

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta)  
de 23 de octubre de 2003 \*

En el asunto T-65/98,

**Van den Bergh Foods Ltd**, antiguamente HB Ice Cream Ltd, con domicilio social en Dublín (Irlanda), representada por los Sres. M. Nicholson y M. Rowe, Solicitors, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada por los Sres. W. Wils y A. Whelan, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

\* Lengua de procedimiento: inglés.

apoyada por

Masterfoods Ltd, con domicilio social en Dublín, representada por el Sr. P.G.H. Collins, Solicitor, que designa domicilio en Luxemburgo,

y por

Richmond Frozen Confectionery Ltd, antiguamente Treats Frozen Confectionery Ltd, con domicilio social en Northallerton (Reino Unido), representada por el Sr. I.S. Forrester, QC, que designa domicilio en Luxemburgo,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 98/531/CE de la Comisión, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (casos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (DO L 246, p. 1),

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

integrado por el Sr. R. García-Valdecasas, Presidente, la Sra. P. Lindh y el Sr. J.D. Cooke, Jueces;

Secretario: Sr. J. Plingers, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 3 de octubre de 2002;

dicta la siguiente

## Sentencia

### Antecedentes de hecho del litigio

- 1 El presente recurso tiene por objeto la anulación de la Decisión 98/531/CE de la Comisión, de 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (casos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (DO L 246, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).
- 2 Van den Bergh Foods Ltd (en lo sucesivo, «HB»), filial propiedad al 100 % del grupo Unilever, es el principal fabricante de helados alimentarios en Irlanda, en particular de helados individuales con envoltorio y de consumo impulsivo. Desde hace varios años, HB suministra a los minoristas de helados, de «forma gratuita» o a cambio de un alquiler insignificante, arcones congeladores de los que se reserva la propiedad, con la condición de que se utilicen exclusivamente para los helados fabricados por HB (en lo sucesivo, «cláusula de exclusiva»). En las estipulaciones del contrato tipo relativo a los arcones congeladores consta que cualquiera de las partes puede resolver en todo momento dicho contrato con un preaviso de dos meses. HB corre con los gastos del mantenimiento de sus arcones congeladores, salvo en caso de negligencia por parte del minorista.
- 3 Masterfoods Ltd (en lo sucesivo, «Mars»), una filial de la sociedad americana Mars Inc., se introdujo en el mercado irlandés de helados alimentarios en 1989.

- 4 A partir del verano de 1989, gran número de minoristas a los que HB había proporcionado arcones congeladores empezaron a conservar y a exponer en ellos los productos de Mars, lo que indujo a HB a exigir el cumplimiento de la cláusula de exclusiva.
- 5 En marzo de 1990, Mars interpuso un recurso ante la High Court (Irlanda) con objeto de que se declarara que la cláusula de exclusiva era nula con arreglo al Derecho interno y a los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE). HB interpuso otro recurso con el fin de que se prohibiera a Mars que incitase a los minoristas a incumplir la cláusula de exclusiva.
- 6 En abril de 1990, la High Court dictó un auto de medidas cautelares favorable a HB.
- 7 El 28 de mayo de 1992, la High Court se pronunció sobre el fondo de los recursos presentados respectivamente por Mars y HB. Desestimó el recurso de Mars y dictó, en favor de HB, un auto por el que prohibía a Mars que incitara a los minoristas a conservar sus productos en arcones congeladores que pertenecieran a HB.
- 8 Contra dicha resolución interpuso Mars un recurso de casación ante la Supreme Court (Irlanda) el 4 de septiembre de 1992. Dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales (véase el apartado 30 *infra*), que fueron objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, Masterfoods y HB (C-344/98, Rec. p. I-11369). En la fecha de la presente sentencia, todavía sigue pendiente el procedimiento ante la Supreme Court.
- 9 Paralelamente a los mencionados procedimientos ante los tribunales irlandeses, Mars presentó, el 18 de septiembre de 1991, una denuncia contra HB ante la Comisión, con arreglo al 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). Dicha denuncia se refería al suministro de arcones congeladores de HB a un gran número de minoristas, que debían utilizarlos exclusivamente para los productos de dicha marca.

- 10 El 22 de julio de 1992, Valley Ice Cream (Ireland) Ltd presentó asimismo ante la Comisión una denuncia contra HB.
  
- 11 El 29 de julio de 1993, en el pliego de cargos remitido a HB, la Comisión consideró que el sistema de distribución de aquella sociedad infringía los artículos 85 y 86 del Tratado (en lo sucesivo, «pliego de cargos de 1993»).
  
- 12 A raíz de varias entrevistas con la Comisión, HB, al tiempo que cuestionaba el punto de vista de dicha institución, propuso una serie de modificaciones, concretamente en lo relativo a su sistema de distribución, con el fin de obtener una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado. El 8 de marzo de 1995, dichas modificaciones fueron notificadas a la Comisión, la cual, en un comunicado de prensa de 10 de marzo de 1995, estimó que a primera vista podrían permitir a HB obtener una exención. El 15 de agosto de 1995, se publicó, conforme al artículo 19, apartado 3, del Reglamento n° 17, una comunicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DO C 211, p. 4).
  
- 13 El 22 de enero de 1997, al estimar que las modificaciones no habían dado el fruto esperado en cuanto al libre acceso a los puntos de venta, la Comisión dirigió a HB un nuevo pliego de cargos (en lo sucesivo, «pliego de cargos de 1997»). HB manifestó su posición sobre los cargos imputados.

- 14 El 11 de marzo de 1998, la Comisión adoptó la Decisión impugnada.

### Decisión impugnada

- 15 En la Decisión impugnada, la Comisión considera que los acuerdos de distribución de HB que contienen la cláusula de exclusiva no resultan compatibles con los artículos 85 y 86 del Tratado. La Comisión define el mercado de productos de referencia como el de los helados individuales con envoltorio y de consumo impulsivo y el mercado geográfico de referencia como el constituido por Irlanda (considerandos 138 y 140). La Comisión afirma que la posición de HB en el mercado de referencia es especialmente fuerte, como queda demostrado, entre otras cosas, por su cuota de mercado durante muchos años (véase el apartado 21 *infra*). Esta posición de fuerza resulta aún más patente si se observa el grado de distribución, tanto ponderada (94 %) como numérica (79 %), de los productos de HB de que se trata durante los meses de agosto y de septiembre de 1995, o la notoriedad de su marca y la amplitud y popularidad de su gama de productos. Además, la posición de HB en dicho mercado se ve aún más reforzada por la fuerte posición de Unilever, no sólo en los demás mercados de helados de Irlanda (consumo a domicilio y hostelería), sino también en los mercados internacionales de helados y en los mercados de alimentos congelados y de bienes de consumo en general (considerando 141).
- 16 La Comisión indica que el conjunto de acuerdos de distribución de HB relativos a arcones congeladores instalados en los puntos de venta tienen como efecto restringir la capacidad de los minoristas contratantes para almacenar y vender en sus establecimientos productos de consumo impulsivo de otros fabricantes siempre que los únicos arcones de que disponga el punto de venta sean los suministrados por HB, toda vez que es escasa la probabilidad de que se sustituya el arcón de HB por otro, y no resulta económicamente viable dedicar más espacio a la instalación de un arcón suplementario. La Comisión estima que esta limitación impide a otros fabricantes vender sus productos a estos puntos de venta, restringiendo así la competencia entre proveedores en el mercado de referencia (considerando 143). La Comisión afirma que no consideró el efecto restrictivo de cada uno de los acuerdos de exclusiva, sino que se tuvieron en cuenta las consecuencias de toda la categoría de acuerdos que reúnen las

condiciones expuestas y constituyen por ello una parte identificable de la red de suministro de arcones congeladores de HB en su conjunto. Según la Comisión, la valoración del efecto restrictivo de esta parte de la red de HB se aplica igualmente a cada uno de los acuerdos que la conforman. Este efecto restrictivo se evaluó con referencia al efecto que tienen todas las redes de acuerdos sobre arcones congeladores establecidas por el resto de los proveedores de helados del mercado de referencia, y teniendo en cuenta todas las demás condiciones del mercado (considerandos 144 y 145).

