

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GERHARD REISCHL
presentadas el 25 de marzo de 1981 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

La Sra. Maria Salonia es titular en Ragusa de un comercio al por menor de papelería, librería, periódicos, perfumería y mercería, para cuya actividad posee desde el 23 de febrero de 1978 la autorización administrativa necesaria.

El 17 y después el 20 de abril de 1978 se dirigió al Sr. Sergio Poidomani y a la Sra. Franca Giglio, viuda de Baglieri, titulares de depósitos de distribución de prensa y revistas situados en Ragusa para solicitarles que la abastecieran de artículos de prensa. Dichas peticiones no fueron aceptadas. El 21 de septiembre de 1978, la Sra. Salonia recurrió a los Tribunales pretendiendo conseguir ser abastecida e indemnizada del perjuicio causado por lo que ella consideraba un caso de «competencia desleal» en el sentido del artículo 2598 del Código Civil italiano.

En su defensa, los propietarios de los depósitos de distribución de prensa de que se

trata alegaron que ningún distribuidor estaba obligado a suministrar publicaciones periódicas ni siquiera a revendedores profesionales, dado que el régimen de distribución de los periódicos y revistas era objeto del acuerdo nacional de 23 de octubre de 1974, celebrado entre asociaciones representativas de los editores y de los comerciantes de periódicos, acuerdo que regula la distribución de periódicos y revistas.

Ahora bien, con arreglo al artículo 2 de dicho acuerdo, «en los municipios cuya población sea superior a 2.500 habitantes [...] los editores sólo podrán entregar sus publicaciones, con vistas a la venta, a quienes estén provistos del carnet que les autoriza a ejercer la actividad de vendedores de periódicos, emitido por las comisiones paritarias interregionales (en aquel momento, por la comisión nacional para la difusión de periódicos y revistas) [...]».

Con arreglo al artículo 4:

«Los vendedores estarán obligados:

[...]

* Lengua original: alemán.

- 1) a recoger y recibir las publicaciones que hayan de poner en venta exclusivamente de los editores o de sus distribuidores, considerándose abusiva cualquier otra forma de abastecimiento [...]»

El cumplimiento de las obligaciones contraídas por los vendedores se garantizaba mediante toda una serie de sanciones cuya aplicación se confía a la comisión paritaria interregional (artículo 11 del acuerdo).

Por otra parte, el Reglamento relativo al funcionamiento de las comisiones paritarias interregionales con el que se regula la venta de periódicos y revistas, establecido con esta ocasión, dispone en su artículo 1:

«Corresponde a las comisiones paritarias interregionales reguladas por el artículo 12 del acuerdo nacional que regula la venta:

[...]

- c) entregar al beneficiario de la concesión del nuevo punto de venta autónomo el carnet para la recogida de las publicaciones de los editores o de sus distribuidores;

entregar a los titulares de un punto de venta autónomo la gestión de los puntos de venta auxiliares establecidos.»

La concesión del «carnet para la recogida de las publicaciones» se subordina en particular a un pago en metálico cuyas modalidades se precisan en el artículo 7 del acuerdo.

Como la solicitante no era titular de dicho carnet y no estaba vinculada a los editores mediante una «relación contractual de carácter fiduciario», los propietarios de los depósitos de distribución, simples mandatarios de los editores, no podían, a falta de indicación en ese sentido de los editores, acceder a la petición de la interesada. Citando al respecto una carta de 26 de julio de 1974 de la federación a los distribuidores de Ragusa, deducían de ella que la acción habría debido dirigirse contra los editores.

