SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 14 de diciembre de 1995 *

En el asunto C-387/93,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por la Pretura circondariale di Genova (Italia), destinada a obtener, en el proceso penal seguido ante dicho órgano jurisdiccional contra

Giorgio Domingo Banchero,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5, 30, 37, 85, 86, 90, 92 y 95 del Tratado CEE,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; D.A.O. Edward, J.-P. Puissochet (Ponente) y G. Hirsch, Presidentes de Sala; G.F. Mancini, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida, P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, J.L. Murray y P. Jann, Jueces;

Abogado General: Sr. M.B. Elmer;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora;

* Lengua de procedimiento: italiano.

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— En nombre del Sr. Banchero, por los Sres. Giuseppe Conte y Giuseppe Michele Giacomini, Abogados de Génova;

— en nombre del Gobierno español, por los Sres. Alberto José Navarro González, Director General de Coordinación Jurídica e Institucional Comunitaria y Miguel Bravo-Ferrer Delgado, Abogado del Estado, en calidad de Agentes;

— en nombre del Gobierno francés, por la Sra. Catherine de Salins, sous-directeur, y por el Sr. Jean-Marc Belorgey, chargé de mission, de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, en calidad de Agentes;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. Enrico Traversa y Anders Christian Jessen, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, asistidos por el Sr. Alberto Dal Ferro, Abogado de Vicenza;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones del Sr. Banchero, representado por los Sres. Giuseppe Conte y Giuseppe Michele Giacomini; del Gobierno español, representado por el Sr. Miguel Bravo-Ferrer Delgado; del Gobierno francés, representado por el Sr. Jean-Marc Belorgey; del Gobierno italiano, representado por Sr. Ivo-Maria Braguglia, avvocato dello Stato, en calidad de Agente, y de la Comisión, representada por el Sr. Enrico Traversa, expuestas en la vista de 5 de abril de 1995;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 20 de junio de 1995;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 30 de julio de 1993, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de agosto siguiente, la Pretura circondariale di Genova planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 5, 30, 37, 85, 86, 90, 92 y 95 del Tratado CEE.

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un proceso penal incoado por las autoridades italianas contra el Sr. Banchero por posesión ilegal de labores del tabaco de origen extranjero.

3 De los autos resulta que, a partir de la entrada en vigor de la Ley nº 724, de 10 de diciembre de 1975, que establece disposiciones relativas a la importación y a la comercialización de las labores del tabaco y modificaciones a las normas relativas al contrabando del tabaco extranjero, que modificó el artículo 341 del «Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale» (texto refundido de las disposiciones legislativas en materia aduanera), aprobado mediante Decreto nº 43 del Presidente de la República, de 23 de enero de 1973, los delitos de contrabando que tienen por objeto tabaco de origen extranjero están comprendidos exclusivamente dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones penales de la normativa aduanera italiana fijadas por dicho Decreto.

4 En virtud del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto mencionado, el poseedor de mercancías extranjeras sujetas al pago de un derecho de aduana debe demostrar su procedencia legítima. Si se niega a ello o no puede hacerlo, o si las pruebas que

aporta no son admisibles, se le considera culpable de contrabando, a no ser que se encuentre en posesión de la mercancía como consecuencia de otro delito que hubiere cometido.

5 La letra f) del artículo 282 del Decreto nº 43, antes citado, prevé que será sancionado con una multa, no inferior a dos veces y no superior a diez veces el importe de los derechos de aduana, quien se encuentre en posesión de mercancías extranjeras cuando concurran las circunstancias que, según el párrafo segundo del artículo 25, configuran el delito de contrabando. El artículo 301 del Decreto nº 43 dispone además que, en los casos de contrabando, se ordenará siempre el decomiso del objeto del delito. Por último, los artículos 295 y 296 del Decreto prevén penas de prisión en caso de circunstancias agravantes (de tres a cinco años) o en caso de reincidencia (de hasta un año).

