AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

de 7 de julio de 1998 *

En el asunto T-65/98 R,

Van den Bergh Foods Ltd, anteriormente HB Ice Cream Ltd, sociedad irlandesa, con domicilio social en Dublín, representada por los Sres. Malcolm Nicholson y Michael Rowe, Solicitors, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^es^ Elvinger, Hoss y Prussen, 2, place Winston Churchill,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. Barry Doherty y Wouter Wils, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

que tiene por objeto una demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd),

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

dicta el siguiente

Auto

Procedimiento

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 21 de abril de 1998, Van den Bergh Foods Ltd (en lo sucesivo, «Van den Bergh»), anteriormente HB Ice Cream Ltd (en lo sucesivo, «HB Ice Cream»), interpuso, con arreglo al párrafo cuarto del artículo 173 del Tratado CE, un recurso que tiene por objeto que se anule la Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd).

2 Mediante escrito separado registrado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia de ese mismo día, presentó asimismo, con arreglo al artículo 185 del Tratado, una demanda de suspensión de la ejecución de dicha Decisión hasta que el Tribunal de Primera Instancia resuelva sobre el fondo y, con carácter subsidiario, con arreglo al artículo 186 del Tratado, una demanda de adopción de cualquier otra medida equitativa y apropiada.

3 Mediante escritos registrados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, respectivamente, el 4 y el 11 de mayo de 1998, Master Foods Ltd, que en el tráfico económico utiliza la razón comercial Mars Ireland and Masterfoods (en lo sucesivo, «Mars»), sociedad irlandesa, con domicilio social en Dublín, representada por el Sr. Philip G. H. Collins, Solicitor, y Treats Frozen Confectionery Ltd (en lo sucesivo, «Treats»), sociedad inglesa, con domicilio social en Leeds (Inglaterra), representada por el Sr. Alasdair Bell, Solicitor, que designan en ambos casos como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^{es} Loesch y Wolter, 11, rue Goethe, solicitaron intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

4 De conformidad con el apartado 1 del artículo 116 del Reglamento de Procedimiento, las demandas de intervención fueron notificadas a las partes del litigio principal.

5 Mediante fax registrado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 14 de mayo de 1998, Van den Bergh manifestó que no se oponía a la demanda de intervención de Mars, pero se opuso a la intervención de Treats por inexistencia de un interés suficiente en la solución del litigio. En dicho escrito, solicitaba que sólo se comunicara a las partes que solicitaron la intervención una versión expurgada de su recurso y de la Decisión impugnada. A estos efectos, enumeraba las informaciones que, a su juicio, tienen carácter secreto o confidencial.

6 El 13 de mayo de 1998, la Comisión presentó sus observaciones escritas sobre la demanda de medidas provisionales. Mediante escritos separados registrados el 20 de mayo de 1998, manifestó que no se oponía a las dos demandas de intervención. Por lo que respecta a la petición de tratamiento confidencial presentada por la demandante, formuló algunas reservas.

7 Mediante escritos de 27 de mayo de 1998, la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia invitó a las sociedades que solicitaron intervenir como coadyuvantes a estar presentes en la vista, y les notificó las versiones no confidenciales de la demanda de medidas provisionales, así como las observaciones de la Comisión sobre dicha demanda.

8 Las explicaciones orales de las partes fueron oídas el 9 de junio de 1998.

9 Los días 12 y 25 de junio de 1998 y 23 y 24 de junio de 1998, respectivamente, Mars y la demandante enviaron a la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia sendos faxes con informaciones relativas al procedimiento judicial pendiente ante la Supreme Court (Irlanda). Dichos documentos fueron comunicados a las otras partes.

Hechos

10 Van den Bergh, filial al 100 % de Unilever NV/plc, es el principal fabricante de helados de Irlanda y, en particular, de helados de consumo inmediato. En Irlanda, sigue la práctica de poner congeladores a disposición de los puntos de venta que distribuyen sus helados, a condición de que los utilicen exclusivamente para estos últimos.

11 En marzo de 1990, Mars presentó una demanda ante la High Court que tenía por objeto, en particular, que ésta declarara que la cláusula de exclusividad contenida en los acuerdos de puesta a disposición de los congeladores de HB Ice Cream era nula con arreglo al Derecho interno y a los artículos 85 y 86 del Tratado. HB Ice Cream presentó una demanda separada que tenía por objeto obtener órdenes conminatorias que prohibieran a Mars inducir a los minoristas a incumplir las condiciones de exclusividad de dichos acuerdos. En abril de 1990, la High Court dictó, en el marco del procedimiento principal, órdenes conminatorias provisionales en este sentido en favor de HB Ice Cream.

