

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)
de 14 de julio de 1994 *

En el asunto T-66/92,

Herlitz AG, sociedad alemana, con domicilio social en Berlín, representada por el Sr. Kay Jacobsen y, durante la fase oral, por el Sr. Ulrich Quack, Abogados de Berlín, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e Marc Loesch, 11, rue Goethe,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por el Sr. Bernd-Langeheine, y después por el Sr. Berend-Jan Drijber, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, asistido este último por el Sr. H. J. Freund, Abogado de Frankfurt-am-Main, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georgios Kremliis, miembro de su Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: alemán.

que tiene por objeto que se anule la Decisión 92/426/CEE de la Comisión, de 15 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.725 — Viho/Parker Pen; DO L 233, p. 27),

**EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Primera),**

integrado por los Sres.: R. Schintgen, Presidente; R. García-Valdecasas, H. Kirschner, B. Vesterdorf y C. W. Bellamy, Jueces;

Secretario: Sr. H. Jung;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 3 de mayo de 1994;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos y procedimiento

- 1 Herlitz AG (en lo sucesivo, «Herlitz»), sociedad alemana, produce una amplia gama de artículos de oficina y de productos relacionados con dichos artículos y también distribuye productos de otros fabricantes, en particular, productos fabricados por Parker Pen Ltd.

- 2 Parker Pen Ltd (en lo sucesivo, «Parker»), sociedad inglesa, produce una amplia gama de estilográficas, bolígrafos y otros artículos similares que vende en todos los países de Europa en los que está representada bien por filiales, bien por distribuidores independientes.

- 3 Viho Europe BV (en lo sucesivo, «Viho»), sociedad neerlandesa, importa y exporta artículos de oficina y material de reproducción, en particular, en los Estados miembros.

- 4 En 1986, Parker y Herlitz celebraron un acuerdo de distribución, firmado el 29 de julio por Parker y el 18 de agosto por Herlitz, cuyo punto 7 reza como sigue: «7. Herlitz wird Parker-Artikel ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland vertreiben. Jeglicher Vertrieb über die Landesgrenzen hinaus ist Herlitz untersagt bzw. nur mit schriftlicher Erlaubnis durch Parker gestattet.» («Herlitz distribuirá los artículos de Parker exclusivamente en la República Federal de Alemania. Queda prohibida toda distribución más allá de las fronteras nacionales, salvo con el consentimiento escrito de Parker.»)

- 5 El 19 de mayo de 1988, Viho formuló una denuncia, con arreglo al Reglamento n° 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 n° 17»), contra Parker, en la que acusaba a esta última de prohibir la exportación de sus productos por sus distribuidores, de repartir el mercado común en mercados nacionales de los Estados miembros y de mantener en los mercados nacionales precios artificialmente elevados para sus productos.

- 6 Como respuesta a un pedido de productos Parker que Viho le había enviado el 20 de abril de 1989, Herlitz GmbH & Co KG, filial alemana controlada al 100 % por Herlitz, respondió mediante fax de 24 de abril de 1989: «Lamentamos tener que comunicarles que no estamos autorizados a exportar ninguno de los productos arriba mencionados. Sentimos no poder darles una respuesta positiva.»

- 7 Viho respondió el mismo día al director de exportaciones de Herlitz en los términos siguientes: «Si hemos comprendido bien su fax, Herlitz GmbH no está autorizada por los productores, distribuidores de productos que no son productos Herlitz, a exportar dichos productos a ningún otro país, no porque Herlitz no desee exportar, sino únicamente porque Herlitz se encuentra vinculada a dichas restricciones por otros. Si hemos comprendido bien lo anterior, sírvanse confirmárnoslo mediante télex o fax. Si no es así, les rogamos nos proporcionen otras explicaciones.»
- 8 Mediante fax de 25 de abril de 1989, el director de exportaciones de Herlitz respondió a Viho: «Herlitz fabrica ella misma aproximadamente el 80 % de los productos que vende. Del 20 % que es fabricado por otras empresas, podemos vender una parte al extranjero, pero no los que ustedes piden. La mayor parte de los suministradores europeos de productos de marca tienen acuerdos de venta exclusiva en cada país y, por consiguiente, prohíben la exportación de un producto particular destinado a un país en el que ya tienen un acuerdo. No es que no queramos, pero estamos vinculados por un contrato. Confiamos en su comprensión.»
- 9 Durante una inspección realizada los días 19 y 20 de septiembre de 1989 en la empresa Herlitz, los funcionarios de la Comisión encontraron el texto de un acuerdo de distribución celebrado en 1986.
- 10 El 28 de septiembre de 1989, Parker informó a Herlitz que el punto 7 de dicho contrato quedaba suprimido y, el 18 de diciembre de 1989, Parker envió a Herlitz un proyecto modificado del contrato que regulaba la colaboración entre ellas, explicando que por razones jurídicas eran necesarias una serie de modificaciones.