- 17 La Comisión cuantificó luego los efectos restrictivos de los acuerdos de distribución de HB a fin de demostrar su amplitud. A este respecto, indicó que los efectos restrictivos de las redes de acuerdos sobre arcones sujetos a exclusiva obedece las inevitables limitaciones espaciales de que adolecen los puntos de venta. El número medio de arcones ubicados en puntos de venta se ha calculado en 1,5 en un estudio de mercado realizado en 1996 por Lansdowne Market Research Ltd (en lo sucesivo, «estudio de Lansdowne»), mientras que los minoristas estiman que el número óptimo de congeladores que pueden tenerse en un punto de venta en el punto álgido de la estación es del orden de 1,57 (considerando 147).
- 18 La Comisión afirma que, en Irlanda, sólo una pequeña proporción de minoristas, a saber, el 17 % según el estudio de Lansdowne, tiene instalados arcones no sujetos a una condición de exclusiva. La Comisión añade que las tiendas de estos minoristas pueden denominarse puntos de venta «abiertos», en el sentido de que los minoristas tienen plena libertad para almacenar helados de consumo impulsivo de cualquier proveedor (considerando 148). En lo que atañe a los restantes puntos de venta en los que los proveedores han instalado arcones, a saber, el 83 % según el estudio de Lansdowne, la Comisión estima que los demás proveedores no pueden vender directamente en ellos sus productos sin vencer previamente importantes obstáculos. La Comisión argumenta que, «de esta manera, estos puntos de venta están cerrados al acceso de nuevos proveedores» y que, «aunque esta compartimentación no es absoluta, en el sentido de que no se impide contractualmente al minorista vender productos de otros proveedores, estas tiendas pueden denominarse “cerradas” en tanto en cuanto el acceso a ellas es muy difícil para los proveedores de la competencia» (considerando 149).

- 19 La Comisión afirma que, en un 40 % aproximadamente de todos los puntos de venta en Irlanda, los únicos arcones presentes para el almacenamiento de helados de consumo impulsivo han sido suministrados por HB (considerando 156). La Comisión indica que «si un proveedor desea vender productos de heladería de consumo impulsivo a través de una tienda de minorista (es decir, un proveedor nuevo para un punto de venta) en la cual haya al menos un arcón sujeto a exclusividad, sólo podrá hacerlo si en la tienda hay además un arcón no sujeto a exclusividad [...] o si consigue convencer al minorista, bien de sustituir un arcón sujeto a exclusividad, bien de que instale otro arcón junto al anterior» (considerando 157). Basándose en el estudio de Lansdowne, la Comisión estima (considerandos 158 a 183) que es poco probable que los minoristas adopten una de esas dos medidas si tienen uno o varios arcones suministrados por HB y llega a la conclusión de que el 40 % de los puntos de venta en cuestión están de hecho vinculados a HB (considerando 184). La Comisión considera que, en consecuencia, se niega a los demás proveedores el acceso a estos puntos de venta, con infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 20 En la Decisión impugnada se declara asimismo que los acuerdos que contienen la cláusula de exclusiva no pueden quedar exentos en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado puesto que no contribuyen a mejorar la distribución de los productos (considerandos 222 a 238), no reservan a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante (considerandos 239 y 240), no son indispensables para conseguir los beneficios invocados (considerando 241) y ofrecen a HB la posibilidad de eliminar en gran parte la competencia en el mercado de referencia (considerandos 242 a 246).
- 21 En cuanto a la aplicación del artículo 86 del Tratado, la Comisión considera que HB ocupa una posición dominante en el mercado de referencia, especialmente porque durante mucho tiempo poseyó una cuota en volumen y en valor superior al 75 % de dicho mercado (considerandos 259 y 261).
- 22 La Comisión estima que «HB abusa de su posición dominante en el mercado de referencia, vulnerando el artículo 86, al inducir a los minoristas [...] que no tienen uno o más arcones propios o cedidos por otro fabricante de helados a concluir

acuerdos sobre arcones que contienen una cláusula de exclusividad, proponiéndoles el suministro y mantenimiento de los arcones sin costes directos para el minorista» (considerando 263).

23 Mediante la Decisión impugnada la Comisión:

- Declara que la cláusula de exclusiva contenida en los acuerdos de suministro de arcones concluidos entre HB y varios minoristas de Irlanda, para la instalación de arcones en puntos de venta que sólo cuentan con uno o más arcones suministrados por HB para el almacenamiento de helados individuales con envoltorio y de consumo impulsivo, y que no tienen un arcón propio o suministrado por otro fabricante de helados distinto de HB, constituye una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado (artículo 1 de la parte dispositiva).
  
- Deniega la solicitud de exención presentada por HB con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado respecto de la cláusula de exclusiva citada en el artículo 1 (artículo 2 de la parte dispositiva).
  
- Declara que el hecho de que HB haya inducido a los minoristas de Irlanda que no disponían de uno o varios arcones propios o cedidos por un fabricante de helados distinto de HB a concluir acuerdos de suministro de arcones supeditándolos a una cláusula de exclusiva y proponiendo el suministro y mantenimiento de uno o varios arcones para el almacenamiento de helados individuales con envoltorio y de consumo impulsivo sin coste directo alguno, constituye una infracción del artículo 86 del Tratado (artículo 3 de la parte dispositiva).

- Requiere a HB para que cese inmediatamente en la comisión de las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 3 y se abstenga de tomar medida alguna que pudiera tener el mismo objeto o efecto (artículo 4 de la parte dispositiva).
  
- Requiere a HB para que, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la Decisión impugnada, informe a los minoristas con los que tiene acuerdos que conculquen el artículo 85, apartado 1, del Tratado, como se expone en el artículo 1, del contenido completo de los artículos 1 y 3, y les notifique la nulidad de las cláusulas de exclusiva en cuestión (artículo 5 de la parte dispositiva).

### Procedimiento y pretensiones de las partes

- <sup>24</sup> Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 21 de abril de 1998, HB interpuso, con arreglo al artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, párrafo cuarto, tras su modificación), un recurso de anulación de la Decisión impugnada.
- <sup>25</sup> Mediante escrito separado registrado en la Secretaría aquel mismo día, HB presentó asimismo, con arreglo al artículo 185 del Tratado CE (actualmente artículo 242 CE), una demanda de suspensión de la ejecución de dicha Decisión hasta que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre el fondo.
- <sup>26</sup> Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia los días 29 de abril y 8 de mayo de 1998, respectivamente, Mars y Treats Frozen Confectionery Ltd, sociedad esta última que durante la sustanciación del proceso se convirtió en Richmond Frozen Confectionery Ltd (en lo sucesivo, «Richmond»), solicitaron intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

- 27 Las demandas de intervención fueron notificadas a las partes en el litigio principal, de conformidad con el artículo 116, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.
- 28 Mediante fax recibido en la Secretaría el 13 de mayo de 1998, HB declaró que no tenía objeción alguna contra la demanda de intervención de Mars, pero se opuso, en cambio, a la intervención de Richmond por considerar que ésta no tenía un interés suficiente en la solución del litigio. HB pidió que a las partes que solicitaban la intervención únicamente se les comunicara una versión expurgada de su demanda y de la Decisión impugnada. A tal fin, HB enumeró aquellos datos que revestían, a su juicio, carácter secreto o confidencial.
- 29 Mediante escritos separados presentados en la Secretaría el 14 de mayo de 1998, la Comisión declaró que no se oponía a las dos demandas de intervención. En lo relativo a la solicitud de trato confidencial presentada por la demandante, la Comisión expresó algunas reservas el 18 de mayo de 1998.
- 30 Mediante resolución de 16 de junio de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de septiembre siguiente, la Supreme Court planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 85, 86 y 222 del Tratado CE (actualmente artículo 295 CE). Este asunto fue registrado con el número C-344/98.
- 31 Mediante auto de 7 de julio de 1998, Van den Bergh Foods/Comisión (T-65/98 R, Rec. p. II-2641), el Presidente del Tribunal de Primera Instancia suspendió la ejecución de la Decisión impugnada hasta que este Tribunal dicte la sentencia que ponga fin al procedimiento en el presente asunto y resolvió reservar la decisión sobre las costas.