12 El 28 de mayo de 1992, la High Court se pronunció sobre el fondo de estas dos demandas. Desestimó la demanda de Mars, declarando que la política de utilización exclusiva de los congeladores de HB Ice Cream no infringía ni las normas internas ni las normas comunitarias sobre la competencia. Asimismo, dictó una resolución

definitiva en favor de HB Ice Cream por la que se prohibía a Mars incitar a los minoristas a almacenar sus helados en los congeladores pertenecientes a HB Ice Cream.

13 El 4 de septiembre de 1992, Mars interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de la High Court. En el juicio oral celebrado ante la Supreme Court el 10 de junio de 1998, este órgano jurisdiccional, por estimar que el asunto de que conocía suscitaba cuestiones de interpretación del Tratado, manifestó su intención de someter al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 177 del Tratado. Asimismo, señaló que no suspendería, durante el período de examen del recurso de apelación, la orden conminatoria dictada por la High Court.

14 Paralelamente al procedimiento contencioso ante los órganos jurisdiccionales irlandeses, el 18 de septiembre de 1991 Mars presentó ante la Comisión una denuncia contra HB Ice Cream con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22; en lo sucesivo, «Reglamento nº 17»). Dicha denuncia se refería al suministro por parte de HB Ice Cream a un gran número de minoristas de congeladores que debían utilizar exclusivamente para los productos de esta marca.

15 El 29 de julio de 1993, la Comisión declaró, en un pliego de cargos notificado a HB Ice Cream, que su sistema de distribución infringía los artículos 85 y 86 del Tratado.

16 Tras celebrar varias entrevistas con la Comisión, HB Ice Cream, pese a discutir el punto de vista de ésta, presentó una serie de propuestas destinadas a permitirle acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Dichas propuestas fueron notificadas el 8 de marzo de 1995 a la Comisión, la cual, en un comunicado de prensa de 10 de marzo de 1995, declaró que, a primera vista, las modificaciones propuestas permitirían la concesión de una exención. Posteriormente, el 15 de agosto de 1995 se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* una Comunicación (DO C 211, p. 4) en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17.

17 El 22 de enero de 1997, por considerar que las modificaciones finalmente introducidas no habían producido los resultados esperados en términos de libre acceso a los puntos de venta, la Comisión dirigió a HB Ice Cream un nuevo pliego de cargos. HB Ice Cream presentó sus observaciones sobre las imputaciones formuladas en su contra.

18 Mediante la Decisión litigiosa de 11 de marzo de 1998, la Comisión:

— Declara que la cláusula de exclusividad que figura en los acuerdos de suministro de congeladores celebrados en Irlanda entre Van den Bergh y vendedores minoristas, aplicable a los congeladores instalados en los puntos de venta dotados únicamente de aparatos para el almacenamiento de helados en envoltorios individuales de consumo inmediato suministrados por Van den Bergh y que no disponen ni de su propio congelador ni de congelador(es) procedente(s) de otros fabricantes de helados, constituye una infracción de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (artículo 1).

— Desestima la solicitud de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado presentada por Van den Bergh en favor de la cláusula de exclusividad a que se hace referencia en el artículo 1 (artículo 2).

— Declara que constituye una infracción de las disposiciones del artículo 86 del Tratado el hecho de que Van den Bergh incite a los minoristas irlandeses que no disponen de su propio congelador ni de congelador(es) procedente(s) de otros fabricantes de helados a suscribir acuerdos de suministro de congeladores con una cláusula de exclusividad, proponiéndoles suministrarles congeladores para el almacenamiento de helados en envoltorios individuales de consumo inmediato y encargarse de su mantenimiento, sin que esto suponga ningún coste directo para ellos (artículo 3).

— Ordena a Van den Bergh poner fin inmediatamente a las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 3, y abstenerse de adoptar cualquier medida que tenga el mismo objeto o efecto (artículo 4).

— Ordena a Van den Bergh informar a los minoristas a los que esté actualmente vinculada por los acuerdos de suministro de congeladores constitutivos de la infracción de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado a que se hace referencia en el artículo 1, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la Decisión, del texto completo de los artículos 1 y 3, y notificarles asimismo que las cláusulas de exclusividad de que se trata son nulas de pleno Derecho (artículo 5).

19 En la Decisión, la Comisión desarrolla el análisis jurídico en el que funda la aplicación del artículo 85 del Tratado.

20 En particular (punto 157 de la exposición de motivos de la Decisión), señala que:

«Un proveedor que desee comenzar a vender sus helados de consumo inmediato en un punto de venta (es decir, un recién llegado a dicho punto de venta) ya dotado al menos de un congelador reservado a otro proveedor tan sólo podrá hacerlo a condición de que dicho punto de venta posea un congelador que no esté sometido a una condición de exclusividad [...], *o* de que pueda persuadir al minorista de que sustituya un congelador reservado *in situ o* de que instale un congelador adicional además del congelador o los congeladores reservados *in situ.*»

21 Considera (puntos 158 a 183 de la exposición de motivos), basándose en un estudio de mercado, que es poco probable que los minoristas adopten alguna de estas medidas. De ello deduce la Comisión que los puntos de venta de que se trata están, de hecho, vinculados a la demandante (punto 184 de la exposición de motivos).