- 11 El 12 de febrero de 1991, la Comisión dirigió a Herlitz un pliego de cargos.

- 12 El 22 de mayo de 1991, Viho formuló una nueva denuncia contra Parker, registrada en la Comisión el 29 de mayo de 1991, en la que alegaba que la política de distribución aplicada por Parker, consistente en obligar a sus filiales a limitar la distribución de los productos Parker a las zonas territoriales asignadas, constituía una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Mediante decisión de 30 de septiembre de 1992, la Comisión desestimó dicha denuncia.

- 13 A raíz de las observaciones formuladas por Herlitz el 3 de abril de 1991 en respuesta al pliego de cargos, se celebró una audiencia en Bruselas el 4 de junio de 1991, sobre la cual Herlitz además definió su postura el 13 de junio de 1991.

- 14 El 15 de julio de 1992 la Comisión adoptó la Decisión 92/426/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.725 — Viho/Parker Pen; DO L 233, p. 27), cuya parte dispositiva es del tenor siguiente:

«Artículo 1

Parker Pen Ltd y Herlitz AG han infringido el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE al incluir una prohibición de exportación en un acuerdo celebrado entre ambas partes.

Artículo 2

A las empresas que figuran a continuación se les imponen las siguientes multas:

— A Parker Pen Ltd, una multa de 700.000 (setecientos mil) ECU.

— A Herlitz AG, una multa de 40.000 (cuarenta mil) ECU.

(Omissis)

Artículo 3

Parker Pen Ltd se abstendrá de adoptar medidas que tengan la misma finalidad o el mismo efecto que las infracciones del Tratado que han sido comprobadas.»

¹⁵ En estas circunstancias, Herlitz, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 16 de septiembre de 1992, interpuso el presente recurso.

¹⁶ Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba.

- 17 En la vista de 3 de mayo de 1994 se oyeron los informes orales de las partes, así como sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

Pretensiones

- 18 La demandante Herlitz solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión de la Comisión de 15 de julio de 1992, en el asunto IV/32.725 (Viho/Parker Pen), en la medida en que afecta a la demandante.

- 19 La demandada solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

1) Desestime el recurso.

2) Condene en costas a la demandante.

- 20 Durante la vista, el representante de la demandante solicitó que se condenara en costas a la demandada. La demandada se opuso a esta pretensión.

Sobre el fondo

- 21 Herlitz invoca dos motivos en apoyo de su recurso. El primer motivo se basa en la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. El segundo motivo se basa en la infracción del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17.

Sobre el motivo basado en la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado

- 22 El motivo basado en la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado se articula en dos partes. En primer lugar, la demandante alega el destino específico que ella reserva a los productos Parker para rechazar que el acuerdo haya tenido un objeto contrario a la competencia. En segundo lugar, mantiene que, de hecho, no aplicó nunca la prohibición contenida en el acuerdo.