- 32 Mediante auto del Presidente de la Sala Quinta del Tribunal de Primera Instancia, de 2 de marzo de 1999, se admitió la intervención de Mars y de Richmond en el caso de autos en apoyo de las pretensiones de la Comisión. En ese mismo auto se accedió parcialmente a las solicitudes de trato confidencial presentadas por HB. Se dio traslado a las partes coadyuvantes de una versión no confidencial de los escritos procesales.
- 33 Mediante auto de 28 de abril de 1999, el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal de Primera Instancia, con arreglo al artículo 47, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, suspendió el procedimiento en el presente asunto hasta que el Tribunal de Justicia dictara sentencia en el asunto C-344/98.
- 34 El 14 de diciembre de 2000, el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Masterfoods y HB, antes citada. Mediante escritos de la Secretaría de 1 de febrero de 2001, se requirió a las partes para que formularan sus observaciones sobre las consecuencias de dicha sentencia para el caso de autos. La Comisión y HB presentaron sus observaciones en la Secretaría los días 15 y 27 de febrero de 2001, respectivamente. El 13 de marzo de 2001, Mars presentó en la Secretaría su escrito de formalización de la intervención en el presente asunto, incluyendo en el mismo observaciones sobre las consecuencias que procedía deducir de la sentencia del Tribunal de Justicia. Richmond renunció a presentar su escrito de formalización de la intervención.
- 35 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) decidió iniciar la fase oral del procedimiento.
- 36 En la vista de 3 de octubre de 2002 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

37 HB solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule la Decisión impugnada en su totalidad.
  
- Con carácter subsidiario, anule los pasajes de la Decisión impugnada que el Tribunal de Primera Instancia considere irregulares o infundados.
  
- Condene en costas a la Comisión.

38 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso por infundado.
  
- Condene en costas a HB.

39 Mars solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso por infundado.

— Condene a HB a cargar con las costas de Mars.

40 En la vista, Richmond solicitó al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a HB.

## Fundamentos de Derecho

41 Para fundamentar sus pretensiones de anulación, HB invoca siete motivos, basados, en primer lugar, en errores manifiestos de apreciación de los hechos que dieron lugar a errores de Derecho; en segundo lugar, en la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado; en tercer lugar, en la infracción del artículo 85, apartado 3, del Tratado; en cuarto lugar, en la infracción del artículo 86 del Tratado; en quinto lugar, en la vulneración del derecho de propiedad, con violación de los principios generales del Derecho y del artículo 222 del Tratado; en sexto lugar, en la infracción del artículo 190 del Tratado CE (actualmente artículo 253 CE), y, en séptimo lugar, en la vulneración de los principios fundamentales del Derecho comunitario y en un vicio sustancial de forma. El Tribunal de Primera Instancia considera que procede examinar conjuntamente los dos primeros motivos.

*Sobre los motivos primero y segundo, basados en errores manifiestos de apreciación de los hechos y en la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado*

#### Alegaciones de las partes

- 42 HB alega que la Decisión impugnada incurre en errores manifiestos de apreciación de los hechos que conducen a errores de Derecho. Considera que las partes no discrepan sobre los hechos, sino más bien sobre las conclusiones que han de deducirse de los mismos.
- 43 HB estima que la exclusiva del arcón congelador no puede considerarse una exclusiva impuesta al punto de venta (considerando 184 de la Decisión impugnada), ya que los minoristas tienen la facultad de resolver el contrato que los vincula a HB o de instalar, junto a los arcones de HB, otros de distinta procedencia, si se ofrecen productos nuevos y atractivos o si no están satisfechos con la gama de productos de HB o con el nivel del servicio de esta empresa. HB añade que de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Langnese-Iglo/Comisión (T-7/93, Rec. p. II-1533), se desprende que la duración de una relación contractual resulta significativa para valorar el grado de compartimentación del mercado. Pues bien, según HB, sus acuerdos relativos a arcones congeladores no son acuerdos de duración indeterminada, ya que los minoristas tienen la posibilidad de resolverlos en cualquier momento. El hecho de que en muy raras ocasiones se hayan sustituido sus arcones congeladores prueba simplemente que los minoristas que disponen de dichos arcones están satisfechos con ellos, y no que los puntos de venta dependan de los mismos.
- 44 Según HB, todas las pruebas acreditan que la inmensa mayoría de los minoristas, que según la Comisión se encuentran ante una compartimentación debido a la exclusiva de los arcones congeladores de HB, optaron de hecho por tal exclusiva, prefiriéndola a cualquier otra configuración disponible para el almacenamiento y venta de helados de consumo impulsivo. De lo anterior deduce HB que la Comisión no habría debido llegar a la conclusión de que la cláusula de exclusiva relativa a los arcones congeladores conduce a cerrar herméticamente el mercado

de referencia, con infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado. La Comisión no ha demostrado, a juicio de HB, que exista una relación de causalidad entre la exclusiva de su arcón congelador y la popularidad de sus productos, en el sentido de que tal relación explicaría la limitada penetración de los productos de los competidores en el mercado de referencia. En efecto, los minoristas están dispuestos a abastecerse de nuevos productos siempre que los consumidores los demanden. Sin embargo, concluye HB, los hechos demuestran que la limitada penetración de sus competidores no obedece a un eventual cierre del mercado como consecuencia de la cláusula de exclusiva, sino al hecho de que los productos de sus competidores no resultan suficientemente atractivos para los consumidores.

- 45 HB alega que la Comisión ha analizado de manera incorrecta la cuestión de la compartimentación del mercado. En efecto, según HB dicha institución debería haber distinguido entre los puntos de venta que están privados de toda libertad de elección en virtud de las estipulaciones de un acuerdo de distribución y aquellos otros que gozan de libertad de elección comercial y la han ejercido previa valoración de la calidad de las ofertas que hayan hecho los competidores en presencia. Únicamente en el primer caso cabría hablar de mercados cerrados herméticamente. Según HB, la Comisión se basó en realidad en la presunción de que los puntos de venta que disponen únicamente de arcones congeladores de HB, con independencia del número de éstos, están cerrados herméticamente. HB precisa que no pretende justificar la supuesta protección territorial absoluta o cualquier otra supuesta restricción de la competencia objeto de controversia en el caso de autos, sino que sostiene, por el contrario, que todos los elementos probatorios demuestran que la limitada penetración de sus competidores en el mercado obedece al hecho de que ella responde con satisfacción a las necesidades de los minoristas y de los consumidores. Ahora bien, concluye HB, la Comisión no ha hecho esfuerzo alguno para encontrar otras explicaciones al fracaso relativo de sus competidores.

- 46 HB estima que existe otro elemento que demuestra que el razonamiento de la Comisión sobre la compartimentación del mercado de referencia está viciado. En el supuesto de que se hubiera demostrado la existencia de una «vinculación» derivada de los acuerdos sobre arcones congeladores celebrados entre HB y los minoristas, HB sostiene que habría que tener en cuenta entonces el hecho de que el grado de compartimentación del mercado no es del 40 %, como se estimaba en

el estudio de Lansdowne, sino del 6 % como máximo. En cualquier caso, para proceder al cálculo del grado de compartimentación del mercado de referencia, HB estima, basándose en diversos datos y en el estudio de Lansdowne, que procede excluir del cálculo las tres siguientes categorías de puntos de venta:

- los puntos de venta dotados de dos arcones congeladores de HB por lo menos, que disponen por definición del espacio necesario y para los cuales un segundo arcón congelador resulta rentable (a saber, el 6 % de los puntos de venta);
  
- los puntos de venta en los que el minorista no está interesado en tener helados de marcas distintas de HB, puesto que no habría entonces relación de causalidad suficiente entre la práctica de puesta a disposición de un arcón congelador de HB y el hecho de que ningún competidor logre acceder al mercado (a saber, el 27 % de los puntos de venta);
  
- los puntos de venta en los que el minorista está interesado en tener helados de marcas distintas de HB y está en condiciones de instalar otro arcón congelador, de sustituir el arcón congelador de HB por dos arcones más pequeños o de sustituir el arcón de HB por un arcón de su propiedad (a saber, del 2 % al 5 % de los puntos de venta).

47 En consecuencia, HB estima que, para calcular el grado de compartimentación del mercado, únicamente deben tenerse en cuenta aquellos puntos de venta en los que el minorista desea cambiar de marca pero no puede hacerlo. De este modo, el enfoque de la Decisión impugnada sobre la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado resulta excesivamente simplista y está en contradicción con el Derecho que ha venido desarrollándose en los últimos años. HB alega asimismo que la Comisión sobrevalora las limitaciones de espacio de los minoristas.