22 En la Decisión se declara asimismo que los acuerdos no pueden beneficiarse de la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, en la medida en que no contribuyen a mejorar la distribución de los productos (puntos 222 a 238 de la exposición de motivos), no reservan a los usuarios una participación equitativa en

el beneficio resultante (puntos 239 y 240 de la exposición de motivos), no son indispensables para alcanzar las ventajas invocadas (punto 241 de la exposición de motivos) y ofrecen a HB Ice Cream la posibilidad de eliminar en gran parte la competencia en el mercado de que se trata (puntos 242 a 246 de la exposición de motivos).

23 Por lo que respecta a la aplicación del artículo 86 del Tratado, la Comisión considera que la demandante ocupa una posición dominante en el mercado de helados de consumo inmediato vendidos en envoltorios individuales en Irlanda.

24 Estima (punto 263 de la exposición de motivos) que:

«[HB Ice Cream] explota de manera abusiva su posición dominante en el mercado de que se trata, en el sentido en que incita a los minoristas [...] que no poseen su propio congelador o no disponen de congelador(es) procedente(s) de un proveedor de helados distinto de [HB Ice Cream] a almacenar los helados de consumo inmediato a aceptar acuerdos de puesta a disposición de congeladores sometidos a una condición de exclusividad. Esta infracción del artículo 86 adopta la forma de una oferta de suministro de congeladores a los minoristas y de mantenimiento de dichos aparatos sin ningún coste directo para éstos».

Fundamentos de Derecho

Sobre las demandas de intervención

25 Las demandas de intervención presentadas respectivamente por Mars y por Treats deben examinarse por separado.

26 Por lo que respecta a la demanda presentada por Mars, procede declarar que la Decisión objeto de litigio puso fin al procedimiento administrativo iniciado por la Comisión a raíz de la denuncia presentada por Mars el 18 de septiembre de 1991, en la que alegaba que el suministro de congeladores por parte de HB Ice Cream a un gran número de minoristas con una cláusula de exclusividad del congelador y las condiciones en que los congeladores se ponían a disposición de los minoristas constituían una restricción de la competencia que le impedía tener acceso a los puntos de venta minorista para la distribución en Irlanda de sus helados de consumo inmediato. Por lo demás, ha quedado acreditado que Mars participó activamente en el procedimiento administrativo seguido ante la Comisión. Por último, tal como subrayó la propia demandante en sus escritos, el contencioso que la opone a Mars, que sigue pendiente de resolución ante el Juez nacional, se refiere a la legalidad, con arreglo al Derecho comunitario de la competencia, de la cláusula de exclusividad contenida en los acuerdos de puesta a disposición de los congeladores de HB Ice Cream en Irlanda.

27 En estas circunstancias, Mars justifica su interés en intervenir en el presente procedimiento sobre medidas provisionales en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

28 La otra sociedad que solicita intervenir como coadyuvante, Treats, invoca fundamentalmente dos motivos que, a su entender, justifican su interés en la solución del litigio. En primer lugar, afirma que ejerce su actividad en el mercado de helados de consumo inmediato en Gran Bretaña y en Irlanda del Norte, y que durante muchos años ha intentado entrar en el mercado irlandés. Sin embargo, asegura que sus tentativas fueron vanas debido al gran número de minoristas vinculados por la cláusula de exclusividad que figura en los acuerdos de suministro de congeladores celebrados con la demandante. En segundo lugar, Treats asegura haber participado en el procedimiento administrativo seguido ante la Comisión.

29 La demandante objeta que no tiene conocimiento de ningún intento serio de penetración de Treats en el mercado de helados de consumo inmediato de Irlanda y que, por tanto, dicha sociedad no puede pretender tener interés en la solución de un procedimiento relativo a dicho mercado. Además, asegura que Treats sólo participó en el procedimiento administrativo ante la Comisión de forma limitada, y dejó de manifestar cualquier interés en el mismo a partir de marzo de 1995. Por

último, la demandante señala que el interés de Treats podría hallarse en el razonamiento en que se basa la Decisión y no en la solución del litigio.

30 No obstante, procede señalar que, tal como alegó Treats en sus observaciones orales, sus ventas a los mayoristas irlandeses se triplicaron entre 1994 y 1997, y que su distribuidor establecido en Irlanda del Norte ha comenzado a vender sus productos en el mercado irlandés. Por otra parte, las ventas de Treats en el mercado irlandés consisten fundamentalmente en helados de consumo inmediato.