6 Según la resolución de remisión, se levantó un acta contra el Sr. Banchero por posesión de 2,320 kg de labores del tabaco en paquetes de cigarrillos, procedentes de otros Estados miembros, que no llevaban la marca del Estado italiano que acredita el pago de los derechos de aduana y cuya procedencia legal no pudo ser demostrada por el Sr. Banchero. La resolución precisa, además, que al Sr. Banchero se le imputa el no haber pagado la «sobreimposición arancelaria» cuyo importe es igual al del impuesto especial que grava los productos nacionales.

7 Contra el Sr. Banchero también se practicaron diligencias por el delito de elusión del pago del Impuesto sobre el Valor Añadido, pero la resolución de remisión indica que fueron sobreseídas. El Sr. Banchero sigue inculpado del delito de contrabando previsto en la letra f) del artículo 282 y en el artículo 341 del Decreto nº 43 del Presidente de la República.

8 Ante el Juez nacional, el Sr. Banchero adujo que el monopolio italiano de las labores del tabaco y determinadas disposiciones aplicables a la importación de labores del tabaco procedentes de otros Estados miembros no eran compatibles con el Derecho comunitario.

9 Mediante resolución de 14 de marzo de 1992, el Pretore di Genova suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado, varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 5, 30, 37, 85, 86, 90, 92 y 95 del Tratado; del artículo 2; del apartado 1 del artículo 4, y del apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 72/464/CEE del Consejo, de 29 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco (DO L 303, p. 1; EE 09/01, p. 39).

10 Mediante auto de 19 de marzo de 1993 (C-157/92, Rec. p. I-1085), el Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, debido a que las indicaciones de la resolución de remisión, por su referencia demasiado imprecisa a los hechos y a las normas jurídicas aplicables expuestos por el Juez nacional, no le permitían dar una interpretación útil del Derecho comunitario.

11 En tales circunstancias, el Pretore di Genova se dirigió nuevamente al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado, y planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

«Primera cuestión

La naturaleza y las características normativas de un monopolio nacional como el que resulta, incluso en su aplicación práctica, de la legislación vigente en Italia para el sector de los tabacos, ¿son compatibles con las disposiciones combinadas de los artículos 5, 30, 37, 85, 86, 90, 92 y 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, especialmente en lo que respecta a la exclusividad de producción, comercialización, venta y distribución en general, exclusividad atribuida al monopolio nacional mediante un sistema ya de por sí idóneo para crear discriminaciones en el sentido del artículo 37 del Tratado, para permitir opciones preferenciales que pueden configurarse como "medidas de efecto equivalente" en el sentido del artículo 30 del Tratado y para hacer posible un abuso de posición dominante en contra de lo dispuesto en los artículos 86 y 90 del Tratado?

Más en particular,

¿es compatible el artículo 30 del Tratado con una normativa nacional que reserva la distribución al por menor de las labores del tabaco extranjeras a una empresa que posee un monopolio de venta de dichos productos, de modo que el único circuito de comercialización de las labores del tabaco extranjeras está constituido exclusivamente por los revendedores autorizados por dicho monopolio? En caso de que se reconozca la incompatibilidad, ¿constituye dicha normativa nacional una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, contraria al artículo 30 del Tratado CEE?

Segunda cuestión

El artículo 30 del Tratado CEE, a la luz de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, ¿es compatible con una legislación nacional que castiga la evasión del impuesto sobre el consumo sobre las labores del tabaco procedentes de otros Estados miembros, independientemente de las cantidades, con una sanción desproporcionada a la gravedad de la infracción, en la medida en que prevé siempre tanto la aplicación de una sanción penal como el decomiso de las mercancías, aun cuando se trate de cantidades mínimas de tabaco? En caso de que se declare la existencia de incompatibilidad, ¿constituye dicha normativa nacional una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, contraria al artículo 30 del Tratado CEE?