- 48 Por otro lado, HB señala que su cálculo de la compartimentación real del mercado se basa en otros elementos de información relativos a la dinámica del mercado de referencia. HB estima, en particular, que en el mercado de referencia compiten por lo menos cinco fabricantes y que, además de ella, otros fabricantes, incluso algunos nuevos operadores en el mercado, han logrado alcanzar un buen nivel de distribución, absoluto o ponderado.
- 49 HB refuta la conclusión de la Decisión impugnada según la cual la puesta a disposición de arcones congeladores mediante una cláusula de exclusiva supone un obstáculo económico para la entrada o expansión de los proveedores e incrementa el coste de acceso de los competidores al mercado de referencia, en la medida en que también los nuevos proveedores tendrán que suministrar arcones congeladores y encargarse de su mantenimiento. HB sostiene que esta práctica es necesaria para impedir que sus arcones congeladores sean utilizados por sus competidores para depositar sus productos sin haber tenido que invertir en sus propios arcones.
- 50 Según HB, el suministro en Irlanda de arcones congeladores a la industria de los helados de consumo impulsivo mediante alquileres separados requeriría recursos logísticos y de otro tipo que no pueden cuantificarse en términos monetarios. Además, HB se encontraría en desventaja desde el punto de vista de la competencia, puesto que se ve obligada a costear arcones congeladores que no sólo servirían para sus propias actividades, sino también para las actividades de sus minoristas y competidores.
- 51 HB refuta la afirmación que la Comisión hace en el considerando 198 de la Decisión impugnada, según la cual la competencia basada en los precios puede resentirse debido a que la competencia en los productos de consumo impulsivo se desarrolla en gran medida dentro del mismo punto de venta y que, en consecuencia, la competencia entre marcas se restringe en aquellos puntos de venta que ofrecen productos de una sola marca. HB observa que, en cualquier caso, el 44 % aproximadamente de los puntos de venta tienen helados de dos marcas.

- 52 HB considera que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una aplicación correcta del artículo 85, apartado 1, del Tratado requiere que se aplique la regla del sentido común («rule of reason»). En efecto, HB estima que conviene distinguir entre las restricciones del comportamiento y las restricciones de la competencia. Todo acuerdo implica inevitablemente cierta forma de restricción del comportamiento, que no siempre dará lugar, sin embargo, a una restricción de la competencia. Así pues, es obvio que la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado incluye inevitablemente una apreciación cualitativa de toda restricción determinada del comportamiento.
- 53 HB alega asimismo que, a la luz del análisis basado en la regla del sentido común, el artículo 85 del Tratado no es aplicable a los acuerdos sobre arcones congeladores celebrados con los minoristas, puesto que es indudable que la cláusula de exclusiva resulta necesaria para permitirle obtener todas las ventajas que ofrece el sistema. Además, dicha cláusula no restringe la competencia de un modo irrazonable. En efecto, la exclusiva versa únicamente sobre los arcones congeladores y el propio acuerdo se puede resolver en cualquier momento (véase el apartado 43 *supra*). HB afirma que, en la sentencia de 28 de enero de 1986, Pronuptia (161/84, Rec. p. 353), el Tribunal de Justicia declaró que es posible examinar formas particulares de distribución —en aquel caso se trataba de un sistema de franquicia de distribución— en la fase de la decisión sobre la eventual aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Según HB, el Derecho comunitario reconoce asimismo desde hace mucho tiempo que, en el marco del examen de la aplicabilidad del artículo 85, apartado 1, del Tratado a un caso concreto, es necesario tener en cuenta la naturaleza del producto regulado por el acuerdo (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, Société Technique Minière, 56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente pp. 361 y 362).
- 54 HB alega que la Decisión impugnada reconoce que el sistema de suministro gratuito de arcones congeladores suponía ventajas tanto para el minorista como para el proveedor (considerando 224) y que dicho sistema era utilizado ampliamente en Europa (considerando 21). HB subraya también que la cláusula de exclusiva no atribuye una exclusiva territorial al minorista ni contribuye a impedir el acceso de Mars u otros competidores al mercado de referencia. Por consiguiente, dicha cláusula de exclusiva no está incluida en el ámbito del artículo 85, apartado 1, del Tratado por tratarse de una restricción accesorias. HB

recuerda que este análisis corresponde al que la High Court había realizado en la sentencia Masterfoods y HB, antes citada, en particular en los apartados 141 a 146 y 221 a 229 y, más específicamente, en el apartado 222. Del mismo modo, HB invoca el informe de la comisión británica de monopolios y concentraciones, de marzo de 1994, relativo a la cuestión del monopolio en el mercado de helados de consumo impulsivo del Reino Unido, así como diferentes sentencias de los tribunales de los Estados Unidos, y estima que el criterio allí adoptado en materia de normas relativas a los equipamientos de los puntos de venta es diferente del que la Comisión adoptó en la Decisión impugnada.

- 55 En el supuesto de que no se aplique la regla del sentido común, HB sostiene que la cláusula de exclusiva tampoco queda comprendida en el ámbito del artículo 85, apartado 1, del Tratado desde el punto de vista cuantitativo, con independencia de la tentativa, reflejada en la Decisión impugnada, de crear una categoría artificialmente amplia de puntos de venta cerrados a la competencia. HB considera que la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Delimitis* (C-234/89, Rec. p. I-935), y la sentencia *Langnese-Iglo/Comisión*, antes citada, exigen un examen detallado del carácter competitivo del mercado para decidir si un acuerdo particular, o una serie de acuerdos, producen o no un grado de cierre a la competencia tal que quede comprendido en la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Según HB, las sentencias *Delimitis* y *Langnese-Iglo/Comisión*, antes citadas, establecen dos requisitos para que un mercado pueda considerarse abierto, a saber, que exista acceso al número mínimo de puntos de venta necesario para la explotación rentable de un sistema de distribución y, por otro lado, que los competidores dispongan, en cierta medida, de la posibilidad de ampliar sus actividades, es decir, de aumentar su cuota de mercado. Según HB, «si el mercado es lo suficientemente competitivo como para que no se impida el acceso de nuevas empresas, es decir, si existen posibilidades reales y específicas de entrada en el mercado, no cabe hablar de cierre a la competencia de tal naturaleza que entrañe la aplicación del artículo 85, apartado 1». Por otro lado, considera que no debe exagerarse la importancia de la red de acuerdos similares que existe en la industria de que se trata, ya que no constituye sino «un factor entre otros».
- 56 HB estima que el Tribunal de Primera Instancia debe examinar la cuestión del cierre del acceso al mercado y del carácter aceptable o no de tal cierre partiendo del supuesto de que Mars o cualquier otro competidor están dispuestos a realizar una inversión en arcones congeladores similar a la que realizan los restantes participantes en el mercado. A juicio de HB, lo anterior se desprende del

apartado 21 de la sentencia Delimitis, antes citada, según el cual, antes de llegar a la conclusión de que se ha impedido de un modo poco razonable el acceso al mercado de un competidor, es preciso considerar otras estrategias de penetración en el mercado.

- 57 Según HB, el mercado de referencia no está cerrado si se aplica un criterio cuantitativo. En primer lugar, HB alega, en lo que atañe a la duración de la restricción, que, así como en la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, se había acreditado que los acuerdos controvertidos habían sido celebrados por cinco años y tenían una duración media de dos años y medio, los acuerdos relativos a los arcones congeladores pueden resolverse en cualquier momento (véase el apartado 43 *supra*).
- 58 En segundo lugar, HB observa que, en la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia basó su opinión sobre los efectos de los acuerdos controvertidos en el hecho de que éstos excluían por completo de los puntos de venta a los proveedores de la competencia. En cambio, la cláusula de exclusividad relativa a los arcones congeladores no tiene tal efecto. Y así, un competidor puede convencer a un minorista de la calidad de sus productos y tener de este modo acceso al punto de venta de este último.
- 59 En tercer lugar, HB señala que, en el apartado 105 de la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia aplicó un criterio compuesto de dos elementos, y que se basaba en un grado de dependencia del 30 %, para determinar si ciertos acuerdos tienen como efecto el cierre del mercado. De este modo, añade HB, resulta necesario convertir los criterios cuantitativos desarrollados en la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, en lo relativo a la exclusividad impuesta al punto de venta, a fin de aplicarlos a la exclusividad impuesta al arcón congelador. Según HB, el método más apropiado para convertir tales criterios consiste en centrarse en aquel sector de los minoristas que tienen un único arcón congelador suministrado por dicha empresa y que no disponen de espacio para instalar otro, o que estiman que la inversión en un arcón congelador no es económicamente viable. A la luz del estudio de Lansdowne, para el 47 % de los puntos de venta, que representan más del 80 % del volumen de negocios total en el sector de los helados, resulta rentable disponer de un arcón congelador que sea propiedad del propio minorista.