El tribunale civile di Ragusa, que conocía del asunto en primera instancia, consideró, basándose en una sentencia de la Corte di Cassazione Italiana nº 2387 de 4 de septiembre de 1962 que semejante acuerdo no era contrario al Derecho interno italiano, pues tenía el carácter de un contrato de depósito de mercancías regido por el principio de «autonomía de la voluntad». Sin embargo, dicho Tribunal no excluyó que el mismo acuerdo podría ser incompatible con lo que disponen los artículos 85 y 86 del Tratado y remitió a este Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177, las siguientes cuestiones:

- «1) El acuerdo (nacional de 23 de octubre de 1974 para la regulación de la reventa de periódicos y revistas), ¿tiene el carácter de una práctica colusoria nacio-

nal para la protección del mercado de la distribución y de la venta de cualquier clase de prensa nacional y extranjera? ¿Constituye una infracción de la prohibición de prácticas colusorias prevista por el artículo 85 del Tratado y provoca una distorsión de las condiciones de competencia, teniendo en cuenta la normativa específica sobre el acceso al comercio de periódicos, sobre las exigencias mínimas requeridas, sobre las obligaciones y sobre las medidas sancionadoras impuestas a los revendedores?

- 2) El acuerdo citado, ¿no es incompatible y cae en consecuencia bajo la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, en la medida en que provoca una discriminación en perjuicio de los revendedores, a pesar de la autorización legal de venta de periódicos que les haya concedido la autoridad administrativa competente, por el simple hecho de que estos revendedores no acepten proveerse del carnet que les autorizaría a ejercer la actividad de reventa, cuya expedición se confía por las normas del acuerdo mismo, a la facultad discrecional de las comisiones paritarias interregionales (y actualmente de la comisión nacional para la difusión de periódicos y revistas)?
- 3) Este acuerdo, ¿no constituye un atentado al libre juego de la competencia, mediante el que se expresa la elección de los consumidores que determina el número de puntos de venta de prensa, de la misma manera que la regulación

de mercado establecida por la asociación neerlandesa de revendedores de bicicletas y de artículos similares, cuyos principios y limitaciones son análogos a los del acuerdo sobre los periódicos y que fue prohibida por la comisión ejecutiva (Decisión de 2 de diciembre de 1977; DO L 20 de 25.1.1978)?

- 4) Las cláusulas de prohibición de cesión con vistas a la venta, contenidas en el artículo 2 del acuerdo de que se trata y en el artículo 1 del reglamento de funcionamiento de las comisiones paritarias, ¿puede considerarse que responden a criterios objetivos que permitan excluir toda arbitrariedad, o pueden ser declaradas exentas con arreglo al apartado 3 del artículo 85, en el caso de que hayan sido establecidas con vistas a contribuir a una mejora de la distribución?
- 5) El hecho de excluir del abastecimiento a los revendedores que, como la Sra. Salonia, no poseen el carnet de autorización exigido por dicho acuerdo y de privar a esta categoría de personas de la posibilidad de proveerse por otro cauce de los productos para venderlos ¿excluye la posibilidad de aplicar la exención prevista por los Reglamentos n^{os} 19/65 y 67/67? y, si se admite dicha exención, ¿no presenta este caso el carácter de una revocación del beneficio?
- 6) El comportamiento previsto y regulado por el acuerdo de que se trata, ¿constituye un abuso de posición dominante?»

A continuación expongo mi punto de vista sobre estas cuestiones.

Es menester, en primer lugar, advertir que, por su formulación concreta, dichas cuestiones van mucho más allá del examen y de las respuestas que permite el artículo 177 del Tratado. Además, como tendré ocasión de poner de manifiesto, parece que la situación de hecho ha sido explicada muy imperfectamente. De este modo, la asociación italiana de editores de periódicos, implicada en primer lugar, hubiera debido ser oída por el órgano jurisdiccional nacional para determinar cuáles eran los acuerdos efectivamente en vigor en la época de que se trata. Por ello solamente podré intentar aportar datos para una respuesta desde el punto de vista del Derecho comunitario, respuesta que sólo podrá ser parcial a falta de un conocimiento completo de los hechos.

1) En primer lugar ha de recordarse que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 sólo se aplica a las restricciones de competencia que puedan *afectar al comercio entre los Estados miembros*.