Tercera cuestión

Una normativa nacional que reserva la distribución al por menor de las labores del tabaco, incluidas las procedentes de los otros Estados miembros, a una empresa que posee un monopolio de venta de dichos productos, ¿es compatible con las disposiciones del apartado 1 del artículo 90 en relación con la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado CEE, aun cuando dicha empresa no esté en

condiciones de satisfacer la demanda existente en el mercado de ese producto y, por tanto, la exclusividad cree una limitación de la libre circulación de las mercancías comunitarias y un abuso de posición dominante por parte de la empresa que posee el monopolio?»

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

12 En la vista, el Gobierno italiano mantuvo que debía declararse la inadmisibilidad de las cuestiones primera y tercera porque para la solución del litigio no era necesaria una respuesta del Tribunal de Justicia a dichas cuestiones.

13 Esta observación no puede acogerse.

14 En efecto, procede señalar que, según el Pretore di Genova, las disposiciones que infringió el Sr. Banchero tienen también la finalidad de proteger el monopolio nacional de labores del tabaco. El Pretore di Genova añade que, si todo el monopolio nacional fuera incompatible con las disposiciones del Derecho comunitario que menciona, y más en particular con los artículos 30 y 90 del Tratado, ello tendría repercusiones sobre el proceso penal contra el Sr. Banchero.

15 Ahora bien, según jurisprudencia reiterada corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y han de asumir la responsabilidad de la resolución judicial que deba dictarse, apreciar, en vista de las características específicas de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su resolución como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia (véase, especialmente, la sentencia de 2 de junio de 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs, C-30/93, Rec. p. I-2305, apartado 18).

16 En sus observaciones escritas, la Comisión y el Gobierno español señalan también que, en la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a los artículos 5, 85, 92 y 95 del Tratado sin dar ninguna precisión e incluso sin explicar los supuestos de hecho sobre los que plantea sus cuestiones.

17 El artículo 5 impone a los Estados miembros el deber de cumplir lealmente sus obligaciones comunitarias. No obstante, según jurisprudencia reiterada, esta disposición no puede aplicarse de manera independiente cuando la situación que se examina está regulada por una disposición específica del Tratado, como ocurre en el caso de autos (véase la sentencia de 11 de marzo de 1992, Compagnie commerciale de l'Ouest y otros, asuntos acumulados C-78/90 a C-83/90, Rec. p. I-1847, apartado 19). Por consiguiente, las cuestiones planteadas, en la medida en que se refieren a varias disposiciones combinadas del Tratado, entre las que figura el artículo 5, precisan ser examinadas, en lo que respecta a este último artículo, únicamente en relación con las disposiciones específicas que requieren una respuesta del Tribunal de Justicia y especialmente, habida cuenta de los documentos que obran en autos, con los artículos 90 y 86.

18 En cuanto a los artículos 85 y 92, el Pretore no explica los supuestos de hecho del litigio que le llevan a preguntarse sobre la existencia de acuerdos entre empresas o de prácticas concertadas, en el sentido del artículo 85, ni tampoco sobre la existencia de ayudas, en el sentido del artículo 92.

19 Por tanto, el Tribunal de Justicia tampoco puede dar al órgano jurisdiccional remitente una interpretación útil de estos artículos en el presente asunto, como no podía hacerlo en el asunto C-157/92.

20 Lo mismo puede decirse en lo que respecta al artículo 95 del Tratado. En efecto, de la resolución de remisión resulta que el Juez nacional no pide al Tribunal de Justicia que dilucide la cuestión de si un régimen represivo, como el controvertido, es contrario al artículo 95, sino la cuestión de si una sanción como la que puede

imponerse al Sr. Banchero puede considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a los intercambios, prohibida por el artículo 30 del Tratado, en la medida en que es desproporcionada respecto a la gravedad de la infracción cometida. Esta cuestión se refiere a la interpretación del propio artículo 30.

21 Así pues, no procede responder a las cuestiones planteadas en la medida en que se refieren a la interpretación de los artículos 85, 92 y 95 del Tratado.

