata estaban comprendidas en el ámbito del apartado 1 del artículo 85 del Tratado; en que la Comisión no ha demostrado ni ha podido demostrar que dichas restricciones podían afectar al comercio entre los Estados miembros o que tenían por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Miller afirma, en particular, que la Comisión cometió un error al sobreestimar su posición en el mercado.

La naturaleza de los argumentos expuestos ante el Tribunal de Justicia en apoyo de estas pretensiones me obliga, creo, a recor-

dar el Derecho aplicable en esta materia, tal como ha sido interpretado por el Tribunal.

En primer lugar, la expresión «que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros», que figura en el apartado 1 del artículo 85, supone que el contrato controvertido puede producir un impacto directo o indirecto, real o potencial, en la libertad de comercio entre Estados miembros e impedir, mediante la compartimentación del mercado de ciertos productos a nivel de los Estados miembros, la realización de un mercado único a escala del conjunto de los Estados miembros. La posibilidad de que un acuerdo pueda afectar de este modo el comercio entre los Estados miembros debe apreciarse según criterios objetivos, de hecho o de Derecho –véanse, por ejemplo, los asuntos Société Technique Minière (56/65,↔ Rec. 1966, pp. 337 y ss., especialmente p. 359), y Consten y Grundig/Comisión (asuntos acumulados 56/64 y 58/64,↔ Rec. 1966, pp. 429 y ss., especialmente p. 495). En segundo lugar, se deduce de las mismas fuentes que la referencia que el apartado 1 del artículo 85 hace a un acuerdo que tenga «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, impone un examen alternativo. Si el acuerdo tiene manifiestamente este objeto, no es necesario examinar sus efectos. Tan sólo en caso de que el objeto del acuerdo no esté claro, habrá que ampliar el examen a los efectos del mismo, es decir, a sus consecuencias reales.

Esto basta para privar totalmente de valor a los argumentos que Miller basó, según sus propias palabras, en la idea de que una restricción de la exportación con destino a otros Estados miembros sólo podría considerarse contraria al apartado 1 del artículo 85 si se demostrara que tuvo efectivamente por consecuencia afectar al comercio entre los Estados miembros e impedir el juego de la competencia en una parte sustancial del mercado común. Miller ha intentado así demostrar con largas explicaciones que sus clientes alemanes no querían lanzarse en operaciones de exportación y no estaban preparados para hacerlo (aunque fue precisamente la denuncia de uno de ellos ante la Comisión la que, al parecer, puso en marcha todo el procedimiento y aunque parezca poco creíble, como señala la Comisión, que un mayorista de Aquisgrán, por ejemplo, prefiera remitir a un minorista de Eupen a un distribuidor de Bruselas en vez de atender él mismo su pedido). Igualmente, la demandante ha afirmado que sus clientes extranjeros no tenían ningún interés en exportar a otros países o reimportar en la República Federal de Alemania (aunque, por propia confesión de Miller, la empresa Sopholest SA había considerado beneficioso enviar mercancías de Estrasburgo a Suiza y a Austria y que a la empresa Delta BV le había parecido interesante servir al mercado belga a partir de Haarlem). Esta argumentación dio lugar a un largo debate entre Miller y la Comisión sobre los motivos que impulsaron a Miller a imponer en su mercado de origen precios más elevados que en los mercados de exportación e incluso sobre la cuantía exacta de la diferencia de precios. Con todo el respeto que merecen las partes, me parece que esto no tenía importancia. Fuera de las excepciones que mencionaremos enseguida, el apartado 1 del artículo 85 prohíbe estipular en los contratos comercia-

les cláusulas que restrinjan expresamente el comercio entre Estados miembros y el juego de la competencia dentro del mercado común, con independencia de si este comercio o esta competencia es del tipo que desean aquellos a los que pueden afectarles dichas cláusulas o del tipo en el que pueden participar.