Según una reiterada jurisprudencia (sentencias de 12 de diciembre de 1967, Brasserie de Haecht, 23/67, + Rec. p. 525; de 9 de julio de 1969, Völk, 5/69, + Rec. p. 295, y de 6 de mayo de 1971, Cadillon, 1/71, Rec. p. 351), «para poder afectar al comercio entre los Estados miembros el acuerdo debe, sobre la base de un conjunto de elementos objetivos de Derecho o de hecho, permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, que se ejerza una influencia directa

o indirecta, actual o potencial, en las corrientes de intercambios entre Estados miembros en un sentido que podría perjudicar el logro de los objetivos de un mercado único entre Estados» (apartado 5 de la sentencia Völk).

Es preciso además que dicho acuerdo afecte al comercio entre Estados miembros *de modo sensible*: «un acuerdo no cae bajo la prohibición del artículo 85 cuando sólo afecta al mercado de una manera insignificante, teniendo en cuenta la débil posición que ocupan los interesados en el mercado de los productos de que se trata» (apartado 7 de la sentencia Völk).

No obstante, según la sentencia de 17 de octubre de 1972, Cementhandelaren (8/72, + Rec. pp. 977 y ss., especialmente p. 992), apartado 29, «una práctica colusoria que se extiende al conjunto del territorio de un Estado miembro puede por su misma naturaleza producir el efecto de consolidar una compartimentación de carácter nacional, obstaculizando así la interpenetración económica que el Tratado pretende y brindando una protección a la producción nacional».

2) Fundándose en dichos criterios, la Comisión señala en primer lugar que los editores italianos no comercializan la prensa extranjera. La normativa colectiva de que se trata, al menos en el plano formal, sólo monopoliza la distribución y la venta en Italia de la prensa *nacional*, por tanto sólo es eficaz en el territorio de un Estado miembro. Observa, asimismo, que el acuerdo no

le fue notificado con arreglo al Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962.

Aun cuando afirma que no existe ningún acuerdo entre editores italianos y editores extranjeros y que estos últimos nunca se han quejado de la organización de la distribución de prensa en Italia, la Comisión reconoce, no obstante, que a menudo restricciones de la competencia de este tipo (es decir, que producen sus efectos exclusivamente en el comercio interior de un Estado miembro) *no pueden dejar de tener* un efecto, al menos indirecto, sobre el comercio entre Estados miembros. Por más que el «mercado afectado» debe entenderse en este caso como el de la prensa extranjera, es decir, la prensa originaria de países de la Comunidad y vendida en Italia, es igualmente cierto que el sistema de distribución de la prensa italiana a través de un circuito cerrado tiene repercusiones indiscutibles sobre la distribución de la prensa extranjera. En efecto, esta prensa sólo puede ser distribuida utilizando la red de distribución existente. De esta forma, aunque el acuerdo sólo se refiera formalmente a la prensa italiana que circula en Italia, tiene inevitablemente repercusiones en la distribución y la venta de la prensa extranjera en dicho país.

Por su parte, el propio Tribunal nacional había comprobado que esta organización interprofesional es aplicable tanto a la prensa nacional como a la prensa editada en los otros Estados miembros de la Comunidad y que permite a la federación italiana de editores de periódicos, en caso de aparición de nuevos puntos de venta «abusivos» imponer a los distribuidores la obligación de

no aumentar en ningún caso las cantidades de publicaciones habitualmente destinadas a la reventa.

La Comisión llega así a la conclusión de que el acuerdo de que se trata es un «clásico acuerdo de exclusiva recíproca en virtud del cual los productores se obligan a abastecer únicamente a determinados grupos de compradores quienes a su vez se obligan a abastecerse únicamente en los productores de que se trata». Este tipo de acuerdo tuvo por otra parte «el honor» de ser objeto de la primera Decisión de prohibición adoptada por la Comisión por aplicación del artículo 85 (Recomendación de 24 de julio de 1963, *Convention faïence*).