- 60 De este modo, HB estima que la Comisión no ha demostrado la existencia de relación de causalidad alguna entre la cláusula de exclusiva relativa a los arcones congeladores y los problemas con que se encuentran los nuevos proveedores para introducirse en el mercado. HB concluye que, como el mercado no está cerrado según los criterios fijados en la jurisprudencia que arranca de la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, no es necesario pasar a la segunda fase del examen, consistente en analizar de qué modo contribuyen los efectos del acuerdo controvertido en el grado total de cierre del mercado pertinente. En efecto, añade HB, la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, sugiere que la Comisión debía poner de relieve los elementos económicos y jurídicos que según ella conducen a un cierre significativo del mercado de los helados.
- 61 La Comisión, apoyada por las coadyuvantes, estima que la cláusula de exclusiva resulta contraria al artículo 85 del Tratado porque restringe la libertad de los minoristas y obstaculiza el acceso al mercado. La Comisión alega que dicha cláusula opera como un vínculo *de facto* para dos categorías de minoristas, a saber, «los que podrían añadir un arcón congelador suplementario o los que podrían sustituir un arcón existente». Según la Comisión, la Decisión impugnada demuestra la reticencia de los minoristas a instalar un arcón congelador suplementario debido al sitio que éste ocupa y al hecho de que tal espacio podría utilizarse para depositar otros productos. La Decisión impugnada demuestra, además, que aquellos minoristas que carecen de espacio pero que están en condiciones de sustituir un arcón congelador existente, bien por un arcón suministrado por otro fabricante, bien por un arcón de su propiedad, tienen poca predisposición a hacerlo, ya que ello les supondría responsabilidades adicionales, como el mantenimiento, en el caso de los minoristas que adquiriesen su propio arcón congelador, o la pérdida de los productos de HB, en el caso de aquéllos que instalaran un arcón de otro fabricante de helados.
- 62 Según la Comisión, la verdadera cuestión que debe dilucidar el Tribunal de Primera Instancia estriba en si dicha institución ha aportado pruebas suficientes de la conclusión que figura en el considerando 143 de la Decisión impugnada y según la cual «esta limitación impide a otros fabricantes vender sus productos en estos puntos de venta, restringiendo así la competencia entre proveedores en el mercado de referencia». A este respecto, la Comisión estima que la Decisión impugnada expone con amplitud las dificultades con las que se encuentran los minoristas que desean vender helados de otras marcas.

- 63 La Comisión recuerda que la Decisión impugnada pretende únicamente restituir a los minoristas su libertad comercial y permitir así que los diversos fabricantes compitan sobre la base de la calidad de sus productos. En realidad, se trata de determinar si los minoristas, que en definitiva pagan por los arcones congeladores instalados en sus tiendas, son libres de depositar en ellos helados de la marca de su elección. En efecto, la Decisión impugnada ha resaltado el dilema al que debe enfrentarse todo minorista que desee tener helados de marcas diferentes. Si para vender helados de una marca distinta de HB el minorista se ve obligado o bien a instalar un arcón congelador suplementario o bien a dejar de vender los productos de HB, no se mostrará proclive a vender otras marcas. En consecuencia, el punto de venta resultará inaccesible para cualquier otra marca de la competencia, con independencia de la calidad del producto. La Comisión estima que el mencionado dilema es exactamente el mismo que ella había identificado en la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, apartado 108, y en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Schöller/Comisión (T-9/93, Rec. p. II-1611), apartado 84. La Comisión afirma que en aquellas sentencias el Tribunal de Primera Instancia le dio la razón, al considerar que una cláusula de exclusiva relativa a los arcones congeladores constituía «un factor que contribuye a hacer más difícil el acceso al mercado.»
- 64 Según la Comisión, HB explota el referido dilema en su propio beneficio al utilizar la cláusula de exclusiva como obstáculo para la entrada de nuevos competidores. Los gastos de HB correspondientes a los arcones congeladores permiten a esta empresa excluir del mercado a los restantes proveedores. La Comisión refuta los argumentos de HB de que los minoristas están satisfechos de su acuerdo con esta empresa y no tienen interés alguno en vender helados de otras marcas. La Comisión reconoce que la cláusula de exclusiva presenta ventajas para las partes, pero observa que esta circunstancia no garantiza que no contenga ningún elemento contrario a la competencia.
- 65 En cuanto a la posibilidad de que los minoristas resuelvan los acuerdos que han celebrado con HB, la Comisión subraya que, como elemento clave, debe tomarse en consideración el efecto económico del acuerdo. Pues bien, el estudio de Lansdowne muestra que los minoristas que poseen un arcón congelador de HB raramente ejercitan su derecho a sustituirlo por uno de otra marca o a adquirir su propio arcón.

- 66 La Comisión considera asimismo que el suministro de helados puede disociarse del suministro del arcón congelador. En efecto, no es necesario que los fabricantes de helados posean arcones congeladores. HB admite esta distinción, puesto que en 1995 y 1996 envió a la Comisión dos proposiciones distintas, destinadas a que se le concediera una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado y en las que se distinguía entre la propiedad de los arcones congeladores y el suministro de helados.
- 67 Mars alega que, al hacer que el éxito en el mercado dependa del éxito en obtener acceso a los puntos de venta al por menor, la exclusiva de utilización del arcón congelador distorsiona la competencia, puesto que confiere al principal proveedor existente una ventaja desleal sobre los proveedores de menor entidad o sobre las nuevas empresas que acceden al mercado, las cuales probablemente no dispongan de una gama completa de productos conocidos.
- 68 La Comisión refuta el argumento de HB según el cual únicamente está cerrado a la competencia el 6 % del mercado de referencia, en lugar del 40 % al que se refiere la Decisión impugnada.
- 69 Según la Comisión, la Decisión impugnada muestra hasta qué punto es difícil para una nueva empresa acceder al mercado de referencia debido a la existencia de la cláusula de exclusiva (considerandos 185 a 200). En cualquier caso, existe una relación de causalidad entre la práctica consistente en suministrar arcones congeladores para el uso exclusivo de los productos de HB y la reducida cuota de mercado que tienen los competidores de esta empresa (considerandos 185 a 194).
- 70 La Comisión refuta la alegación de HB según la cual el artículo 85 del Tratado no resulta aplicable a los acuerdos celebrados con los minoristas, debido a la aplicación de la regla del sentido común y a la sentencia Pronuptia, antes citada. En efecto, añade, las estipulaciones del acuerdo sometido a la apreciación del Tribunal de Justicia en el asunto Pronuptia eran distintas.

- 71 Del mismo modo, la Comisión cuestiona la interpretación que HB hace de la sentencia *Delimitis*, antes citada (véase el apartado 55 *supra*). En efecto, la Comisión afirma que en aquella sentencia el Tribunal de Justicia examinó si un nuevo competidor tenía la posibilidad de infiltrarse en el haz de contratos existente en el mercado pertinente. Contrariamente a lo que sostiene HB, el número mínimo de puntos de venta necesario para beneficiarse de una red de distribución no es el criterio que aplica el Tribunal de Justicia, sino uno de los factores para apreciar si existe esa posibilidad concreta de infiltración.
- 72 En efecto, añade la Comisión, en la sentencia *Delimitis*, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que era necesario determinar, en un primer momento, si verdaderamente existe un «haz de contratos similares» en el mercado de referencia. Pues bien, en Irlanda la mayor parte de los arcones congeladores instalados en los puntos de venta los suministra HB (considerando 152 de la Decisión impugnada). En un segundo momento, procede examinar las posibilidades de penetración en el mercado de que se trate. La Comisión niega que en el caso presente existan esas posibilidades. En un tercer momento, el Tribunal de Justicia considera, en la sentencia *Delimitis*, antes citada, que deben tenerse en cuenta las condiciones en que tiene lugar el juego de la competencia en el mercado de referencia. Pues bien, continúa la Comisión, la Decisión impugnada identificó las dificultades que para los nuevos competidores suponía el uso en exclusiva de los arcones congeladores de HB, exclusiva que disuade a los minoristas de tener en venta otros productos y genera obstáculos logísticos y financieros para el acceso al mercado. En cuanto al argumento de HB según el cual se da por supuesto que un nuevo proveedor ha de competir con sus contrincantes «actuando de una manera característica del sector de que se trate», la Comisión estima, por un lado, que dicho argumento no figura en ninguna de las sentencias citadas por HB y, por otro, que sería inadmisibles en el supuesto de que el conjunto del sector en cuestión aplicara prácticas contrarias a los artículos 85 y 86 del Tratado.
- 73 La Comisión considera que el grado de dependencia mencionado en la sentencia *Delimitis*, antes citada, no constituye sino un elemento, entre otros, del contexto económico y jurídico en el que debe examinarse una red de contratos, y que lo anterior se desprende asimismo de las sentencias *Langnese-Iglo/Comisión* y *Schöller/Comisión*, antes citadas.
- 74 La Comisión añade que el análisis del Tribunal de Primera Instancia en estas últimas sentencias debe aplicarse en el caso de autos. La conclusión del Tribunal