31 En estas circunstancias, hay que admitir que Treats tiene un interés suficiente en intervenir en el presente procedimiento sobre medidas provisionales en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

Sobre la demanda de tratamiento confidencial

32 En el presente procedimiento sobre medidas provisionales, procede estimar la demanda de tratamiento confidencial de determinadas informaciones presentada por Van den Bergh, en la medida en que, a primera vista, dichas informaciones pueden considerarse secretas o confidenciales a efectos del apartado 2 del artículo 116 del Reglamento de Procedimiento.

Sobre la demanda de suspensión de la ejecución

33 Con arreglo a las disposiciones del artículo 185 del Tratado, en relación con las del artículo 4 de la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (DO L 319, p. 1), modificada mediante la

Decisión 93/350/Euratom, CECA, CEE del Consejo, de 8 de junio de 1993 (DO L 144, p. 21), el Tribunal de Primera Instancia puede, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

34 En el apartado 1 del artículo 104 del Reglamento de Procedimiento se precisa que una demanda de suspensión de la ejecución sólo es admisible si el demandante ha impugnado dicho acto mediante recurso ante el Tribunal de Primera Instancia. En el apartado 2 del mismo artículo se establece que una demanda de este tipo debe especificar las circunstancias que dan lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifican a primera vista *(fumus boni juris)* la concesión de la medida provisional solicitada. Además, la medida solicitada debe ser provisional en el sentido de que no prejuzgue las cuestiones de hecho y de Derecho objeto de litigio ni neutralice de antemano las consecuencias de la resolución que posteriormente se dicte en el procedimiento principal [auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 1995, Comisión/Atlantic Container Line y otros, C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, apartado 22].

35 Procede examinar si se cumplen dichos requisitos en el presente caso.

Alegaciones de las partes

36 La demandante recuerda que, mediante el recurso que presentó en el procedimiento principal, solicita la anulación de la Decisión objeto de litigio en la medida en que la Comisión declara la existencia de una infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado.

37 A este respecto, sostiene, en particular, que la Decisión impugnada contiene errores manifiestos de apreciación de los hechos, que dan lugar a errores de Derecho. Niega el postulado de la Comisión según el cual la cláusula de exclusividad incluida en los acuerdos de puesta a disposición de los congeladores provoca el cierre del mercado irlandés de helados de consumo inmediato.

38 En particular, la demandante afirma que la Comisión considera erróneamente, por una parte, que todos los minoristas que sólo tienen congeladores de HB Ice Cream están «vinculados de hecho» y, por otra, que el mercado irlandés de helados de consumo inmediato está realmente «bloqueado».

39 Por lo que respecta al vínculo de hecho, la demandante afirma que, en la práctica, los acuerdos de puesta a disposición de los congeladores pueden ser resueltos por los minoristas sin preaviso. En ese caso, sostiene que éstos pueden decidir entre sustituir el congelador puesto a disposición por HB Ice Cream por otro congelador que le pertenezca o por un congelador que pertenezca a otro proveedor, o incluso por dos congeladores de menor tamaño, uno de los cuales puede pertenecer a una empresa distinta de HB Ice Cream. Además, cualquier minorista que cuente con un congelador suministrado por ella tiene en todo momento la posibilidad de instalar otro congelador. En consecuencia, la demandante afirma que la Comisión apreció erróneamente las posibilidades de que disponen los minoristas de sustituir los congeladores pertenecientes a HB Ice Cream o de instalar congeladores adicionales. Por consiguiente, considera que cometió un error al concluir (punto 184 de la exposición de motivos de la Decisión) que la categoría de puntos de venta dotados únicamente de un (o de varios) congelador(es) perteneciente(s) a la demandante «puede considerarse que está vinculada de hecho a [HB Ice Cream] mediante una cláusula de exclusividad para la venta de helados de consumo inmediato».

40 Por lo que se refiere al grado de cierre del mercado de que se trata, la demandante recuerda que, según la Decisión, los puntos de venta dotados únicamente de un (o de varios) congelador(es) de su propiedad representan alrededor del 40 % del mercado y del 40 % de las ventas en el mercado de que se trata. Ahora bien, la demandante afirma que este análisis es incorrecto, ya que toma en cuenta puntos de venta que, sin embargo, deben excluirse del mismo. Según los cálculos de la demandante, el grado de cierre del mercado es del orden del 6 %.

41 La demandante invoca asimismo la existencia de errores de Derecho en la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. A este respecto, indica que, de acuerdo con un enfoque cualitativo de la aplicación de dicha disposición a los acuerdos verticales, adoptado ya por la High Court en su sentencia de 28 de mayo de 1992, la exclusividad establecida en los acuerdos celebrados con los minoristas no puede estar comprendida, por su naturaleza, dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. La demandante afirma que también un enfoque cuantitativo permitiría llegar a la misma conclusión. En efecto, a su entender,

en el presente caso no existe una restricción concreta de la competencia suficiente a efectos de la jurisprudencia para que deba aplicarse el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Langnese-Iglo/Comisión, T-7/93, Rec. p. II-1533, y Schöller/Comisión, T-9/93, Rec. p. II-1611).