En cuanto al carácter contrario a la competencia del objeto del acuerdo

— Exposición sucinta de las principales alegaciones de las partes

- 23 La demandante alega que cuando compra productos Parker no actúa como mayorista en el sentido clásico del término. Explica que se limita a abastecer sus propios establecimientos al por menor, que giran bajo el nombre comercial Mc Paper, así como las superficies de venta puestas a su disposición por los grandes almacenes, los autoservicios y las demás superficies comerciales, de una gama completa de artículos de escritorio que cubren el conjunto de las necesidades que pueden existir en el consumidor final. Por tanto, únicamente compra a otros fabricantes los productos que le faltan, como los productos Parker, con el fin de completar la gama de sus propios productos. La demandante insiste en que nunca tuvo la intención de comerciar con dichos artículos. Subraya que no se limita a entregar a los establecimientos a los que abastece mercancías que se prestan a la venta en autoservicio,

sino que les ofrece un conjunto de servicios, consistentes en decorar y amueblar las superficies de venta puestas a su disposición para los artículos de escritorio (sistema llamado «shop within the shop»). Añade que, como algunos grandes almacenes o grandes superficies comerciales de que se trata, también han abierto sucursales en los países vecinos, ella los «siguió» para explotar, siguiendo el mismo modelo que el practicado en Alemania, los espacios de venta que fueron puestos a su disposición. Fue en este contexto en el que exportó a dichos países productos Parker, así como otros productos de marcas llamadas «invitadas». La demandante propone demostrar mediante prueba testifical la naturaleza y la amplitud de su actividad comercial.

24 De ello se deduce, según la demandante, que la cláusula que prohíbe la exportación de un producto Parker no tenía ningún interés para ella. En efecto, no tuvo ningún interés en impedir las importaciones paralelas mediante tal cláusula, dado que sólo adquirió los productos Parker con el fin de completar su gama de artículos de escritorio para las necesidades de su propia actividad.

25 En la vista, el representante de la demandante añadió que, aun suponiendo que la prohibición de exportar que figura en el acuerdo celebrado entre Parker y Herlitz haya podido impedir que esta última incluyera, en caso de exportación, productos Parker en el surtido global de artículos de escritorio que propone para la venta, en todo caso la cláusula controvertida no ha surtido efectos prácticos, ya que el surtido comercializado por Herlitz sólo se destinaba a clientela de lengua alemana. Por otra parte, la demandante sirvió productos Parker en Austria y Suiza. Respondiendo a una pregunta del Tribunal de Primera Instancia, el representante de la demandante confirmó que Herlitz también llevó a cabo tales exportaciones a Francia, pero únicamente en forma de su surtido global.

26 En primer lugar, la Comisión destaca que Herlitz no discute haber celebrado con Parker un acuerdo por escrito que contenía una prohibición de exportar.

- 27 A continuación, la demandada observa que la certificación en extracto del Registro Mercantil aportado por la demandante a los autos pone de manifiesto que sus actividades son la fabricación y la comercialización de productos resultantes de la transformación de papel, de madera y de materias plásticas de todas clases, en particular, artículos de papelería, material de oficina y escolar. De ello concluye que las actividades comerciales de Herlitz incluyen, en principio, el comercio al por mayor, es decir, la venta a compradores distintos del consumidor final, y que Herlitz también puede ejercer dicha actividad en otros Estados miembros. Sostiene que, en la medida en que la cláusula de prohibición de exportar restringió la libertad de acción competitiva de la demandante, carece de interés saber si, y en qué medida, Herlitz ejerció efectivamente tal actividad, o si tenía la intención de ejercerla.
- 28 Aun admitiendo que, en determinadas circunstancias, pueda ser exacto que Herlitz no actúa en calidad de mayorista y que vende directamente al consumidor final, la demandada estima, no obstante, que éste no es el caso por lo que respecta a las entregas efectuadas a los grandes almacenes y a los autoservicios. En efecto, las ventas al consumidor final no se efectúan en nombre y por cuenta de Herlitz, sino en nombre y por cuenta de los grandes almacenes o de los autoservicios, que serían entonces ellos mismos adquirentes de los productos de que se trata. De ello se desprende, según la Comisión, que Herlitz sí que comercializa artículos Parker y ejerce una actividad típica de mayorista al vender a los grandes almacenes y a los autoservicios.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 29 Procede recordar, con carácter liminar, que consta en el caso de autos que la demandante celebró en 1986 un acuerdo con Parker que contenía una cláusula de prohibición de exportar. Pues bien, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia resulta que «por su propia naturaleza una cláusula de prohibición de exportación constituye una restricción de la competencia, ya sea estipulada a iniciativa del proveedor o de su cliente, pues el objetivo sobre el que recayó el acuerdo era intentar aislar una parte del mercado» (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión, 19/77, Rec. p. 131, apartado 7, y la reciente sentencia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y

otros/Comisión, denominada «Pasta de madera», asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 176).