Miller afirma haber mostrado una actitud liberal al conceder a sus contratantes excepciones a las cláusulas controvertidas. Es posible, pero la infracción a que se refiere el apartado 1 del artículo 85 es el mero hecho de imponer dichas cláusulas y no un grado particular de falta de liberalidad en su aplicación. Esto se explica por el hecho de que por sí mismas estas cláusulas producen un efecto inhibitorio que no es fácil de valorar. Nadie puede decir, por ejemplo, cuántos clientes de Miller y en cuántas ocasiones no pudieron exportar, sin haber pensado en solicitar una excepción. En efecto, si se pudiera ignorar el efecto inhibitorio de tales cláusulas, el apartado 2 del artículo 85, que señala su nulidad de pleno derecho, bastaría por sí mismo para garantizar la realización de los objetivos del apartado 1 del artículo 85. Sería, sin embargo, poco realista suponer que es así. En un caso como el presente no cabe duda de que la liberalidad que puede haber mostrado la empresa al conceder excepciones es un hecho que se debe tener en cuenta al fijar la multa, pero este elemento no tiene relación alguna con la cuestión de la existencia o no de la infracción.

He dicho que existen excepciones. Las más importantes son, evidentemente, las del apartado 3 del artículo 85, pero esta disposición no ha sido invocada en el presente caso.

Además, existe una excepción implícita en el mismo apartado 1 del artículo 85. Si se demuestra que sin una restricción particular del juego de la competencia es completamente imposible continuar ciertas actividades comerciales, esta restricción no está afectada por el apartado 1 del artículo 85. Así, este Tribunal de Justicia declaró en el asunto Société Technique Minière que es posible que una restricción de la competencia, prevista en el marco de un acuerdo de distribución en exclusiva, no esté sujeta a la aplicación del apartado 1 del artículo 85 si, a falta de esta restricción, dicho productor no puede comercializar sus productos en el interior de la zona geográfica cubierta por el acuerdo. Igualmente, en los asuntos acumulados 19/74 y 20/74, «Kali» (Rec. 1975, p. 499), este Tribunal de Justicia declaró que el apartado 1 del artículo 85 no contempla los acuerdos que permiten a un operador ceder el excedente de su producción a su competidor, cuando sin esta facultad le sería completamente imposible comercializar dicho excedente. Miller no ha intentado beneficiarse de esta excepción.

Finalmente hay una excepción que Miller ha querido invocar y que dispone que un acuerdo no está sujeto a la prohibición del apartado 1 del artículo 85 cuando la posición de las partes contratantes en el mercado es tan débil que el acuerdo no puede afectar más que de una manera insignificante al libre juego de la competencia y al comercio entre

los Estados miembros. Esta excepción puede deducirse de las sentencias de este Tribunal de Justicia en los asuntos Völk (5/69, ↔ Rec. 1969, p. 295); Cadillon (1/71, Rec. 1971, p. 351), y Béguelin Import (22/71, ↔ Rec. 1971, p. 949). Desde el punto de vista histórico parece que esta excepción se ha deducido de la precedente, ya que los hechos de la sentencia Völk eran análogos a los del asunto Société Technique Minière. En efecto, el Abogado General, Sr. Gand, opinó claramente que la decisión en el asunto Völk debía ser similar a la pronunciada en el asunto Société Technique Minière. Pero la excepción ha adquirido una existencia autónoma y nos parece que, como excepción independiente, sólo puede fundarse en el principio *de minimis non curat lex* o, como algunos prefieren, *de minimis no curat praetor*. Además, aunque los asuntos Völk, Cadillon y Béguelin se referían a acuerdos de distribución en exclusiva, no vemos por qué la excepción que han establecido no sería de aplicación general. Pero, mientras que la excusa invocada en los asuntos Société Technique Minière y Kali equivale a decir «mi falta no es falta, porque sin cometerla no habría podido vender», la excepción invocada en el presente caso consiste en decir «mi falta no debe considerarse como tal, porque es de importancia mínima». Para que se pueda tener en cuenta esta excusa es necesario, efectivamente, que la infracción del apartado 1 del artículo 85 sea despreciable.