de Primera Instancia según la cual las cláusulas de exclusiva referentes a los arcones congeladores dificultan el acceso al mercado resulta aplicable a la cláusula de exclusiva objeto de controversia, habida cuenta de que, según la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia declaró que el hecho de que un nuevo competidor necesite establecer una red de minoristas constituye un obstáculo para la entrada en el mercado.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 75 Mediante sus dos primeros motivos, HB reprocha a la Comisión haber incurrido en una serie de errores manifiestos al analizar si los acuerdos de distribución controvertidos tenían como consecuencia la compartimentación del mercado y cuál era, en ese caso, el grado de compartimentación. HB considera en particular que la Comisión infringió el artículo 85, apartado 1, del Tratado al sobrevalorar sensiblemente el grado de compartimentación del mercado.
- 76 Más concretamente, HB cuestiona la principal conclusión a la que llega la Comisión en la Decisión impugnada, a saber, que en Irlanda el 40 % de los puntos de venta están vinculados de hecho a HB en virtud de la cláusula de exclusiva, de modo que dichos puntos de venta resultan inaccesibles para los demás proveedores (véanse especialmente los considerandos 143, 156 y 184). HB estima que esta conclusión es fundamentalmente errónea tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, pues la Comisión no aplicó correctamente el criterio jurídico idóneo para determinar si el mercado de referencia está compartimentado. HB reprocha a la Comisión no haber hecho distinción alguna entre aquellos minoristas a los que se prohíbe contractualmente tener a la venta helados de otros proveedores y aquellos otros que son libres de actuar de ese modo y disponen de espacio suficiente para ello pero optan por no hacerlo en función de su propia valoración comercial. HB estima que los minoristas eligen libremente vender los helados de esta empresa principalmente en razón de la calidad de sus productos. HB sostiene que el hecho de que otros fabricantes tengan dificultades para implantarse en el mercado de referencia no obedece a la cláusula de exclusiva, sino a la circunstancia de que sus helados resultan menos atractivos para los minoristas y para los consumidores.

77 De la Decisión impugnada se desprende que la Comisión no sólo examinó las estipulaciones de los acuerdos de distribución de HB, que formalmente no prohíben que los minoristas tengan en sus puntos de venta helados de otros proveedores, sino también la aplicación de tales acuerdos en el mercado de referencia y las opciones comerciales de que disponen realmente los minoristas en aplicación de dichos acuerdos. Tras haber analizado las posibilidades de convencer a un minorista para que venda los helados de un nuevo competidor en el mercado de referencia, la Comisión consideró que, en el caso del 40 % de los puntos de venta —a saber, aquellos que para conservar los helados disponen únicamente de arcones congeladores suministrados por HB y que, por lo tanto, no disponen ni de arcones propios ni de arcones procedentes de otros fabricantes de helados— era «poco probable» que los minoristas adoptaran las medidas necesarias para sustituir los arcones congeladores de HB por arcones de su propiedad o suministrados por un fabricante competidor, o que preveyeran algún espacio para la instalación de un arcón congelador suplementario. La Comisión llegó a la conclusión de que la cláusula de exclusiva que figura en los acuerdos de distribución de HB operaba en realidad como una exclusiva impuesta al mencionado 40 % de puntos de venta del mercado de referencia y que HB había contribuido de manera sensible a una compartimentación de dicho mercado, con infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

78 Procede hacer constar que las partes discrepan sobre la cuestión de si son correctos tanto el análisis fáctico de los caracteres específicos del mercado de referencia que hizo la Comisión en la Decisión impugnada como la conclusión, basada en dicho análisis, de que la cláusula de exclusiva infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado.

79 Procede señalar asimismo que, a pesar de los muy detallados razonamientos que las partes han expuesto en sus escritos y en la vista en relación con el análisis de los hechos del caso de autos y con las conclusiones que procede deducir de los mismos, no existe verdadera discrepancia entre ellas en lo que atañe a diversos elementos de hecho que caracterizan el mercado de referencia (véase el apartado 42 *supra*), en particular los elementos siguientes:

— Los helados objeto de consumo impulsivo deben mantenerse a una temperatura poco elevada y, por tanto, conservarse en un arcón congelador en los locales del minorista.

- Los fabricantes y distribuidores de helados recurren ampliamente, tanto en Irlanda como en toda Europa, a la práctica consistente en suministrar a los minoristas arcones congeladores mediante una cláusula de exclusiva. En virtud de la cláusula de exclusiva, un minorista que sólo disponga de uno o varios arcones congeladores de HB y que desee vender helados de otra marca deberá, bien sustituir el arcón o los arcones de HB, bien instalar un arcón suplementario.
  
- A diferencia de las cláusulas que figuran en los acuerdos de suministro a que se refieren las sentencias Langnese-Iglo/Comisión y Schöller/Comisión, antes citadas, acuerdos que imponían a los minoristas en Alemania la obligación de vender únicamente en sus puntos de venta productos comprados directamente a las sociedades Langnese-Iglo y Schöller, en el caso de autos la cláusula de exclusiva objeto de controversia no prohíbe a los minoristas vender helados de otras marcas distintas de HB, siempre que los arcones congeladores que ponga a su disposición esta última empresa se utilicen exclusivamente para los productos de ésta.
  
- Desde hace mucho tiempo, HB ostenta en Irlanda una posición de liderazgo en el mercado de los helados de consumo impulsivo. Su gama de productos es allí muy popular y tiene un gran éxito comercial. HB adquirió esta posición en virtud de inversiones considerables en el desarrollo y la promoción de una gama completa de helados, cuya notoriedad está muy extendida en Irlanda.
  
- De conformidad con las estipulaciones de los acuerdos de distribución de HB, los minoristas que celebran un acuerdo para el suministro de un arcón congelador tienen la facultad de resolver dicho acuerdo en todo momento, con un preaviso de dos meses. En la práctica ha podido comprobarse que HB no impone la observancia del mencionado preaviso a aquellos minoristas que desean resolver el acuerdo con una menor antelación o incluso inmediatamente.

- Para la mayor parte de los minoristas en Irlanda, los helados de consumo impulsivo constituyen un producto marginal (en la medida en que sólo representa un pequeño porcentaje de su volumen de negocios y de sus beneficios) que se vende con carácter estacional. Esos helados compiten en los puntos de venta, para la ocupación de la superficie de venta, con toda una serie de otros productos (que pueden ser objeto o no de compras impulsivas).
  
- HB forma parte del grupo Unilever. Las sociedades de este grupo son los principales proveedores de helados alimentarios en la mayor parte de los Estados miembros. En el sector de los helados de consumo impulsivo, dichas sociedades ocupan el primer lugar en varios Estados miembros.

80 Con carácter liminar, es preciso señalar que la cláusula de exclusiva no prevé que los minoristas se comprometan a vender en sus puntos de venta únicamente productos de HB. Por consiguiente, dicha cláusula no constituye formalmente una obligación de compra en exclusiva que tenga por objeto restringir la competencia en el mercado de referencia. Así pues, incumbe al Tribunal de Primera Instancia examinar, en primer lugar, si la Comisión ha acreditado suficientemente, en las circunstancias específicas del mercado de referencia, que la cláusula de exclusiva sobre los arcones congeladores opera en realidad como una exclusiva impuesta a determinados puntos de venta y si dicha institución ha cuantificado correctamente el grado de compartimentación. A continuación, el Tribunal de Primera Instancia habrá de comprobar, en su caso, si el grado de compartimentación es lo suficientemente elevado como para constituir una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. A este respecto, ha de recordarse que el control jurisdiccional de los actos de la Comisión que implican valoraciones económicas complejas debe limitarse a comprobar si se cumplieron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder (en este sentido, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartado 62, y de 15 de junio de 1993, Matra/Comisión, C-225/91, Rec. p. I-3203, apartados 23 y 25, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1993, Asia Motor France y otros/Comisión, T-7/92, Rec. p. II-669, apartado 33).