Sobre el fondo

22 De las indicaciones de Derecho y de hecho comunicadas por el Pretore di Genova en su segunda resolución resulta que este último, mediante sus tres cuestiones prejudiciales que quedan así circunscritas a la interpretación de los artículos 5, 30, 37, 86 y 90 del Tratado, y a pesar de la aparente generalidad del tenor de la primera parte de la primera cuestión, pide fundamentalmente que se dilucide si un sistema de distribución que reserva la venta al por menor del tabaco a expendedurías autorizadas por el poder público es compatible con dichas disposiciones del Tratado (cuestiones primera y tercera). También solicita que se determine si el artículo 30 del Tratado se opone a la aplicación de disposiciones represivas previstas en el marco de tal sistema (segunda cuestión).

23 Por lo demás, en cualquier caso no hay en los autos datos suficientemente precisos para permitir examinar de forma eficaz los otros aspectos de la legislación nacional de que se trata, como los referentes a la producción, importación o incluso al envasado de dichos productos.

24 Procede responder en primer lugar a las cuestiones primera y tercera.

Sobre la primera cuestión

25 El Juez nacional tiene dudas sobre la compatibilidad, con respecto a los artículos 30 y 37 del Tratado, de un sistema de distribución de labores del tabaco como el establecido por la legislación italiana.

Sobre el artículo 37 del Tratado

26 Como resulta de su tenor, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 37, que es una disposición específica que se aplica a los monopolios nacionales de carácter comercial, supone una situación en la que las autoridades nacionales están en condiciones de controlar o dirigir los intercambios entre los Estados miembros, o bien de influir sensiblemente en dichos intercambios, por medio de un organismo constituido con ese fin o de un monopolio concedido por el Estado a un tercero (sentencias de 4 de mayo de 1988, Bodson, 30/87, Rec. p. 2479, apartado 13, y de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, Rec. p. I-1477, apartado 29).

27 En efecto, como el Tribunal de Justicia afirmó en sus sentencias de 3 de febrero de 1976, Manghera y otros (59/75, Rec. p. 91); de 13 de marzo de 1979, Hansen (91/78, Rec. p. 935), y de 7 de junio de 1983, Comisión/Italia (78/82, Rec. p. 1955), el artículo 37 del Tratado no exige la supresión total de los monopolios nacionales de carácter comercial, sino únicamente su adecuación, de tal manera que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado. Tanto del texto del artículo 37 como del lugar en que se encuentra en el sistema del Tratado resulta que este artículo tiene la finalidad de garantizar la observancia de la norma fundamental de la libre circulación de mercancías en todo el mercado común, especialmente, mediante la supresión de las restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente en los intercambios entre los Estados miembros y de mantener de este modo unas condiciones normales de competencia entre las economías de los Estados miembros cuando, en uno u otro de dichos Estados, determinado producto esté sujeto a un monopolio nacional de carácter comercial.

28 En primer lugar, debe recordarse que las cuestiones del Juez nacional se refieren sólo incidentalmente a la producción y a la importación de labores del tabaco en Italia.

29 En segundo lugar, el artículo 37 no es aplicable a aquellas disposiciones nacionales que no afectan al ejercicio de su derecho de exclusividad por parte de un monopolio público, sino que regulan de modo general la producción y la comercialización de mercancías, con independencia de que estén comprendidas o no en el monopolio de que se trata (sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, «Cassis de Dijon», 120/78, Rec. p. 649, apartado 7). Precisamente, en un sistema de distribución como el contemplado en las cuestiones prejudiciales, sólo podría ser de otro modo si resultara que las disposiciones controvertidas permiten a las autoridades italianas intervenir en las decisiones de abastecimiento de los minoristas.