La Comisión examina a continuación si este acuerdo, que *afecta* al Comercio entre Estados miembros lo hace de modo *sensible*. Recuerda que, para concretar este concepto, notificó a las empresas con carácter indicativo, en su Comunicación de 27 de mayo de 1970 relativa a los acuerdos de importancia menor no sujetos a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE (DO C 64, p. 1), que la propia Comisión considera que «la prohibición establecida por el artículo 85 no se aplica a los acuerdos celebrados entre empresas cuando los productos contemplados por el acuerdo no representan, en la parte del mercado común en la que el acuerdo produce su efecto, más del 5 por ciento del volumen de negocios realizado y cuando el volumen de negocios anual total realizado por las empresas que participan en el acuerdo no excede de 15 millones de unidades de cuenta o, si se trata de acuerdos entre em-

presas de comercialización, *20 millones de unidades de cuenta*». Este texto fue sustituido por la Comunicación de la Comisión de 19 de diciembre de 1977 (DO C 313, p. 3) que, entre otras cosas, aumentó dicha cantidad a la de *50 millones de unidades de cuenta*.

Básandose en las estadísticas de que disponía en el mes de julio de 1980, la Comisión supone que la venta de periódicos extranjeros no representa apenas más del 7 % del volumen de negocios de la prensa italiana que, para el año 1978, se elevó a *1.109.000 millones de LIT*.

Me parece dudoso que las citadas comunicaciones de la Comisión puedan aplicarse pura y simplemente al presente caso, tanto más cuanto que ella misma se confiesa incapaz de afirmar si el acuerdo de que se trata sólo afecta al comercio entre Estados miembros de modo insignificante.

El Tribunal de Justicia instó a la parte demandante en el litigio principal y a la Comisión a facilitar en la vista la cifra de las importaciones en Italia desde 1972 a 1977 de periódicos y revistas procedentes de los otros Estados miembros, así como el volumen de negocios de los editores italianos de prensa en ese período. La Comisión afirmó que, como respuesta, desde 1972 a 1978, el volumen de negocios de los editores italianos y las importaciones en Italia de periódicos y revistas procedentes de los otros Estados miembros permanecieron, en valor constante, prácticamente estables en rela-

ción con las importaciones procedentes del resto del mundo.

Por mi parte observaré que lo que había de saberse sobre todo son las cifras que podría alcanzar la difusión de la prensa extranjera en Italia si dicho acuerdo no existiera, es decir, si «la interpenetración económica que el Tratado pretende» y si el «mercado único entre Estados» se hubieran alcanzado en este sector. Ahora bien, semejante investigación sólo puede emprenderla el órgano jurisdiccional nacional.

Por otra parte, el representante de la Sra. Giglio, demandada en el litigio principal, repitió en la fase oral —como ya lo había manifestado ante el Tribunal nacional— que el acuerdo de 23 de octubre de 1974, que vinculaba a la Federazione sindacale unitaria giornali y a la Federazione italiana editori giornali había dejado de estar en vigor a partir del 31 de octubre de 1976, a raíz de su denuncia por las organizaciones nacionales de vendedores de periódicos y que había sido sustituido, a partir del 15 de diciembre de 1976, por un nuevo acuerdo cuyo texto, al igual que le sucede al órgano jurisdiccional nacional, no conozco. El representante de la Sra. Giglio señaló además que este último acuerdo también había sido denunciado a partir del 31 de marzo de 1977. La Comisión ha precisado que un nuevo acuerdo, celebrado el 13 de marzo de 1980, entró en vigor el 1 de abril siguiente entre las organizaciones representativas de los editores y de los vendedores de periódicos. No dispongo del texto de este acuerdo, pero la Comisión afirma que ya no contiene las cláusulas restrictivas del acuerdo de

1974. Pero ignoro si el acuerdo de 1974 continuaba, de hecho, siendo aplicado en forma de práctica colusoria, al menos en Sicilia, en la época de los hechos del litigio.