42 Sostiene asimismo que la Comisión cometió un error de apreciación al denegarle una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, ya que reunía los cuatro requisitos acumulativos exigidos por dicha disposición. En particular, considera que, en condiciones normales, las ventajas derivadas de la cláusula de exclusividad justifican la concesión de dicha exención: reducción de los costes de distribución de los helados, amplia disponibilidad geográfica de los helados de consumo inmediato, economías de escala en la adquisición y mantenimiento de los congeladores, mejora del «merchandising», mayor visibilidad del producto y protección de la calidad del producto. Según la demandante, la propia Comisión admitió anteriormente el carácter indispensable de la exclusividad para alcanzar las ventajas derivadas de los acuerdos celebrados por ella con sus minoristas.

43 Según la demandante, al aplicar a los hechos del presente caso el artículo 86 del Tratado, la Comisión cometió asimismo un error de apreciación, ya que se fundó fundamentalmente en un pretendido efecto de cierre provocado por los acuerdos de puesta a disposición de los congeladores de HB Ice Cream.

44 En relación con la urgencia de la suspensión de la ejecución de la Decisión, la demandante alega que la conformación de dichos acuerdos a la parte dispositiva de la Decisión impugnada tendría como consecuencia que los minoristas colocaran inmediatamente o rápidamente helados fabricados por otros productores en los congeladores que le pertenecen y de cuyo mantenimiento se encarga. De ello se derivaría un perjuicio financiero y una evolución comercial que le resultaría imposible invertir posteriormente. A este respecto, la demandante alega que, si los minoristas directamente afectados por la Decisión se acostumbraran a almacenar en sus congeladores productos de otros fabricantes, en caso de anulación de la Decisión sobre el fondo le resultaría enormemente difícil en la práctica volver a imponer posteriormente la condición de exclusividad.

45 Por último, la demandante pondera los intereses afectados, a saber, por una parte, el perjuicio que puede sufrir en caso de ejecución de la Decisión y, por otra, el interés de la Comisión en poner fin a la infracción de las normas sobre la competencia que afirma haber comprobado. En sus observaciones escritas, la demandante subraya, en particular, que es posible que la Supreme Court plantee al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado, una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con las disposiciones del Tratado de la cláusula de exclusividad estipulada en los acuerdos que ha celebrado con los minoristas. Por otra parte, la no suspensión de la ejecución de la Decisión podría tener por efecto contrarrestar o permitir la elusión de los efectos de la resolución, plenamente ejecutiva, dictada por la High Court.

46 La Comisión estima que la demanda de suspensión de la ejecución es inadmisible en la medida en que se refiere a los artículos 1 a 3 de la Decisión, ya que dichas disposiciones no pueden ejecutarse.

47 Además, remitiéndose al tenor de la Decisión, subraya que en ella no se considera que la sujeción de los congeladores a una condición de exclusividad sea en sí misma contraria al apartado 1 del artículo 85 del Tratado. En la situación concreta del mercado de helados alimenticios de Irlanda, acuerdos que aparentemente se limitan a establecer una condición de exclusividad con respecto a los congeladores tienen por efecto, en realidad, someter a los puntos de venta a una cláusula de exclusividad (en este sentido, véanse las sentencias Langnese-Iglo/Comisión y Schöller/Comisión, antes citadas). Según la Comisión, los puntos de venta vinculados de hecho por la cláusula de exclusividad representan al menos el 40 % del mercado y el 40 % de las ventas en el mercado de que se trata. En consecuencia, afirma que el elemento clave de su apreciación lo constituye el efecto económico del acuerdo. A este respecto, la Comisión niega que el grado de cierre del mercado pueda establecerse en un 6 %, como asegura la demandante.

48 Por otra parte, la Comisión sostiene que no está en modo alguno vinculada por la sentencia dictada por la High Court en el litigio que opone a la demandante y a Mars, en cuyo marco se aplicó el Derecho comunitario. Según afirma, dicha sentencia se fundó en la situación existente en 1992, mientras que la Decisión impugnada tuvo en cuenta un estudio de mercado realizado en 1996 y las cuotas de

mercado correspondientes a 1997. Además, la Comisión afirma que, entre 1992 y 1997, la demandante modificó el sistema examinado por la High Court, y que la Comisión tuvo en cuenta, en su apreciación, las sentencias Langnese-Iglo/Comisión y Schöller/Comisión, antes citadas, dictadas por el Tribunal de Primera Instancia en 1995.