- 81 Procede señalar que, en la Decisión impugnada, la cuantificación del grado de compartimentación del mercado de referencia se basa principalmente en las informaciones y datos estadísticos contenidos en el estudio de Lansdowne. Por otro lado, la Decisión impugnada alude a menudo a un estudio del mercado de referencia encargado por HB y realizado en 1996 por Behaviour & Attitudes Ltd, una sociedad de estudios de mercado (en lo sucesivo, «estudio B & A»), así como a otro estudio realizado por Rosslyn Research Ltd para Mars aquel mismo año (en lo sucesivo, «estudio de Rosslyn»). Los estudios mencionados contienen dos tipos de información, a saber, por una parte, información puramente fáctica sobre el número de puntos de venta en Irlanda, el número de arcones congeladores por punto de venta y un cálculo del número de arcones propiedad de los propios minoristas o suministrados por los fabricantes de helados, y, por otra parte, información que incluye evaluaciones estadísticas de datos recabados con ocasión de un sondeo sobre una muestra representativa de minoristas en Irlanda. En el considerando 156 de la Decisión impugnada, la Comisión basa su conclusión en un análisis de las informaciones y los datos pertinentes de los mencionados estudios, a saber, que en un 40 % de los puntos de venta del mercado de referencia los únicos arcones existentes para almacenar helados de consumo impulsivo fueron suministrados por HB (véanse los considerandos 87 a 125 y 146 a 156 de la Decisión impugnada). Procede señalar que las partes no cuestionan la exactitud global de la cifra indicada y que, en sus observaciones sobre el pliego de cargos de 1997, HB confirmó que aceptaba esa cifra.
- 82 En el marco del examen de la exactitud de la apreciación de la Comisión sobre la existencia y grado de compartimentación del mercado de referencia, el Tribunal de Primera Instancia no puede circunscribirse a los efectos de la cláusula de exclusiva aisladamente considerados y basarse únicamente en las restricciones contractuales impuestas por los acuerdos de distribución de HB a los minoristas individuales.
- 83 En efecto, por lo que respecta a la cuestión de si los acuerdos de distribución de HB están comprendidos en la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado, es necesario, según la jurisprudencia, examinar si el conjunto de acuerdos similares celebrados en el mercado de referencia y los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se inscriben los acuerdos de que se trata ponen de manifiesto que dichos acuerdos tienen como efecto acumulativo impedir el acceso de nuevos competidores a ese mercado. Si el examen pone de

relieve que no es así, los acuerdos individuales que constituyen el haz de acuerdos no pueden perjudicar el juego de la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En cambio, si el examen revela que el mercado es difícilmente accesible, será necesario analizar a continuación en qué medida contribuyen los acuerdos controvertidos al efecto acumulativo producido, dado que únicamente están prohibidos aquellos contratos que contribuyen de forma significativa a una posible compartimentación del mercado (véanse las sentencias Delimitis, apartados 23 y 24, y Langnese-Iglo/Comisión, apartado 99, antes citadas).

- 84 De lo anterior se deduce que, contrariamente a lo que sostiene HB, las restricciones contractuales impuestas a los minoristas no sólo deben examinarse de manera puramente formal desde el punto de vista jurídico, sino también teniendo en cuenta el contexto económico específico en el que se inscriben los acuerdos en cuestión, incluyendo aquellos caracteres específicos del mercado de referencia que pudieran reforzar, en la práctica, tales restricciones y falsear así el juego de la competencia en dicho mercado, con infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 85 A este respecto, debe recordarse que la cláusula de exclusiva que figura en los acuerdos de distribución de HB formaba parte de un conjunto de acuerdos similares celebrados por fabricantes en el mercado de referencia y que constituía una práctica corriente, no sólo en Irlanda sino también en otros países (véase el apartado 79 *supra*).
- 86 Así, HB no niega que, en 1996, el 83 % aproximadamente de los comercios minoristas en Irlanda poseían arcones congeladores suministrados por fabricantes y estaban sometidos a condiciones análogas a las que prevé la cláusula de exclusiva. La consecuencia práctica de esta red de acuerdos reside en el hecho de que aquellos fabricantes de helados que no tengan arcones congeladores instalados en ese 83 % de puntos de venta no podrán acceder a ellos directamente para vender sus productos, a no ser que el minorista o bien sustituya algún arcón congelador existente por un arcón de su propiedad o por un arcón suministrado por el nuevo proveedor, o bien instale otro arcón de su propiedad o propiedad del nuevo proveedor. En efecto, un minorista no puede, sin infringir el acuerdo de

suministro del arcón en cuestión, guardar en él helados de otro fabricante junto con los helados del proveedor que ha suministrado el arcón, aun cuando exista una demanda para los productos de esas otras marcas. De ello se deduce que sólo el 17 % de los puntos de venta disponían de arcones congeladores propiedad del minorista y de la facultad, por ende, de guardar helados de cualquier proveedor. Por otra parte, según el estudio de Lansdowne, el 61 % de los arcones congeladores suministrados por un fabricante de helados en el mercado de referencia provenían de HB, el 11 % de Mars, el 9 % de Valley y el 8 % de Nestlé (véase el considerando 88 de la Decisión impugnada). Según el estudio de Rosslyn, el 64 % de los arcones congeladores suministrados por un fabricante de helados en el mercado de referencia provienen de HB, el 14 % de Mars y el 4 % de Valley (véase el considerando 107 de la Decisión impugnada).

- 87 Consta en autos que los puntos de venta más importantes en el sector de los helados de consumo impulsivo suelen ser de reducidas dimensiones y estar, por tanto, sujetos a limitaciones espaciales de particular importancia (véase el considerando 43 de la Decisión impugnada). El Tribunal de Primera Instancia estima que no cabe admitir el argumento de HB mencionado en el apartado 47 *supra*, según el cual la Comisión sobrevaloró las limitaciones de espacio de los minoristas. En efecto, aunque el número de arcones congeladores haya aumentado en Irlanda en un 16 % aproximadamente entre 1991 y 1996, como sostiene HB en sus escritos, ello no significa que en el momento de la adopción de la Decisión impugnada tales limitaciones no existieran. Pues bien, la legalidad de la Decisión impugnada debe apreciarse especialmente en función de los elementos de hecho existentes en la fecha de su adopción. A este respecto, procede observar que HB no cuestiona la constatación de la Comisión según la cual en 1996, es decir, justo después del aumento del número de arcones congeladores en Irlanda invocado por HB y dos años antes de la adopción de la Decisión impugnada, se había alcanzado prácticamente el número óptimo de arcones congeladores que, a juicio de los minoristas, pueden tenerse en un punto de venta en el punto álgido de la estación (véase el considerando 147). Además, según el estudio de Lansdowne, el 87 % de los minoristas consideran que no es económicamente viable dedicar espacio a la instalación de un arcón congelador suplementario (véase el considerando 97 de la Decisión impugnada).

- 88 Por otra parte, no puede negarse que el mercado de los productos de que se trata se caracteriza por la necesidad de cada minorista de poseer al menos un arcón congelador —de su propiedad o suministrado por un fabricante de helados— para guardar y exponer en él los helados (véase el apartado 79 *supra*). Por

consiguiente, el minorista que venda productos de consumo impulsivo, como dulces, patatas fritas a la inglesa y bebidas gaseosas, se verá obligado a adoptar una decisión diferente cuando, por una parte, un fabricante de helados le proponga que venda sus productos, en sustitución o como complemento de la gama existente y, por otra parte, un fabricante de otros productos, como cigarrillos y chocolates, que no requieren un arcón congelador sino anaqueles normales, le haga una propuesta similar. En efecto, un minorista no puede contentarse con guardar, junto a otros productos existentes, una nueva gama de helados durante un período de prueba con objeto de comprobar si existe una demanda suficiente de dicha gama. Con anterioridad habrá de adoptar una decisión comercial tendente a determinar si las inversiones, los riesgos y otros inconvenientes vinculados a la instalación de un primer arcón congelador o de uno suplementario, incluidos los desplazamientos y la disminución de las ventas de helados de otras marcas y de otros productos, resultan compensados por beneficios adicionales. De lo anterior se deduce que un minorista sensato tan sólo dedicará espacio a un arcón congelador para guardar en él helados de una marca específica si la venta de tal producto resulta más rentable que la venta de helados de otras marcas y de otros productos de consumo impulsivo.

89 El Tribunal de Primera Instancia estima que, en las circunstancias expuestas especialmente en los apartados 85 a 88 *supra*, la puesta a disposición de un arcón congelador «de forma gratuita», la popularidad evidente de los helados HB, la amplitud de la gama de sus productos y los beneficios vinculados a la venta de éstos son consideraciones muy importantes a los ojos de los minoristas cuando estudian la posibilidad de instalar un arcón congelador suplementario para vender una segunda gama de helados, aunque sea reducida, o *a fortiori* cuando se plantean la posibilidad de resolver su acuerdo de distribución con HB a fin de sustituir el arcón congelador de esta sociedad, bien por un arcón de su propiedad, bien por uno que pertenezca a otro proveedor, arcón este último que muy probablemente estará también sujeto a una condición de exclusiva.