Miller alegó ante el Tribunal de Justicia la Comunicación de la Comisión, de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DO 1970, C 64, p. 1; EE 08/01, p. 162). No me parece, sin embargo, que este documento pueda servir a su causa. Como el Abogado General, Sr. Dutheillet de Lamothe, subrayó en el citado asunto Cadillon y, de nuevo, en el citado asunto Béguelin, resulta claramente del texto de dicha Comunicación que la misma no tenía más que un valor indicativo y no normativo. El texto del documento había sido redactado de tal forma que indicara que tan sólo expresaba la opinión de la Comisión; señalaba que la «definición de orden cuantitativo del carácter sensible», que daba, no tenía «un valor absoluto» y que, cuando hubiera dudas en un caso concreto, las empresas interesadas tenían «la posibilidad de solicitar una declaración negativa o de notificar el acuerdo». Y lo que es aún más importante, afirmaba que «la presente Comunicación no prejuzga la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». No podía ser de otra manera, ya que la Comisión no está facultada para modificar el Derecho, como se deduce del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. En caso de que una empresa, basándose de buena fe en los términos de la Comunicación de la Comisión, hubiera obrado pensando que el acuerdo del que era parte no estaba contemplado por el apartado 1 del artículo 85, es posible que habría habido, en cierto sentido, «excepción perentoria» [1] que

[1] El concepto de «excepción perentoria», conocido en el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés, ha sido elegido aquí para traducir el concepto de *estoppel* del Derecho inglés en el que este último término incluye un medio de prueba que impide a una parte negar ciertos hechos que

impediría a la Comisión imponer más tarde una multa a esta empresa basándose en que dicho acuerdo estaba comprendido en la prohibición. No puede darse una «excepción perentoria» de este tipo en el presente caso, ya que nada indica que Miller se fundara de alguna manera en la Comunicación. No se ve, en efecto, cómo hubiera podido hacerlo de buena fe. Los términos de la Comunicación parecen referirse a los acuerdos «horizontales» entre productores o distribuidores. No son fáciles de aplicar a un caso como el presente, en el que un productor impone restricciones uniformes al conjunto de sus clientes distribuidores.

¿Cuáles serían en tal caso «las empresas participantes en el acuerdo» cuyos «volúmenes de negocios incluyan el conjunto de productos y servicios» (así como los de sus filiales y los de sus empresas matrices) que deben sumarse para comprobar si superan el límite prescrito? Tal vez la respuesta sea que en el caso presente hubiera convenido sumar el volumen de negocios de Miller, los de todos sus clientes y los de sus filiales y empresas matrices respectivas (incluyendo el volumen de negocios de MCA Records Inc.). Lo cierto es que nadie ha intentado efectuar esta operación.

Para tratar exhaustivamente el asunto debería, tal vez, indicar que la citada Comunicación fue sustituida recientemente por una Comunicación análoga de fecha 19 de diciembre de 1977 (DO 1977, C 313, p. 3; EE 08/02, p. 56). Las observaciones que acabo de hacer serían igualmente aplicables a esta nueva Comunicación si interesara para el presente asunto. Opino, sin embargo, que no es así, aunque no fuera más que porque la legalidad de una Decisión aprobada por la Comisión en diciembre de 1976 no podría cuestionarse por un documento publicado por la misma Comisión en diciembre de 1977 y está claro, por otra parte, que para éste aspecto del asunto se deduce del tenor del artículo 173 del Tratado que este Tribunal de Justicia sólo puede valorar la legalidad de la Decisión de la Comisión en la fecha en que fue adoptada.