Entiendo, pues, que el órgano jurisdiccional nacional debería comprobar previamente que, en el momento en que la Sra. Salonia solicitó ser abastecida, los titulares de los depósitos de distribución a los que se dirigió podían fundar su negativa en un acuerdo que continuaba en vigor. Suponiendo que así fuera, a dicho órgano jurisdiccional le correspondería reexaminar el asunto sobre la base de las estadísticas que ahora ha proporcionado a este Tribunal de Justicia la Comisión.

3) Por más que, teniendo en cuenta las observaciones orales de la Comisión, esta cuestión ya apenas presenta más que un interés teórico, queda por examinar la eventual aplicación del apartado 3 del artículo 85 y del Reglamento nº 67/67 de la Comisión, de 22 de marzo de 1967.

La Comisión observa que la cuestión de si el acuerdo controvertido puede ampararse en la excepción prevista por el apartado 3 del artículo 85 no se plantea, ya que nunca fue notificado. Formalmente, este punto de vista es acertado, pero, como el acuerdo sólo contemplaba —igualmente desde un punto de vista formal— la prensa italiana, cabe preguntarse si era necesario notificarlo.

La Comisión añade que «los criterios específicos de la distribución selectiva *no pueden ciertamente* servir como elemento de referencia para la simple reventa de periódicos y que *en cualquier caso*, el consumidor final *no puede ciertamente* obtener ventaja alguna en un sistema de este tipo». A mi parecer estas afirmaciones son de algún modo perentorias y sumarias. Prescinden por completo del problema de las cantidades almacenadas y de la devolución de invendidos, que constituyen para los editores la contrapartida del contrato de depósito que los vincula con los distribuidores.

En el supuesto de que el acuerdo cayera bajo la prohibición del apartado 1 del artículo 85, sin poder ampararse en su apartado 3, el órgano jurisdiccional nacional pregunta finalmente cuál sería el eventual alcance respecto a un acuerdo de este tipo del Reglamento nº 67/67 de la Comisión, que prevé la exención por categorías de acuerdos de exclusividad.

Este Tribunal de Justicia ha respondido ya con gran precisión a esta cuestión en la sentencia Cadillon, antes citada (Rec. 1971, p. 357), apartado 15: «se desprende del apartado 2 del artículo 7 de dicho Reglamento que tales acuerdos, en caso de que cayeran bajo la prohibición del apartado 1 del artículo 85, podrían ampararse en la exención por categorías, a pesar de no haber sido notificados a la Comisión, siempre que reúnan los requisitos específicos previstos por los artículos 1 a 3 del mismo Reglamento».

Sobre esta base, la aplicación del Reglamento n° 67/67 a un acuerdo del tipo del acuerdo de que se trata me parece totalmente fuera de cuestión. Por una parte, uno de los requisitos exigidos para que un acuerdo pueda ampararse en la exención por categorías prevista por este Reglamento y por el Reglamento del Consejo n° 19/65 es que haya sido celebrado entre dos empresas. Ahora bien, manifiestamente este requisito

no se cumple en el presente caso. Por otra parte, aunque se trata formalmente de un acuerdo en el que sólo participan empresas de un Estado miembro, afecta al comercio entre los Estados miembros. Es cierto, no obstante, que el Agente de la misma Comisión afirmó en la fase oral que este acuerdo no afectó sensiblemente en modo alguno a la distribución de la prensa comunitaria en Italia.

Como resumen, mi conclusión es que el Tribunal de Justicia declare que un acuerdo en el que sólo participen empresas de *un mismo* Estado miembro y que se refiere a la reventa de productos en el interior de *dicho* Estado puede afectar sensiblemente el comercio entre Estados miembros, en la medida en que las corrientes de intercambios entre los otros territorios del mercado común y el territorio del Estado miembro de que se trata podrían desarrollarse de modo distinto de como lo harían a falta de dicho acuerdo y en un sentido que podría perjudicar la realización de un mercado único entre los Estados miembros.