30 A este respecto, debe señalarse que la legislación italiana reserva la exclusividad de la venta al por menor de labores del tabaco a particulares a los que la Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (en lo sucesivo, «AAMS») ha otorgado una concesión o una autorización. Sobre este extremo, de los autos no se desprende que dicha legislación permita a las autoridades nacionales, por medio de la AAMS, intervenir en la gestión de las expendedurías de tabaco de modo que controle o influya en las decisiones de abastecimiento efectuadas por los minoristas, bien para asegurar una salida a los tabacos producidos por el monopolio (véase, en lo que respecta a un caso contrario, la sentencia de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia, C-347/88, Rec. p. I-4747, apartados 43 y 44), o bien para favorecer o desalentar determinadas corrientes de importación procedentes de otros Estados miembros. El Gobierno italiano precisó, por otro lado, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, que las decisiones de abastecimiento se dejaban a la libre apreciación de los minoristas, en función de la demanda en el mercado.

31 Procede, pues, responder a la primera parte de la primera cuestión que el artículo 37 del Tratado carece de pertinencia respecto a una legislación nacional, como la

italiana, que reserva la venta al por menor de labores del tabaco a distribuidores autorizados por el poder público, siempre que éste no intervenga en las decisiones de abastecimiento de los minoristas.

Sobre el artículo 30 del Tratado

32 A tenor del artículo 30, están prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

33 Según jurisprudencia reiterada, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa cualquier normativa comercial que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74, Rec. p. 837, apartado 5).

34 No obstante, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), apartado 16, la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no puede obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre Estados miembros, en el sentido de la jurisprudencia Dassonville, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

35 Debe señalarse que, en el presente asunto, la legislación controvertida cumple dichos requisitos en la medida en que reserva la venta minorista de tabacos a los distribuidores autorizados.

36 Dicha legislación no se refiere a las características de los productos, sino sólo a las modalidades de venta al por menor de labores del tabaco, ya que prohíbe su venta al consumidor fuera de las expendedurías autorizadas. La circunstancia de que se aplique a determinados productos, las labores del tabaco, y no al comercio minorista en general, no puede modificar esta apreciación (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros, C-292/92, Rec. p. I-6787, y de 29 de junio de 1995, Comisión/Grecia, C-391/92, Rec. p. I-1621).

37 Además, la obligación impuesta a todos los operadores de hacer que sus productos sean distribuidos por los minoristas autorizados se aplica sin distinción según el origen de los productos de que se trate y no afecta a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros de manera diferente al modo en que afecta a los productos nacionales.

38 El Juez nacional estima que, habida cuenta de la distribución de las expendedurías de tabaco en el territorio italiano, de sus horarios de apertura y de las deficiencias de su funcionamiento, como las insuficiencias de abastecimiento de algunas expendedurías en marcas de cigarrillos menos solicitadas por el consumidor o las ocasionales interrupciones del abastecimiento debidas a huelgas, el sistema de las expendedurías de tabaco autorizadas provoca restricciones al comercio contrarias al artículo 30 del Tratado.

39 Sin embargo, de los autos no resulta que las autorizaciones de explotación de las expendedurías sean tan limitadas que pongan en peligro un abastecimiento satisfactorio de los consumidores en lo que se refiere a tabacos nacionales o importados. El Gobierno italiano precisó, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, que la legislación controvertida pretende garantizar un reparto geográfico óptimo de los minoristas, teniendo en cuenta especialmente consideraciones de distribución del territorio y de proximidad de las expendedurías respecto a los puntos de concentración de la clientela.

40 En cualquier caso, procede señalar que las imperfecciones que puedan afectar a la red de venta al por menor no perjudican más a la venta de tabacos procedentes de otros Estados miembros que a la de tabacos producidos en el territorio nacional.

41 La Comisión, remitiéndose a las sentencias de 21 de marzo de 1991, Delattre (C-369/88, Rec. p. I-1487), y Monteil y Samanni (C-60/89, Rec. p. I-1547), alega que un régimen de venta al por menor de tabacos como el régimen italiano, por el hecho de que canaliza las ventas de tabacos, puede afectar a las posibilidades de comercialización de los productos importados y puede, en tales circunstancias, constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, en el sentido del artículo 30 del Tratado. En efecto, según la Comisión, la AAMS tiene bajo su control la red de distribución y esta «canalización centralizada» está reforzada en una fase previa por el monopolio de hecho que posee la Administración sobre el comercio al por mayor de todas las labores del tabaco en Italia.

