# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JOSEPH GAND presentadas el 3 de junio de 1969 *

*Señor Presidente,*
*Señores Jueces,*

La resolución de remisión del Oberlandesgericht München para obtener la interpretación del artículo 85 del Tratado de Roma dará ocasión a este Tribunal de Justicia para precisar la doctrina jurisprudencial contenida en sus sentencias de 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (56/65,– Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 339) y de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/ Comisión, «Grundig» (asuntos acumulados 56/64 y 58/64,– Rec. p. 429), principalmente en lo que se refiere a los contratos de exclusiva con protección territorial absoluta.

## I

En primer lugar recordaré los hechos de la causa en la medida en que son necesarios para comprender la cuestión planteada.

La empresa Joseph Erd & Co., propiedad del Sr. Völk, fabrica lavadoras y secadoras que se venden bajo la marca «Konstant». Su cuota de mercado en estos aparatos es extremadamente reducida, puesto que fue de 2.361 unidades en 1963, y de 861 en 1966, es decir, alrededor de un 0,2 % y 0,05 % respectivamente de la producción de la República Federal. El 15 de septiembre de 1963 dicha empresa celebró con los establecimientos Vervaecke –que venden electrodomésticos en Bélgica– un contrato por el cual cedía a dichos establecimientos el derecho de venta exclusivo de sus aparatos para Bélgica y Luxemburgo. El contrato se celebró por un plazo de tres años, entendiéndose que a su vencimiento se prorrogaría automáticamente por dos años, salvo en caso de denuncia realizada al menos nueve meses antes de la fecha de expiración.

Entre las cláusulas del contrato mencionaré las siguientes:

– Erd atribuye la exclusiva de venta de sus productos para Bélgica y Luxemburgo a los establecimientos Vervaecke. Tan sólo en el caso de que éstos no vendan determinados aparatos de la gama producida por Erd se reservaba esta última la facultad de suministrar dichos aparatos a otras personas.

– Vervaecke se compromete, después de un período de puesta en marcha de seis meses, a efectuar un pedido mensual de un número

* Lengua original: francés.

determinado de aparatos (80 según el contrato) y a no vender aparatos de la competencia que presenten las mismas características que los de Erd.

- El concedente se compromete a proteger a Vervaecke en la zona de venta exclusiva que se le garantiza; parece sin embargo que el concesionario fue autorizado a vender en las zonas donde Erd carecía aún de representantes y, en particular, a organizar una red de representantes en los Países Bajos, pero esta autorización no llegó a ser puesta en práctica.

Ni el contrato de 15 de septiembre de 1963 ni las cláusulas que se le añadieron más tarde fueron notificados a la Comisión. Por otra parte, el contrato sólo se cumplió en muy pequeña parte, puesto que un año después sólo se habían vendido en Bélgica 200 lavadoras. Erd reclamó entonces a Vervaecke el pago de 11.560 DM a cambio de la entrega de 20 lavadoras y solicitó además una indemnización por los gastos que le había ocasionado la entrega inútil de 50 lavadoras.

Ante los Tribunales alemanes se planteó el problema de la validez del contrato a la luz del artículo 85 del Tratado de Roma, lo que llevó al Oberlandesgericht de Munich a dirigirse al Tribunal de Justicia en los siguientes términos:

«Para determinar si el contrato objeto del litigio de 15 de septiembre de 1963 con las modificaciones de 1 de enero de 1964 y 11 de marzo de 1964 incurre en la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, ¿es necesario tener en cuenta la cuota de mercado que el demandante ha alcanzado efectivamente o se ha esforzado en alcanzar en los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, en particular en Bélgica y Luxemburgo, zona de venta en la que la demandada goza de una protección absoluta?»

## II

Naturalmente se debe hacer abstracción de que el Juez *a quo* desee ver al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la aplicación de las normas del Tratado al contrato cuya validez se discute ante él, pero con esta reserva la cuestión está planteada con claridad.

1. En contra de lo que se ha dicho a veces, no me parece que la sentencia Grundig implique que una concesión en exclusiva acompañada de una protección territorial absoluta incurra necesariamente en la prohibición restablecida por el apartado 1 del artículo 85. El caso que el Tribunal de Justicia tuvo que resolver en aquella ocasión era demasiado especial para que sea posible sacar de él conclusiones tan absolutas.