En los considerandos 12 al 15 de su Decisión, la Comisión trata lo que puedo permitirme llamar el elemento *de minimis,* en los siguientes términos:

«12. Considerando que, para apreciar la restricción de competencia de que se trata, no se puede basar en la cuota que Miller tiene en el conjunto del mercado de discos, cintas y casetes; que, en efecto, Miller produce principalmente discos, cintas y casetes de música ligera; que, por sus características particulares, la música ligera y la música clásica no son intercambiables más que en pequeña medida; que los discos, cintas y casetes de música ligera constituyen, por lo tanto, un mercado distinto; que si se considera que en la República Federal

ha alegado anteriormente («Jowitt's Dictionary of English Law», ed. 1977, p. 725); en particular, el *stoppel by deed* está basado en el principio de que nadie puede cuestionar su propio acto solemne (id., p. 726).

de Alemania aproximadamente el 90 % del conjunto de las ventas interiores son de discos, cintas y casetes de músicas ligera, la cuota unitaria del mercado de Miller, que se eleva al 6,07 %, del total del mercado de los productos de música ligera, se sitúa, pues, en aproximadamente el 6,7 % del mercado de los productos de música ligera en la República Federal de Alemania;

13. Considerando que casi la mitad de la producción de Miller está constituida por discos para niños y que en este mercado Miller ocupa en la República Federal de Alemania una posición predominante;

14. Considerando que, aunque la mitad de la gama de productos fabricados por Miller se componga de discos para niños en lengua alemana y el resto, fundamentalmente, de grabaciones de los "hit parades" alemanes y de música folclórica alemana, los compradores de Miller habían podido hacerle la competencia exportando dichos productos a otros países de la Comunidad, porque las ventas de los mismos no se limitan, por razones lingüísticas, por ejemplo, tan sólo al territorio de la República Federal de Alemania, como indica, por lo demás, el porcentaje del 3,25 % que Miller ha conseguido en las exportaciones alemanas de discos en 1975; que otros países de la Comunidad pueden importar estos productos, porque la población de estos países, al menos en las regiones fronterizas con la República Federal de Alemania, en general comprende suficientemente la lengua alemana;

Considerando que la comprensión de la lengua alemana no tiene posiblemente más que un papel secundario en la venta de discos, cintas y casetes de los "hits-parades" alemanes y de la música folclórica alemana (por ejemplo, canciones en dialecto y aires de carnaval) en los otros países de la Comunidad; que, por lo demás, los compradores de otros países de la Comunidad pueden estar interesados en reimportar los productos de la empresa en la República Federal de Alemania;

15. Considerando que por esta razón el juego de la competencia estaba restringido de manera sensible».

Las cifras del 6,07 %, que representa la cuota de Miller en el conjunto del mercado alemán de soportes de sonido, y del 3,25 %, que representa su cuota en las exportaciones alemanas, son realmente las que Miller ha presentado en el procedimiento administrativo ante la Comisión, señalando, hay que decirlo, que la primera de las cifras, al menos, es probablemente más elevada que la cuota real de Miller en el mercado, ya que se basa en las estadísticas del «Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V.» (Asociación federal de la industria del sonido), que no tiene en cuenta la producción de cierto número de grabadores clandestinos [véase el anexo 1 c) de la demanda]. Ante este Tribunal de Justicia, la Comisión ha demostrado que, teniendo en cuenta esta producción clandestina, la cuota de Miller en el mercado alemán puede, no obstante, evaluarse sin riesgo de error en más del 5 % (véase el escrito de contestación a la demanda, p. 9).

Estos porcentajes se refieren a las cantidades comercializadas. Como Miller es fundamentalmente productor de artículos de bajo precio, su cuota de mercado, calculada en valor, es necesariamente inferior a estas cifras. La Comisión la ha estimado en un 3,75 %, lo que es verosímil (véase el escrito de contestación a la demanda, pp. 8 y 9).

De todas maneras, estas cifras distan mucho, por ejemplo, de las cuotas de mercado del 0,2 % y del 0,5 %, objeto del citado asunto Völk. No pienso, sin embargo, que para aplicar el principio *de minimis,* haya que limitarse a los porcentajes representativos de la cuota del mercado. Conviene tener en cuenta, igualmente, la producción y volumen de negocios de la empresa o de las empresas de que se trate, expresados en cifras absolutas. En el presente caso sabemos que en 1975 la producción de Miller alcanzó casi los 10 millones de soportes de sonido y que su volumen de negocios superó los 34 millones de DM. No podemos considerar que estas cifras sean despreciables. El apartado 1 del artículo 85 no se aplica tan sólo a los gigantes. Conviene evaluar también el alcance de dicha restricción. Ahora bien, la cláusula controvertida en el presente caso era impuesta a todos los clientes de Miller, al menos en el mercado interior.