42 No obstante, debe señalarse que, como la propia Comisión recordó en sus observaciones escritas, el monopolio italiano de tabacos ha sido reorganizado de forma que la AAMS abandone la gestión directa de las expendedurías de tabaco y que se garantice a los minoristas autorizados el acceso directo a los mayoristas. La Comisión afirmó también que las denuncias presentadas ante ella no contenían ninguna alusión a conductas del monopolio discriminatorias contra los productores comunitarios. Por último, como ya ha indicado este Tribunal de Justicia en el apartado 30 de la presente sentencia, el Gobierno italiano manifestó que los minoristas decidían libremente el abastecimiento de sus expendedurías en función del estado del mercado. La Comisión no negó esta afirmación.

43 El hecho de que los productores de labores del tabaco de otros Estados miembros hayan preferido utilizar los almacenes de la AAMS en vez de crear, como permite el artículo 1 de la Ley n° 724, antes citada, sus propios almacenes al por mayor, no

puede llevar a la conclusión de que la normativa italiana canaliza las ventas de labores del tabaco y puede constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación. Efectivamente, la elección de dichos operadores puede justificarse por consideraciones que les incumben, especialmente por consideraciones de reducción de los costes de la distribución al por mayor de los tabacos.

44 De todo lo expuesto resulta que no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado una legislación nacional, como la italiana, que reserva la venta al por menor de labores del tabaco de cualquier procedencia a distribuidores autorizados, pero que no obstaculiza, a causa de ello, el acceso al mercado nacional a los productos procedentes de otros Estados miembros ni entorpece dicho acceso a la red de distribución con más dificultades que las impuestas a los productos nacionales.

Sobre la tercera cuestión

45 El Juez nacional pide al Tribunal de Justicia que determine si los artículos 5, 90 y 86 del Tratado se oponen a que una legislación nacional reserve la venta al por menor de labores del tabaco a distribuidores autorizados por el poder público. Se pregunta, especialmente, si un sistema de distribución establecido de este modo, cuyo control se confía a una empresa que posee un monopolio de venta de dichos productos, no lleva a crear un abuso de posición dominante, en el sentido de la letra b) del párrafo segundo del artículo 86, que prohíbe a las empresas las prácticas que consistan en limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.

46 Entre las obligaciones que deben cumplir lealmente los Estados miembros, con arreglo al artículo 5 del Tratado, figura efectivamente la prevista por el apartado 1 del artículo 90, según la cual no deben adoptar ni mantener, respecto de las

empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 (actualmente 6 del Tratado CE) y 85 a 94, ambos inclusive.

47 En primer lugar, debe señalarse que, en contra de lo que podría hacer pensar el tenor de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, la AAMS no dispone de derechos exclusivos para la distribución de todas las labores del tabaco, cualquiera que sea su procedencia.

48 En efecto, el artículo 1 de la Ley nº 724, antes citada, que reorganizó el monopolio italiano del tabaco, permite la introducción de labores del tabaco procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad, las cuales representan una cuota importante del mercado, en almacenes de distribución al por mayor que no sean los de la AAMS. Por tanto, esta disposición autoriza a los productores de estos tabacos a crear sus propios almacenes al por mayor y a asegurar de este modo directamente la comercialización de sus productos entre los minoristas.

49 En segundo lugar, como señala la Comisión en sus observaciones escritas, la actividad de la AAMS en la fase de la venta al por menor, que consiste fundamentalmente en autorizar la apertura de expendedurías de tabaco y en controlar su número y su distribución en el territorio italiano, se configura como el ejercicio de una prerrogativa de poder público y no como una actividad económica propiamente dicha. Además, consta que las expendedurías de tabaco estatales administradas directamente por el monopolio fueron suprimidas en 1983 y no parece que la AAMS participe en la actividad propiamente comercial de los minoristas (véanse los apartados 30 y 42 de la presente sentencia).