- 30 En cuanto a la supuesta falta de interés que la cláusula controvertida tenía para las partes de que se trata, circunstancia alegada por Herlitz para eludir la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia hace constar que el hecho de que la cláusula de prohibición de exportación figurara en el acuerdo controvertido tenía para Parker el interés de restringir al territorio alemán la distribución de sus productos según el modelo de comercialización aplicado por Herlitz. Dado que una cláusula debe interpretarse en función de los intereses y de las intenciones de todas las partes contratantes, es preciso declarar, en el caso de autos, que la cláusula de prohibición de exportación, lejos de haber sido superflua, constituyó un elemento importante de las obligaciones mutuas asumidas por las dos partes contratantes. En estas circunstancias, no es necesario examinar las pruebas propuestas por la demandante acerca de la naturaleza y de la amplitud de su actividad comercial.
- 31 Por otra parte, la alegación de la demandante, según la cual su comportamiento no puede haber afectado al comercio intracomunitario ya que el surtido global que comercializa y del que forman parte los productos Parker sólo puede interesar a una clientela restringida en los Estados miembros que no son de lengua alemana, queda desmentida por el hecho, reconocido por ella misma, de que efectuó dichas exportaciones a Francia.
- 32 Procede añadir que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, que se refiere al comercio entre los Estados miembros, debe recibir una interpretación extensiva y contempla toda forma de actividad económica. En efecto, se refiere tanto al sector de la producción como al de la distribución y de las prestaciones de servicios, lo que además se desprende claramente de la mención de los diferentes tipos de prácticas colusorias prohibidas con arreglo a la letras b), c) y d) del apartado 1 del artículo 85.

- 33 Ahora bien, en el caso de autos, Herlitz no puede negar que ha ejercido una actividad económica, ya que ha importado y vendido productos de Parker. Por tanto, ha comercializado tanto productos fabricados por ella como productos fabricados por otros productores. El hecho de que Herlitz, en parte, ofrezca un conjunto de servicios consistentes en decorar y amueblar ella misma las superficies de venta puestas a su disposición para los artículos de escritorio y, en parte, efectúe ventas al por menor, no impide que se trate de una actividad económica comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado.
- 34 En todo caso, las alegaciones basadas en la situación actual, aunque resultaren ciertas, no podrían bastar para demostrar que las cláusulas de prohibición de exportación no pueden afectar al comercio entre Estados miembros. En efecto, dicha situación puede cambiar de año en año en función de modificaciones en las condiciones o en la composición del mercado, tanto en el mercado común en su conjunto, como en los distintos mercados nacionales (véase la citada sentencia Miller/Comisión, apartado 14).

En lo que se refiere a la aplicación de la cláusula controvertida

— Exposición sucinta de las principales alegaciones de las partes.

- 35 La demandante recuerda, en primer lugar, que la cláusula controvertida revestía para ella un interés tan insignificante que la aceptó simplemente, sin concederle ningún significado particular.
- 36 A continuación, la demandante sostiene que utilizó la cláusula como escapatoria para motivar cortésmente la negativa a servir el pedido a Viho, cosa que propuso

probar, en la fase de réplica, mediante la declaración testifical de su empleada, la Sra. A. Admite que sin duda la respuesta fue estúpida, ya que cualquier persona con un mínimo de experiencia hubiera podido entrever la intención subyacente en la petición de Viho, a saber, reunir elementos en apoyo de su denuncia.