Las partes se han opuesto fuertemente ante este Tribunal de Justicia para saber cuál era «el mercado de que se trata» en el presente caso, por una parte, desde el punto de vista geográfico y, por otra, del cualitativo. El Abogado de Miller ha llegado a afirmar en determinado momento que, geográficamente, «el mercado de que se trata» era toda la Comunidad, pese a que había sostenido, en un contexto diferente, que no existe un mercado sustancial para los productos de Miller fuera de la República Federal de Alemania y de las regiones limítrofes de ésta, donde comúnmente se habla alemán. Miller ha alegado igualmente que el mercado de los soportes de sonido es indivisible. Dice que la Comisión erró cuando abordó este asunto considerando que existen mercados separados para los soportes de sonido de música ligera y para los de música clásica; mercados separados para los soportes de sonido destinados a los niños y para los destinados a los adultos o, también, mercados separados para los soportes de sonido de bajo precio, por una parte, y para los de alto precio, por otra. En las circunstancias del presente caso creo que no es necesario que me pronuncie sobre estos puntos. Señalaré, no obstante, que la Comisión no basó su Decisión en la existencia de un mercado distinto del de los soportes de sonido de bajo precio, aunque planteara el problema en el curso del procedimiento administrativo y haya mostrado cierta inclinación en este sentido en el curso del procedimiento contencioso.

Miller ha mantenido en su réplica que la incertidumbre de las estadísticas existentes, así como las demás dificultades que se han encontrado eran tales que hacen imposible determinar exactamente su cuota real en el mercado de que se trata y que la Comisión no podía, por lo tanto, sustraerse a la obligación de probar que dicha cuota es importante. Me parece que se ha querido defender la opinión contraria a la voluntad del legislador comunitario. Cuando el acuerdo con-

trovertido vulnera el apartado 1 del artículo 85, no se puede, en efecto, sostener que, pese a esto, este acuerdo se sustrae a las consecuencias previstas por esta disposición, a menos que la Comisión no pueda probar, apoyándose en hechos, que el principio *de minimis* no es aplicable en el caso de autos.

Veamos ahora qué hay que pensar de las pretensiones que Miller ha formulado con carácter subsidiario y que pretenden que el Tribunal de Justicia reduzca la cuantía de la multa y autorice su pago a plazos. En apoyo de estas pretensiones Miller ha expuesto una argumentación centrada en cuatro puntos, a saber:

1) el supuesto error de la Comisión cuando opina que Miller ha infringido intencionalmente las disposiciones del apartado 1 del artículo 85;

2) el carácter insignificante de las infracciones a este artículo cometidas por Miller;

3) la situación financiera de Miller y, en particular, su margen comercial poco importante y falta de liquidez (debidos, según Miller, a los grandes compromisos contraídos en sus programas de inversión), y

4) el que las nuevas condiciones de venta, entrega y pago que Miller adoptó en 1974 fueron redactadas por un Abogado, el Sr. Kirchner, de Hamburgo.

Sobre el primero de estos puntos la Comisión se pronunció de este modo (considerando 21 de la Decisión):

«Considerando que Miller infringió el apartado 1 del artículo 85 deliberadamente; que sabía que la prohibición de exportar impedía a sus compradores hacerle competencia en los demás países de la Comunidad con los productores designados en el contrato y que deseaba que fuera así; que sabía igualmente que la prohibición de exportar violaba el Derecho comunitario o, al menos, que hizo caso omiso deliberadamente de la duda que albergaba al respecto».