50 Es cierto que, añadidos a la actividad de almacenamiento que ejerce de hecho la AAMS en lo que respecta a todos los tabacos, los efectos combinados, por una parte, de los derechos exclusivos que conserva en el ámbito de la producción y del comercio mayorista de los tabacos nacionales y, por otra parte, de la prerrogativa

de poder público que se le confía en la fase de la venta al por menor, pueden colocar a esta empresa en una situación de posición dominante en el mercado de la distribución de las labores del tabaco.

51 Pero, en cualquier caso, procede recordar que el mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de un derecho exclusivo en el sentido del apartado 1 del artículo 90, como tal, no es incompatible con el artículo 86 del Tratado. En efecto, un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en esas dos disposiciones si la empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha concedido, explota su posición dominante de modo abusivo (véanse las sentencias de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova, C-179/90, Rec. p. I-5889, apartado 17, y de 5 de octubre de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Rec. p. I-5077, apartado 18).

52 Pues bien, como se ha indicado en el apartado 43 de la presente sentencia, el hecho de que los productores de labores del tabaco de otros Estados miembros hayan preferido utilizar los almacenes de la AAMS en vez de crear sus propios almacenes puede explicarse por consideraciones que incumben a dichos operadores. Este hecho no puede llevar a la conclusión de que la normativa italiana, que precisamente fue modificada para permitir la apertura del comercio mayorista de tabacos procedentes de otros Estados miembros de la Comunidad, dé lugar a que la AAMS canalice las ventas de labores del tabaco y de este modo explote abusivamente la posición dominante que puede ocupar en el mercado de la distribución.

53 Además, de los autos no se desprende que el sistema de distribución minorista de los tabacos establecido por dicha normativa, en la medida en que reserva a la AAMS la concesión de las autorizaciones para la explotación de las expendedurías, conduzca a una situación perjudicial para los intereses de los consumidores, en el sentido de la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado. En cualquier caso, no se puede afirmar, teniendo en cuenta especialmente los elementos ya señalados en el apartado 39 de la presente sentencia, que este sistema sea manifiestamente incapaz de satisfacer la demanda de los consumidores (véase, *a contrario*, la sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 31).

54 En lo que se refiere a los minoristas, procede señalar que estos operadores no disponen ellos mismos de ningún derecho exclusivo o especial de distribución en su lugar de establecimiento. La legislación controvertida se limita, en efecto, a regular su acceso al mercado de la distribución al por menor del tabaco. Además, los minoristas autorizados compiten para satisfacer las necesidades de los consumidores de tabacos y cigarrillos y ninguna expendeduría dispone de una ventaja especial sobre sus competidores. Por tanto, no se les puede considerar como empresas titulares de los derechos a los que se refiere el apartado 1 del artículo 90 del Tratado.

55 *A fortiori,* no puede considerarse que la legislación italiana establezca en favor de los minoristas autorizados una yuxtaposición de monopolios, territorialmente limitados, que cree en el territorio nacional una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado (véase, a este respecto, la sentencia Centre d'insémination de la Crespelle, antes citada, apartado 17).

56 De lo expuesto resulta que los artículos 5, 90 y 86 no se oponen a que una legislación nacional, como la italiana, reserve la venta al por menor de labores del tabaco a distribuidores autorizados por el poder público.

Sobre la segunda cuestión

57 El Juez nacional pide también al Tribunal de Justicia que dilucide si el artículo 30 del Tratado se opone a una legislación represiva como aquélla en virtud de la cual se inculpa al Sr. Banchero.