49 Por lo que respecta a la aplicación del artículo 86 del Tratado, la Comisión recuerda principalmente que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo.

50 Además, discute todos los motivos y alegaciones formulados por la demandante y concluye que, a la luz de la jurisprudencia, ésta no ha acreditado el *fumus boni juris*.

51 En cuanto a la urgencia, la Comisión asegura que la demandante no consiguió demostrarla, así como tampoco acreditó el perjuicio invocado, supuestamente constituido por una pérdida de ventas. Por lo que respecta al perjuicio asociado al beneficio que obtendrían los competidores de Van den Bergh de aplicarse la Decisión, la Comisión estima que ésta cuenta con diversas posibilidades para recuperar su inversión de los minoristas. Por último, la Comisión afirma que no parece que, en el presente caso, la no suspensión de la ejecución de la Decisión expusiera a la demandante a una situación que podría poner en peligro su propia existencia o modificar de manera irremediable sus cuotas de mercado (véase, en particular, el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1995, Eridania y otros/Consejo, T-168/95 R, Rec. p. II-2817, apartado 42).

52 En sus observaciones escritas y orales, Mars alegó que tiene un interés inmediato en competir con Van den Bergh en el mercado de los productos de que se trata. Mars considera que el Juez que conoce de las medidas provisionales debe tener en cuenta, en su apreciación, los intereses de los consumidores, de los minoristas y de los proveedores.

53 Por lo que respecta a Treats, considera que es urgente que la Decisión se ejecute de inmediato, con el fin de que se eliminen los obstáculos estructurales que impiden el acceso al mercado irlandés de los productos de que se trata.

Apreciación del Juez que conoce de las medidas provisionales

— *Sobre el fumus boni juris*

54 Procede señalar que las partes se enfrentan fundamentalmente con respecto a las condiciones reales de acceso al mercado de que se trata y con respecto al grado de cierre de dicho mercado. En efecto, la demandante niega que los minoristas que sólo cuentan con congeladores puestos a disposición por ella estén «vinculados de hecho» y que el mercado irlandés de helados de consumo inmediato esté realmente «bloqueado».

55 Por lo que respecta al segundo elemento de discusión, la demandante subraya que el hecho de que aproximadamente el 40 % de todos los puntos de venta estén dotados únicamente de congeladores puestos a su disposición por ella no significa que el 40 % de los puntos de venta sean inaccesibles a los proveedores de la competencia. Según la demandante, al efectuar el cálculo del grado de cierre del mercado, la Comisión cometió el error, en particular, de incluir todos los puntos de venta dotados de al menos dos congeladores de su propiedad, ya que, según la Comisión, se trata evidentemente de puntos de venta que disponen de un espacio suficiente para instalar un congelador perteneciente al propio minorista o a otro proveedor.

56 A este respecto, procede señalar que, en el caso de que efectivamente el Tribunal de Primera Instancia debiera declarar que la Comisión cometió un error al apreciar el grado de cierre del mercado, dicha declaración tendría una indudable importancia para apreciar la magnitud, en dicho mercado, de la restricción de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

57 Así pues, está justificado examinar en profundidad el razonamiento dedicado por la demandante al grado de cierre del mercado. No obstante, dicho examen no puede efectuarse en el marco del presente procedimiento sobre medidas provisionales.

58 En la medida en que la concesión de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado depende de la apreciación previamente realizada con arreglo al apartado 1 del artículo 85, tampoco corresponde al Juez que conoce de las medidas provisionales pronunciarse sobre las alegaciones relativas al cumplimiento de los requisitos para la concesión de una exención.

59 Por otra parte, de un examen a primera vista de la Decisión se desprende que la apreciación del comportamiento de la demandante realizada por la Comisión con arreglo al artículo 86 del Tratado está estrechamente ligada a la apreciación, realizada con arreglo al apartado 1 del artículo 85, de los acuerdos celebrados por HB Ice Cream para la distribución en Irlanda de sus helados de consumo inmediato, en virtud de los cuales suministra congeladores sometidos a una cláusula de exclusividad a los puntos de venta que almacenan sus productos. En efecto, la apreciación de la Comisión con arreglo al artículo 86 del Tratado se basa en la siguiente afirmación: «Cuando, como en el presente caso, un operador económico posee una posición dominante en el mercado, un acuerdo de suministro exclusivo (ya se trate del objeto o del efecto de los acuerdos celebrados por dicho operador) constituye un obstáculo inaceptable a la entrada en dicho mercado [...]» (punto 265 de la exposición de motivos). La alegación relativa a la existencia de un suministro exclusivo se basa en la consideración según la cual sería sumamente difícil persuadir a los minoristas de sustituir los congeladores *in situ* suministrados por HB Ice Cream por un congelador procedente de otra fuente o de instalar nuevos congeladores. Ahora bien, la demandante cuestiona precisamente esta premisa al discutir la apreciación que la Comisión realiza en la Decisión de las condiciones reales de acceso al mercado de que se trata y del grado de cierre de dicho mercado.