Los Reglamentos de ejecución del Tratado no ofrecen tampoco una solución. En efecto, cuando se trata de saber si el apartado 1 del artículo 85 es o no aplicable a un contrato, no son decisivos ni el hecho de que el contrato no haya sido notificado ni el de

que no cumpla los requisitos necesarios para beneficiarse de una exención (como la prevé por ejemplo para ciertas categorías el Reglamento n° 67/67 de la Comisión). Como declara la sentencia de 13 de julio de 1966, Italia/Consejo y Comisión (32/65,- Rec. p. 563), «la definición de una categoría tan solo constituye un marco y no significa que todos los acuerdos incluidos en dicha categoría incurran en la prohibición; tampoco que un cuerdo que esté incluido en la categoría exenta, pero que no reúna todos los requisitos de la referida definición haya de incurrir necesariamente en la prohibición».

2. Es oportuno pues recordar los términos del apartado 1 del artículo 85, que declara «incompatibles con el mercado común y [...] prohibidos todos los acuerdos entre empresas [...] que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común».

El texto exige de este modo la concurrencia de dos requisitos que, en sus observaciones, la Comisión examina a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, comenzando por el que subordina la incompatibilidad del acuerdo con el mercado común a la comprobación de que tiene por objeto o efecto falsear la competencia. En principio, tal es precisamente el *objeto* de un acuerdo de exclusiva que incluya una cláusula de protección territorial absoluta. Efectivamente, si en la zona protegida las posibilidades de venta por comerciantes terceros se hacen más difíciles o quedan excluidas, si los consumidores de esa zona sólo pueden procurarse los mismos productos en el concesionario exclusivo y ven así restringidas sus posibilidades de elección en la fase de la distribución, éstas son precisamente las consecuencias que el acuerdo buscaba.

¿Podemos detenernos aquí? Sin duda el Tribunal de Justicia dijo en su sentencia Grundig que, a efectos de aplicación del apartado 1 del artículo 85, someter a examen los efectos concretos de un acuerdo resultaba superfluo desde el momento en que quedaba patente que su objeto era restringir, impedir o falsear el juego de la competencia, lo que podría implicar una respuesta negativa a la cuestión planteada; pero el alcance de esta declaración debe limitarse, a lo que parece, a los hechos que dieron origen a esta sentencia. En efecto, según la sentencia de Société Technique Minière, es necesario examinar el objeto mismo del acuerdo, «habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar» y, para que proceda la aplicación del apartado 1 del artículo 85, este examen debe revelar un «grado suficiente de nocividad» para la competencia. Esto viene a significar en suma que la alteración del juego de la competencia no debe ser puramente teórica, sino que debe revestir una cierta importancia y no se está entonces muy lejos de la restricción «sensible» que la misma sentencia exige cuando se considera el acuerdo, no ya en su objeto, sino en sus efectos.

Por otra parte, dicho juego de la competencia debe considerarse en el contexto real en que se habría encontrado de no existir el

acuerdo; pues bien, las consecuencias de este último para las demás empresas o los consumidores pueden ser muy diferentes según la cuota de mercado que el industrial controla o se esfuerza en controlar. Llegamos así de nuevo a la cuestión planteada por el Juez alemán.

El Tribunal de Justicia ya hizo alusión a este aspecto del problema cuando, examinando qué requisitos deben concurrir en un contrato de exclusiva para ser considerado prohibido, enumeró toda una serie de circunstancias a tener en cuenta. Además del rigor de las cláusulas destinadas a proteger la exclusiva o por el contrario de las posibilidades dejadas a otras corrientes comerciales, del carácter aislado del acuerdo o del lugar que ocupa dentro de un conjunto, el Tribunal mencionó en particular la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos objeto del acuerdo, así como la posición del concedente y del concesionario en el mercado de los productos de que se tratara. Y es sobre este último punto sobre el que es preciso insistir.