- 37 Por lo que se refiere a Parker, la demandante alega que, evidentemente, los órganos responsables de Parker, no desearon ni exigieron la inserción de la cláusula de prohibición de exportación, de la que, según ella, no tuvieron conocimiento hasta que se produjeron los hechos que originaron el presente litigio. Tras ello, las partes se confirmaron mutuamente que la cláusula debía considerarse nula.
- 38 La Comisión estima que el mero hecho de que Herlitz invocara la prohibición de exportar basta para subrayar la importancia que concedió a la cláusula y confirma que ésta fue, de hecho, aplicada. Considera que la negativa de Herlitz a servir el pedido de Viho, suponiendo que estuviera motivada en realidad por la negativa de Herlitz a abastecer a los mayoristas, hubiera podido justificarse de otra manera y no remitiéndose a la cláusula que prohibía la exportación.
- 39 Por otra parte, la Comisión considera que las circunstancias en las que la cláusula controvertida fue insertada en el acuerdo carecen de pertinencia. También considera como no pertinente la alegación según la cual la cláusula no produjo ningún efecto en la medida en que ni se aplicó ni se ejecutó. Recuerda que, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el hecho de que las exportaciones nunca se vieran frenadas no basta para excluir del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado una prohibición clara de exportar (sentencia de 21 de febrero de 1984, Hasselblad/Comisión, 86/82, Rec. p. 883, apartado 46). Además, la Comisión destaca que Herlitz no discute que la cláusula que prohibía las exportaciones se aplicó, al menos, en perjuicio de Viho.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 40 En primer lugar, procede recordar que el hecho de que una cláusula de prohibición de exportación, que por su misma naturaleza constituye una restricción de la competencia, no haya sido aplicada por el distribuidor no puede demostrar que haya quedado sin efecto, ya que su existencia puede crear, según la sentencia Miller/Comisión (antes citada, apartado 7), un clima «óptico y psicológico» que contribuye a un reparto del mercado y que, por tanto, el hecho de que una cláusula que tiene por objeto restringir la competencia no haya sido aplicada por las partes contratantes no basta para excluirla de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (véanse las sentencias Hasselblad/Comisión, antes citada, apartado 46, y la reciente Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, antes citada, apartado 175).
- 41 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia declara que la afirmación de la demandante, según la cual su empleada, la Sra. A., sólo utilizó la cláusula como el «medio más simple para negarse educadamente» no puede aceptarse, ya que la demandante no propuso probar dichos hechos mediante la declaración testifical de la Sra. A. hasta la fase de la réplica, sin motivar el retraso producido en proponerla, de conformidad con el apartado 1 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento.
- 42 Por otra parte, procede hacer constar que Herlitz justificó, efectivamente, la negativa a servir el pedido de Viho basándose en la cláusula controvertida, lo que prueba de modo suficiente en Derecho que la demandante invocó la fuerza de dicha cláusula en apoyo de su negativa, y los móviles que hayan podido animar a su empleada al respecto carecen de pertinencia. Por consiguiente, no procede escuchar al respecto la declaración testifical de la Sra. A. propuesta por Herlitz.
- 43 Del conjunto de dichas consideraciones se desprende que el motivo basado en la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado debe desestimarse.

Sobre el motivo basado en la infracción de la letra a) del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17

- 4 La demandante sostiene esencialmente que no se proponía ningún objetivo particular mediante dicha cláusula y que no tenía en absoluto la intención de impedir cualesquiera importaciones paralelas.

- 45 El Tribunal de Primera Instancia estima, en primer lugar, que la alegación de la demandante según la cual la cláusula controvertida fue insertada en el contrato sin intención especial carece de pertinencia. En efecto, para que una infracción de las normas sobre la competencia del Tratado pueda considerarse deliberadamente cometida, no es necesario que la empresa haya tenido conciencia de infringir una prohibición establecida por dichas normas, sino que basta que haya sido consciente de que la conducta inculpada tenía por objeto restringir la competencia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartado 45).

- 46 A continuación, el Tribunal de Primera Instancia declara que, en el caso de autos, Herlitz, a la luz del texto claro e inequívoco de la cláusula controvertida, no pudo equivocarse respecto a su alcance. Debe considerarse que la parte demandante, consciente de que la cláusula controvertida tenía por objeto restringir, incluso prohibir las exportaciones y, así, compartimentar el mercado, ha actuado deliberadamente.

- 47 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia estima que la multa impuesta es adecuada en relación con la infracción detectada.

- 48 De lo anterior se desprende, y sin que sea necesario considerar las proposiciones de prueba formuladas por la demandante, que el recurso debe desestimarse.

Costas

- 49 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la demandante, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a la demandante.

Schintgen

García-Valdecasas

Kirschner

Vesterdorf

Bellamy

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 14 de julio de 1994.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

R. Schintgen