60 Por último, parece que el Juez nacional competente conoce de una cuestión relativa a la legalidad, con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado, de la cláusula de exclusividad contenida en los acuerdos de puesta a disposición de los congeladores

celebrados por la demandante con los minoristas. Mediante una sentencia dictada el 28 de mayo de 1992, declaró que dicha cláusula de exclusividad no infringía ni el apartado 1 del artículo 85 ni el artículo 86 del Tratado.

61 Habida cuenta de cuanto antecede, no cabe considerar que los motivos invocados por la demandante carecen, a primera vista, de todo fundamento.

— *Sobre la urgencia*

62 De una jurisprudencia reiterada se desprende que el carácter urgente de una demanda de suspensión debe apreciarse en relación con la necesidad que haya de resolver con carácter provisional a fin de evitar que se le irrogue un perjuicio grave e irreparable a la parte que solicita la suspensión. A este respecto, basta, cuando la materialización del perjuicio depende de la concurrencia de un conjunto de factores, que sea previsible con un grado de probabilidad suficiente (véase, en particular, el auto del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1993, Alemania/Consejo, C-280/93 R, Rec. p. I-3667, apartados 32 y 34).

63 En el presente caso, la ejecución inmediata de la Decisión objeto de litigio implica la resolución de la cláusula de exclusividad controvertida, aplicable a los congeladores instalados en los puntos de venta a que se hace referencia en el artículo 1 de la Decisión. En consecuencia, implica el cuestionamiento de un sistema de distribución vigente en el mercado irlandés desde hace muchos años. En efecto, si no se suspende la ejecución de la Decisión, los competidores de Van den Bergh en el mercado de que se trata, como Mars y Treats, se esforzarán de inmediato por vender sus productos en los puntos de venta, hasta ahora menos accesibles, incitando a su almacenamiento en los congeladores pertenecientes a la demandante. Ahora bien, procede señalar la importancia del carácter estacional de las ventas de los productos de que se trata, que se venden fundamentalmente durante el período estival.

64 En estas circunstancias, el cuestionamiento del sistema de distribución de la demandante que se derivaría de la resolución de la cláusula de exclusividad presenta un carácter grave e irreversible.

65 En efecto, por un lado, en el supuesto de que se produzca la anulación de la Decisión por parte del Tribunal de Primera Instancia, sería muy difícil cuantificar el perjuicio económico sufrido por Van den Bergh a efectos de su reparación, al no poder determinar la demandante de manera suficientemente precisa en qué proporción la disminución de las ventas registrada se habrá debido a una mayor actividad de la competencia en el mercado o a las contingencias climáticas registradas durante la temporada alta.

66 Por otra parte, la ejecución inmediata de la Decisión puede dar lugar a una evolución del mercado que existen razones fundadas para creer que sería muy difícil o imposible de invertir posteriormente en el caso de que se estimara el recurso presentado en el procedimiento principal. A este respecto, el Juez que conoce de las medidas provisionales estima que la demandante tiene razón al invocar las grandes dificultades que experimentaría si, una vez anulada la Decisión por el Tribunal de Primera Instancia, tuviera que volver a imponer a los minoristas el respeto de la cláusula de exclusividad tras un período de varios meses en el cual los minoristas hubieran vendido otros productos almacenados en sus congeladores.

67 No obstante, la suspensión de la ejecución de la Decisión objeto de litigio puede contribuir, al mismo tiempo, a la consolidación de la estructura actual del mercado y, por ende, impedir a los competidores de Van den Bergh, entre ellos Mars y Treats, vender sus productos en los puntos de venta de los minoristas vinculados por la cláusula de exclusividad controvertida.

68 Ante una situación como ésta, corresponde al Juez que conoce de las medidas provisionales ponderar los intereses afectados, incluido el interés de la Comisión en restablecer una competencia efectiva.