Para demostrar que Miller había elegido al menos ignorar las dudas que podía tener sobre el alcance del apartado 1 del artículo 85, la Comisión se basa en el tenor de la cláusula nº 9 del contrato celebrado entre la demandante y Delta BV y, en particular, en el hecho de que uno de los gerentes de Miller admitió en el procedimiento administrativo que su empresa sabía que el Derecho comunitario se opone, al menos, a las prohibiciones absolutas de exportar [véase el anexo 1 d) de la demanda]. Me parece que esta indicación estaba justificada en aquel caso. Es interesante hacer observar que, aunque Miller en sus escritos de alegación ofrece repetidamente pruebas sobre numerosos puntos, no lo hace sobre esta cuestión.

Si en algún punto podemos criticar de alguna manera el considerando 21 de la Decisión, es en que más adelante, en este considerando, la Comisión se expresó en términos que sugieren que los comerciantes de la

Comunidad debe conocer las decisiones adoptadas por ella en casos individuales sobre la normativa de la competencia. Creo que habría que presumir que los comerciantes de la Comunidad conocen los Tratados, los Reglamentos de aplicación de los mismos y, en su caso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sería, no obstante, esperar demasiado de ellos que estuvieran al corriente de todas las decisiones individuales de la Comisión, ya que las mismas no son fuente de Derecho. Este fallo en el razonamiento de la Comisión no afecta, sin embargo, a la validez de la evaluación que hizo del comportamiento de Miller. Además, para fijar la cuantía de la multa, consideró realmente que la falta que cometió Miller se debía a negligencia más bien que a intencionalidad. Lo demostraré seguidamente.

Pasemos ahora al pretendido carácter insignificante de la infracción. Sobre este punto hay que recordar –creo– el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22). En la medida en que interesa en el presente caso, dice lo siguiente:

«La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas [...] multas que vayan de un mínimo de mil unidades de cuenta a un máximo de un millón de unidades de cuenta, pudiéndose elevar este límite máximo hasta el diez por ciento del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción, cuando deliberadamente o por negligencia [...] cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 [...] del Tratado [...]

Para establecer la cuantía de la multa, se tomará en consideración, además de la gravedad de la infracción, la duración de ésta.»

Así pues, la facultad discrecional de que dispone la Comisión para determinar la cuantía de la multa se sitúa entre el 0 % y el 10 % del volumen de negocios de la empresa de que se trate. Aún así, no ignoramos que el apartado 2 del artículo 15 habla de multas «de un mínimo de mil unidades de cuenta a un máximo de un millón de unidades de cuenta», pero el Consejo no ha podido querer decir con esto que una empresa con un volumen de negocios de menos de 10 millones de unidades de cuenta podría, *mutatis mutandis,* ser penalizada más fuertemente que la que supera en volumen de negocios los 10 millones de unidades de cuenta. El límite inferior de mil unidades de cuenta debe entenderse –creo– en el sentido de que si la infracción merece una multa inferior a esta cuantía, no debe imponerse la misma.

De esto se sigue que una multa igual al 10 % del volumen de negocios puede considerarse adecuada en el caso de una infracción cometida intencionalmente y que sea de la mayor gravedad y de considerable duración. En el otro extremo de la escala de penas, la infracción cometida por simple negligencia, de carácter completamente venial y tan sólo de corta duración, merece

una pena inferior al 1 % del volumen de negocios en caso en que las circunstancias exijan que, no obstante, se imponga una multa.

Según Miller, la cuantía de la multa impuesta en el caso de autos representa el 0,73 % de su volumen de negocios. El artículo 17 del Reglamento nº 17 confiere, ciertamente, al Tribunal de Justicia competencia de plena jurisdicción para pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra las decisiones mediante las cuales la Comisión hubiera fijado una multa, pero me parece, no obstante, que en un asunto en el que la Comisión fijó la multa en su mínima cuantía, sería tener poco en cuenta la facultad discrecional de la Comisión si se redujera aún más por la mera razón de que la infracción es venial.