58 Si bien, en principio, la legislación penal y las normas del proceso penal siguen siendo competencia de los Estados miembros, de una jurisprudencia reiterada resulta que el Derecho comunitario pone límites en lo que respecta a las medidas de control que este Derecho permite a los Estados miembros mantener en el marco de la libre circulación de mercancías y de personas. Las medidas administrativas o represivas no deben rebasar el marco de lo que es estrictamente necesario, las modalidades de control no deben concebirse de forma que restrinjan la libertad

deseada por el Tratado y no deben ir acompañadas de una sanción tan desproporcionada respecto a la gravedad de la infracción que se convierta en un obstáculo a dicha libertad (sentencia de 11 de noviembre de 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, apartado 27; véanse también las sentencias de 3 de julio de 1980, Pieck, 157/79, Rec. p. 2171, apartado 19, y de 25 de febrero de 1988, Drexl, 299/86, Rec. p. 1213, apartado 18).

59 En el presente asunto, como señala el Abogado General en los puntos 45 y 46 de sus conclusiones, el Sr. Banchero en realidad es inculpado, no de importación ilegal de labores del tabaco, sino de haber sido hallado en posesión de tabacos por los que no había pagado un impuesto especial, impuesto que, por otra parte, es conforme al Derecho comunitario.

60 Las sanciones que puedan imponerse al Sr. Banchero no obstaculizan en absoluto la importación de labores del tabaco de otros Estados miembros, sino que pretenden únicamente disuadir al consumidor de abastecerse de tabacos por los que no se hayan pagado los impuestos conformes al Derecho comunitario, mediante revendedores no autorizados, que operen a su vez en contra de lo dispuesto en la legislación italiana aplicable a la distribución de las labores del tabaco.

61 Por tanto, la severidad de dichas sanciones se sustrae a cualquier valoración en Derecho comunitario.

62 Así pues, el artículo 30 del Tratado no se opone a que una legislación nacional, como la italiana, sancione como delito de contrabando la posesión ilegal, por parte de un consumidor, de labores del tabaco procedentes de otros Estados miembros y por las que no se ha pagado el impuesto especial conforme al Derecho comunitario, siendo así que la venta al por menor de estos productos, como la de los productos nacionales del mismo tipo, está reservada a distribuidores autorizados por el poder público.

Costas

63 Los gastos efectuados por los Gobiernos español, italiano y francés, así como por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes en el litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Pretore di Genova mediante resolución de 30 de julio de 1993, declara:

1) El artículo 37 del Tratado CEE carece de pertinencia respecto a una legislación nacional, como la italiana, que reserva la venta al por menor de labores del tabaco a distribuidores autorizados por el poder público, siempre que éste no intervenga en las decisiones de abastecimiento de los minoristas.

2) No está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado CEE una legislación nacional, como la italiana, que reserva la venta al por menor de labores del tabaco de cualquier procedencia a distribuidores autorizados, pero que no obstaculiza, a causa de ello, el acceso al mercado nacional a los productos procedentes de otros Estados miembros ni entorpece dicho acceso a la red de distribución con más dificultades que las impuestas a los productos nacionales.

3) Los artículos 5, 90 y 86 del Tratado CEE no se oponen a que una legislación nacional, como la italiana, reserve la venta al por menor de labores del tabaco a distribuidores autorizados por el poder público.

4) El artículo 30 del Tratado CEE no se opone a que una legislación nacional, como la italiana, sancione como delito de contrabando la posesión ilegal, por parte de un consumidor, de labores del tabaco procedentes de otros Estados miembros y por las que no se ha pagado el impuesto especial conforme al Derecho comunitario, siendo así que la venta al por menor de estos productos, como la de los productos nacionales del mismo tipo, está reservada a distribuidores autorizados por el poder público.

Rodríguez Iglesias Edward Puissochet

Hirsch Mancini Schockweiler

Moitinho de Almeida Kapteyn Gulmann

Murray Jann

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 14 de diciembre de 1995.

El Secretario

R. Grass

El Presidente

G.C. Rodríguez Iglesias