Si el fabricante controla una parte relativamente importante del mercado, si tiene una posición fuerte en lo que se refiere a los productos objeto del acuerdo, resulta totalmente correcto pensar que la competencia se verá sensiblemente afectada en la fase de la distribución por una concesión exclusiva garantizada por una protección territorial absoluta. No es posible en cambio ser tan concluyente cuando la posición del productor es muy débil. Un contrato del mismo tipo puede permitirle introducir sus productos en una zona de ventas, pero no restringe de manera apreciable ni la posibilidad de elegir de los consumidores ni las de venta de comerciantes terceros. Sin querer pronunciarme con arreglo al artículo 177 sobre el caso sometido al Juez alemán, se puede pensar por ejemplo que las cifras de producción citadas poco antes sólo representan, en relación con la producción global de la República Federal y con el mercado belga y luxemburgués, una gota de agua en el mar.

Para acabar con este punto, obsérvese que la sentencia Grundig, para apreciar la influencia sobre el funcionamiento de la competencia en el mercado común de un acuerdo dirigido a aislar el mercado francés de productos de esta marca y a mantener artificialmente unos mercados separados, tiene sobre todo en cuenta que esta marca se halla *muy extendida.* Se puede deducir de ello que un acuerdo de la misma naturaleza relativo a productos de una marca apenas conocida no habría merecido de este Tribunal de Justicia ni la misma sentencia ni la misma severidad.

3. Al final de sus observaciones, la Comisión añade que, para poder afectar al comercio entre los Estados miembros –otro requisito establecido en el apartado 1 del artículo 85– es preciso que se trate de un acuerdo capaz de amenazar la libertad de comercio entre dichos Estados obstaculizando la consecución de un mercado internacional único, lo que supone que la alteración del comercio alcance una significativa amplitud. Los dos requisitos tienden así a unirse, y en realidad no es fácil distinguirlos.

Cabe preguntarse, sin embargo, si no sería mejor examinar este aspecto en primer lugar. Pues determinar si un acuerdo puede afectar al comercio entre Estados miembros no es sólo un requisito necesario para prohibir dicho acuerdo con arreglo al apartado 1 del artículo 85, es una cuestión previa. Tal y como declaró la sentencia Société Technique Minière, «en efecto, las prohibiciones establecidas en el artículo 85 son aplicables a la alteración de la competencia provocada por el acuerdo referido en la medida en que éste puede afectar al comercio entre los Estados miembros, mientras que escapa a ellas en el caso contrario».

Aquí no cabe otra cosa que remitirse a las precisiones que contiene dicha sentencia. En ella se analiza la disposición controvertida considerando que establece como requisito una previsión basada en la posibilidad de obstáculos para la consecución de un mercado único. De manera general, para incurrir en la prohibición del apartado 1 del artículo 85, el acuerdo de concesión exclusiva debe ser de tal índole que pueda razonablemente preverse, basándose en un conjunto de datos objetivos de Derecho o de hecho, que existe el riesgo de que ejerza una influencia directa o indirecta, inmediata o potencial, sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros. Más concretamente, es preciso examinar en particular si el acuerdo puede compartimentar el mercado de determinados productos.

Ahora bien, sea cual sea su verdadero objeto, el contrato concluido por un productor que sólo controla una ínfima cuota de mercado no puede obstaculizar la consecución de un mercado internacional único; la debilidad de la posición que ocupa el concedente se opone a toda verdadera influencia en el mercado por su parte. Una visión realista de las cosas lleva de este modo a pensar que el comercio entre los Estados miembros no puede resultar «afectado» por un acuerdo celebrado en un contexto análogo al del contrato que motivó la cuestión del Oberlandesgericht München.

En definitiva, se podría responder a este órgano jurisdiccional basándose en las consideraciones siguientes:

- Aunque un contrato de concesión exclusiva que contenga una cláusula de protección territorial absoluta incurre normalmente en las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85, dichas prohibiciones no le son aplicables cuando no pueda afectar al comercio entre los Estados miembros o no impida, restrinja ni falsee de manera sensible la competencia dentro del mercado común.

- Para juzgar si se da este supuesto es preciso tener en cuenta, en su caso, el lugar que ocupa o que puede esperar ocupar el concedente en el mercado de los productos de que se trata.

- Si su cuota de mercado es insignificante y si la cantidad garantizada al concesionario sólo representa una mínima parte de la cantidad de productos similares vendida por el conjunto de comerciantes de la zona, se puede presumir que el acuerdo no se ve afectado por las disposiciones restrictivas del artículo 85 del Tratado.

Tales son mis conclusiones, a las que añado que la decisión sobre las costas debe ser adoptada por el Oberlandesgericht München.