En relación con un motivo de recurso presentado con carácter subsidiario por Miller, creo tener que señalar que la Comisión mencionó expresamente [en el punto 22 b) de la Decisión] que entre los elementos que tuvo en cuenta para fijar la cuantía de la multa figura el que, en todo caso, «Miller tuvo conocimiento de algunos casos de exportación a otros países de la Comunidad, pero no adoptó sanciones contra los mismos».

Por lo que se refiere a la situación financiera de la demandante, el Tribunal de Justicia [como le autoriza la letra b) del apartado 2 del artículo 45 del Reglamento de Procedimiento] invitó a Miller a presentar sus balances de los años 1974 a 1976, para ver, en especial, cuáles eran los márgenes comerciales y la situación de liquidez de la empresa. Miller solicitó que se le autorizara a no presentar estos documentos, basándose en que no deseaba que se divulgaran estos datos. El Tribunal de Justicia no insistió, pero, como ha explicado el Abogado de Miller en respuesta a una pregunta que le formuló en la vista uno de los Señores Jueces, Miller sabía que al obrar de este modo perdía cualquier posibilidad de que el Tribunal de Justicia redujera la multa a la luz de estos elementos, ya que el Tribunal no dispone, en efecto, de ninguna información sobre los mismos, aparte de lo que Miller dijo en términos generales.

Ni en el procedimiento administrativo ante la Comisión ni en el escrito de interposición del recurso se mencionó que fuera un Abogado («Rechtsanwalt») el que redactó el nuevo texto de las condiciones de venta, entrega y pago de Miller. Tan sólo en la fase de réplica alude Miller a este hecho, explicando el retraso por haber olvidado los documentos sobre este punto en un expediente ya archivado. Confieso que es este aspecto del asunto el que más me ha preocupado. Si el que un profano actúe asesorado por un jurista calificado no puede alegarse por regla general ni en una demanda en lo civil ni en una acusación en lo penal, no hay duda de que, en ausencia de mala fe, este elemento debe considerarse como una fuerte circunstancia atenuante para la fijación de la pena, aunque ésta no tenga «carácter penal» (como dice el apartado 4 del artículo 15 del Reglamento nº 17).

La Comisión se basa, en primer lugar, en el apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que dice lo siguiente:

«No podrán invocarse durante el proceso motivos nuevos, a menos que estos motivos se basen en puntos de derecho y de hecho que aparezcan durante el procedimiento escrito.»

Me parece que la Comisión busca una interpretación demasiado estricta de esta disposición. Si la explicación de Miller es exacta, «el elemento nuevo» de que se trata en el presente asunto se basa en un elemento de hecho que apareció durante el procedimiento escrito, aunque tal vez no apareció a causa de un elemento de este procedimiento. Además, el apartado 2 del artículo 42 debe leerse conjuntamente con el apartado con el apartado 1 del artículo 42, que dice lo siguiente:

«Las partes podrán también proponer pruebas en la réplica y en la dúplica en apoyo de sus pretensiones. Deberán justificar el retraso en la proposición de las pruebas.»

Cabe afirmar que el único punto en litigio en lo que se refiere al presente aspecto de este caso es la gravedad de la infracción cometida por Miller y que lo que intenta hacer esta empresa es aportar pruebas suplementarias en apoyo de sus pretensiones sobre este punto.

En todo caso no me inclino a excluir, por consideraciones de procedimiento tan débiles, elementos que puedan atenuar la multa.

También tengo que admitir, creo, que la Comisión tampoco convence cuando afirma que este nuevo elemento contradice ciertas afirmaciones anteriores de Miller, a saber, que si infringió el Derecho comunitario, lo hizo por ignorancia del mismo y porque no disponía de un servicio jurídico que hubiera podido prevenirle contra una posible infracción. Si la Comisión tiene razón al decir que Miller había decidido ignorar el alcance real del Derecho comunitario, un argumento de esta naturaleza no tiene manifiestamente relación alguna con el paso presente.

Por otra parte, me ha impresionado el análisis que la Comisión ha hecho de las circunstancias en las que Miller había obtenido del Abogado Sr. Kirchner el proyecto de las nuevas condiciones de venta, entrega y pagos.