69 Así, procede ponderar, por una parte, el riesgo que corre la demandante de que su sistema de distribución se vea modificado y, por otra, el interés de la Comisión en poner fin de inmediato a la infracción de las normas comunitarias sobre la competencia que a su juicio ha comprobado. A este respecto, procede subrayar que la práctica de la exclusividad en los acuerdos de suministro de congeladores censurada por la Comisión es una práctica consolidada desde hace mucho tiempo en el mercado de que se trata. Además, la larga duración del procedimiento administrativo que dio lugar a la adopción de la Decisión objeto de litigio se debe en parte a los intentos de la Comisión de incitar a la demandante a modificar los acuerdos de distribución de helados de consumo inmediato celebrados con los minoristas en atención a las imputaciones formuladas contra ella. Así, tras la notificación, en julio de 1993, del primer pliego de cargos, en el que la Comisión declaró provisionalmente que el sistema de distribución vigente por aquel entonces infringía los artículos 85 y 86 del Tratado, la demandante contrajo una serie de compromisos notificados a la Comisión en marzo de 1995 con el fin de obtener una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. A raíz de dichos compromisos, la Comisión se propuso adoptar una Decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, y en agosto de 1995 publicó en el Diario Oficial una Comunicación en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17. Así pues, si la Comisión dirigió a la demandante un nuevo pliego de cargos en enero de 1997, se debió a que consideró que las modificaciones introducidas no habían producido finalmente los resultados esperados en términos de acceso a los puntos de venta. En estas circunstancias, la Comisión no puede invocar el carácter urgente de la ejecución inmediata de la Decisión.

70 Además, procede tener en cuenta el hecho de que el Juez nacional que conoce del litigio que opone a Mars y a la demandante estimó que el sistema de distribución de ésta no infringe las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado y dictó una orden conminatoria permanente contra Mars. La sentencia dictada por la High Court el 28 de mayo de 1992 está siendo actualmente examinada por la Supreme Court. Con ocasión del juicio oral celebrado el 10 de junio de 1998, la Supreme Court, por estimar que el asunto de que conocía suscitaba cuestiones de interpretación del Tratado, manifestó su intención de plantear, con arreglo al artículo 177 del Tratado, una petición de Decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, y no suspendió la orden conminatoria permanente dictada contra Mars. De ello se desprende que existe una aparente contradicción entre la Comisión y el Juez nacional en la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

71 Ahora bien, a este respecto, si bien la Comisión es responsable de la ejecución y la orientación de la política comunitaria en materia de competencia, no posee ninguna competencia exclusiva para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86, ya que su competencia para aplicar dichas disposiciones la comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales (sentencia Delimitis, antes citada, apartados 44 y 45). En el caso de autos, de esta existencia de competencias compartidas para la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia se desprende que la Decisión de la Comisión adoptada, el 11 de marzo de 1998, contradice la sentencia dictada por la High Court en 1992.

72 Dado que dicha contradicción es contraria al principio general de seguridad jurídica, procede limitar en la medida de lo posible sus efectos negativos. En las circunstancias muy particulares del presente caso, no debe condicionarse, en tanto el Tribunal de Primera Instancia no dicte su sentencia sobre el fondo, el procedimiento seguido ante el Juez nacional, habida cuenta de que éste, por una parte, ya ha manifestado su intención de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial para que el asunto se resuelva de conformidad con el Derecho comunitario y, por otra, no ha suspendido la orden conminatoria permanente.

73 Habida cuenta de estos elementos, el interés de la Comisión en que cese la infracción no puede primar sobre el interés de la demandante en no correr el riesgo de poner en peligro el sistema consolidado, ni sobre el interés en evitar una contradicción en la aplicación de las disposiciones del Tratado hasta que el Tribunal de Primera Instancia haya tenido ocasión de resolver sobre el fondo.

74 En conclusión, la aplicación inmediata de la Decisión objeto de litigio mientras se desarrolla el procedimiento sobre el fondo entraña el riesgo de causar un perjuicio grave e irreparable a la demandante, pero también de crear una situación de inseguridad jurídica. El hecho de que los competidores de Van den Bergh en el mercado experimenten dificultades para asegurar la distribución de sus productos en razón de los pretendidos obstáculos estructurales que se oponen a ello no puede primar sobre los riesgos así definidos.

75 En estas circunstancias, la ponderación de los intereses afectados aconseja conceder la suspensión de la ejecución de la Decisión.

76 Habida cuenta de las circunstancias específicas del presente caso, el Juez que conoce de las medidas provisionales considera que los riesgos anteriormente definidos (apartado 74) constituyen una objeción fundamental a la ejecución inmediata de la Decisión objeto de la demanda de suspensión y, en consecuencia, que debe desestimarse la objeción de la Comisión según la cual la suspensión no puede afectar a los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

resuelve:

1) **Admitir la intervención de Master Foods Ltd y Treats Frozen Confectionery Ltd en el asunto T-65/98 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandada.**

2) **Estimar, en el procedimiento sobre medidas provisionales, las demandas de tratamiento confidencial presentadas por Van den Bergh Foods Ltd con respecto a determinados elementos contenidos en su demanda de suspensión de la ejecución y en la Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd).**

3) Suspender la ejecución de dicha Decisión de la Comisión hasta que el Tribunal de Primera Instancia dicte la sentencia que ponga fin al procedimiento principal.

4) Reservar la decisión sobre las costas.

Dictado en Luxemburgo, a 7 de julio de 1998.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

B. Vesterdorf