El primer elemento de prueba que se adjunta a la réplica de Miller es una carta de ésta al Sr. Kirchner, de 25 de septiembre de 1973, y que, por parte de Miller, está firmada por un cierto Sr. H. Müller. La carta recuerda que el Sr. Kirchner criticó en repetidas ocasiones las condiciones de venta, entrega y pago de Miller en un proceso en el que representaba a esta empresa y le pedía que las modificara (anexo 14 de la réplica). A esto contesta el Sr. Kirchner en una carta a Miller, de 14 de noviembre de 1973, con su proyecto de condiciones de venta, con un artículo IX redactado en una

forma más estricta que la que finalmente se utilizó (véanse los anexos 15 y 16 de la réplica). Se deduce de esta carta que la principal preocupación del Sr. Kirchner era asegurar a Miller contra el incumplimiento de los clientes. Existe finalmente una carta del Sr. Kirchner a Miller, continuación de la precedente, de fecha 22 de noviembre de 1973, en la que el Abogado presenta su minuta de honorarios y en la que comenta una Ley alemana de 17 de julio de 1973 que pone en vigor en la República Federal de Alemania la Ley uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles. El Sr. Kirchner hace observar que Miller debe excluir formalmente por escrito la aplicación de las disposiciones de esta Ley si desea que sus condiciones particulares de venta prevalezcan sobre esta Ley (anexo 17 de la réplica).

Esta correspondencia no contiene mención alguna relativa al Derecho comunitario. Ahora bien, en aquel tiempo Miller negociaba con Delta BV el contrato que sería firmado el 15 de noviembre de 1973, sobre el que Miller ha admitido que sabía que el Derecho comunitario afectaba a las cláusulas concebidas en los términos del artículo IX.

En su réplica, Miller propone como prueba que el Tribunal de Justicia oiga al Sr. Müller y al Sr. Kirchner personalmente. El Tribunal resolvió que era mejor oír los argumentos de las partes antes de decidir si procedía la deposición de estos testigos. La Comisión afirma que el Tribunal de Justicia no puede lógicamente reducir la multa basándose en el conocimiento limitado que ha obtenido de las circunstancias en las que el Sr. Kirchner redactó las nuevas condiciones de venta, entrega y pago de Miller. Estoy de acuerdo en este punto. No sé cómo el Sr. Kirchner pudo ser inducido a infringir el Derecho comunitario ni cómo Miller pudo omitir pedirle que le asesorara sobre este punto ni por qué el artículo IX del proyecto del Sr. Kirchner fue modificado.

Por todo esto, pienso que el Tribunal puede elegir entre dos vías diferentes. La primera consistiría en ordenar la apertura de diligencias sobre estas cuestiones, de acuerdo con el artículo 45 del Reglamento de Procedimiento; la segunda, devolver el asunto a la Comisión para que ésta examine nuevamente la cuantía de la multa a la luz de los nuevos elementos de prueba presentados por Miller. Además, existe un precedente al respecto, en el asunto Transocean Marine Paint Association/Comisión (11/74, Rec. 1974, p. 1063), aunque en el presente caso la facultad del Tribunal para ordenar la remisión debe deducirse no del artículo 176 del Tratado, sino de las disposiciones del artículo 172 del Tratado en relación con el artículo 17 del Reglamento nº 17. Creo por mi parte que esta última solución es la buena, ya que al tomarla como base, el Tribunal de Justicia respetaría el principio de que corresponde a la Comisión en primer lugar probar los hechos en que se basa la multa impuesta de acuerdo con el Reglamento nº 17 y fijar la cuantía de la misma.

No obstante, no creo que la Comisión deba cargar, ni siquiera parcialmente, con las costas, ya que no hay en su comportamiento nada que pueda ser objeto de crítica.

Por todo ello, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

1) Anular la multa impuesta por el artículo 2 de la Decisión de la Comisión y remitir el asunto a la Comisión para que ésta determine la cuantía de la misma a la luz de los nuevos elementos de prueba aportados por Miller.

2) Condenar en costas a Miller.