90 Por otro lado, debe recordarse que desde hace muchos años HB dispone de una posición dominante en el mercado de referencia. En efecto, en el momento de adoptarse la Decisión impugnada, HB tenía en el mercado de referencia una cuota del 89 %, tanto en volumen como en valor, repartiéndose el resto del mercado entre varios pequeños proveedores (véase la apreciación del Tribunal de Primera Instancia en los apartados 155 y 156 *infra*). Ilustra asimismo tal posición

dominante la notoriedad de la marca HB, así como la importancia y popularidad de su gama de productos en Irlanda. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia considera que, al evaluar los efectos de la cláusula de exclusiva en el mercado de referencia, la Comisión podía legítimamente tener en cuenta el hecho de que HB ostentaba una posición dominante en dicho mercado, a fin de apreciar las condiciones vigentes en el mercado, y que, contrariamente a lo que afirma HB, dicha evaluación no estaba «deformada». En efecto, según reiterada jurisprudencia en la materia, la constatación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 57, y de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365, apartado 37).

- 91 Por lo tanto, la Comisión, al tener así en cuenta la popularidad de los helados de HB y la posición de esta sociedad en el mercado de referencia, no la sanciona por su legítimo éxito comercial, sino que se limita a mencionar la dependencia efectiva de los minoristas originada por la presencia en los puntos de venta de arcones congeladores suministrados por HB, la posición dominante de esta empresa en el mercado de referencia, la popularidad de su gama de productos, las dificultades relacionadas con la falta de espacio que caracteriza a los puntos de venta típicos, y los inconvenientes y riesgos vinculados al hecho de tener a la venta una segunda gama de helados, como factores que formaban parte del contexto económico en el caso de autos.
- 92 Procede considerar que las medidas adoptadas por HB para garantizar el cumplimiento de la cláusula de exclusiva tienen como efecto que los minoristas no den a los productos de dicha empresa el mismo tratamiento que a los helados de otras marcas y ello de una manera que puede falsear el juego de la competencia en el mercado de referencia. Estos efectos quedan demostrados con claridad por el hecho de que los minoristas guardan, junto a los helados de HB, helados de otras marcas en el mismo arcón congelador cuando consideran que tienen libertad para hacerlo.
- 93 De los autos y de la Decisión impugnada (véase el considerando 48) se desprende que Mars conquistó una cuota del mercado de referencia tan pronto como se introdujo en este mercado en 1989, pero que la reacción de HB y su insistencia en

que los minoristas observaran la cláusula de exclusiva truncaron esta evolución. En efecto, a raíz del auto de medidas cautelares dictado contra Mars por la High Court en 1990, que prohíbe a esta empresa incitar a los minoristas a que guarden los helados que les vende en los arcones congeladores de HB, el número de los helados de consumo impulsivo de Mars distribuidos en Irlanda cayó desde el 42 % a menos del 20 %. Este hecho indica por sí mismo que en el mercado de referencia existía una demanda de los productos fabricados por los competidores de HB y que la cláusula de exclusiva influye en las posibilidades de que tales competidores se introduzcan y establezcan en dicho mercado.

- 94 El estudio B & A muestra también que una proporción significativa del [...] <sup>1</sup> % (más del 35 %) de los minoristas estaría dispuesta a vender una gama de productos más amplia si desaparecieran las cláusulas de exclusiva en los acuerdos de distribución de los proveedores de helados (véase el considerando 120 de la Decisión impugnada), extremo éste que pone asimismo de relieve que, contrariamente a los argumentos de HB (véase el apartado 51 *supra*), dichas cláusulas podrían tener el efecto de restringir no sólo las posibilidades de elección de los consumidores sino también la competencia entre proveedores basada en los precios. Del mismo modo, contrariamente a lo que sostiene HB, el hecho de que cerca del 44 % de los puntos de venta vendan helados de dos marcas no demuestra que la cláusula de exclusiva no afecte a la competencia entre marcas.
- 95 Por otro lado, en los supermercados irlandeses, en donde no rige la exclusiva en materia de arcones congeladores, los helados de otros proveedores distintos de HB se venden junto a los productos de esta empresa. En la vista, Richmond alegó que ella abastece en Irlanda al 65 % de los supermercados, pero tan sólo al 8 % de los minoristas. Además, cabe observar que en el Reino Unido, en donde el sistema de distribución de los helados de consumo impulsivo es diferente, Richmond ha adquirido una cuota de mercado del 24 %, mientras que su cuota en el mercado de referencia no supera el 2 %. Todos estos elementos confirman que, cuando se les permite guardar helados de una segunda marca en un solo arcón congelador, un número importante de minoristas están dispuestos a hacerlo. El hecho de que no lo hagan obedece a la incidencia de las cláusulas de exclusiva en el mercado de referencia.

1 — Datos confidenciales.

- 96 Procede indicar asimismo que la conclusión de la Comisión de que la existencia de la cláusula de exclusiva supone un obstáculo para la entrada de los competidores de HB en el mercado de referencia viene confirmada por la evaluación que la propia HB ha hecho de las ventajas de dicha cláusula. En efecto, de la Decisión impugnada se desprende que, con ocasión de la entrada de Mars en el mercado europeo a finales de los ochenta, el grupo Unilever atribuyó una importancia especial al suministro de arcones congeladores destinados al uso exclusivo de sus sociedades (véanse los considerandos 64 a 68 de la Decisión impugnada) y el propio grupo consideró que esa práctica podría tener el efecto de imponer una exclusiva en los puntos de venta en cuestión. En un documento del grupo Unilever de 1989, denominado «Estrategia de comercialización del helado en Europa», se hace referencia a la importancia de la cláusula de exclusiva y al mantenimiento del régimen de propiedad de los arcones congeladores en los términos siguientes:

«Debemos conservar la propiedad del arcón, especialmente cuando son terceros quienes se encargan de la distribución, con objeto de mantener, en la medida de lo posible mediante contratos en exclusiva, el monopolio de la utilización de los aparatos y, de hecho, el monopolio de las ventas de helado[s] en el punto de venta.»

- 97 A la vista de lo que antecede, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión ha demostrado de un modo suficiente que, pese a la notoriedad de los productos de HB en el mercado de referencia y al hecho de que esta empresa ofrezca una gama completa de helados, siendo muchos de ellos muy populares entre los consumidores, hay indicios objetivos y precisos que ponen de relieve que en Irlanda existe una demanda de helados de otros fabricantes cuando están disponibles, aun cuando tales fabricantes dispongan de gamas más reducidas, a saber, de helados de aquellos fabricantes que, como Mars, ocupan segmentos muy concretos. A este respecto, la Comisión ha demostrado que un considerable número de minoristas están dispuestos a vender helados de consumo impulsivo procedentes de diversos fabricantes, a condición de que puedan guardarlos en un único arcón congelador, y que tales minoristas son poco proclives a proceder de esa manera cuando para ello se ven obligados a instalar un arcón suplementario, propiedad suya o de otro fabricante. Por consiguiente, no puede admitirse la argumentación de HB de que la reticencia de los minoristas a vender productos de otros fabricantes de helados no debe atribuirse a la cláusula de exclusiva, sino más bien al hecho de que no existe demanda de tales productos en el mercado de referencia.

- 98 Procede declarar asimismo que la Comisión consideró acertadamente que, habida cuenta de las especificidades del producto de que se trata y del contexto económico del caso de autos, la red de acuerdos de distribución de HB y el suministro de arcones congeladores «de forma gratuita» con sujeción a la condición de exclusiva producen sobre los minoristas un efecto considerable de disuasión en cuanto a la instalación de un arcón de su propiedad o propiedad de otro fabricante y operan como un vínculo *de facto* para los puntos de venta que disponen únicamente de arcones congeladores de HB, a saber, el 40 % de los puntos de venta del mercado de referencia. En efecto, a pesar de que los minoristas que disponen únicamente de arcones congeladores de HB tengan teóricamente la posibilidad de vender helados de otros fabricantes, la cláusula de exclusiva tiene el efecto de restringir la libertad comercial de los minoristas para elegir los productos que venden en sus establecimientos.
- 99 No obstante, HB estima que, en el supuesto de que el Tribunal de Primera Instancia considerara que la cláusula de exclusiva opera como un vínculo *de facto* para los puntos de venta, el grado de compartimentación resultante de sus acuerdos de distribución no rebasaría el 6 % del conjunto de los puntos de venta del mercado de referencia y no supondría una restricción sensible del juego de la competencia en ese mercado. Así pues, HB considera manifiestamente errónea la conclusión de la Comisión de que el 40 % de los puntos de venta del mercado de referencia se encuentran de hecho compartimentados. HB indica, en particular, que dicho porcentaje es demasiado elevado, sobre todo porque incluye tres categorías de puntos de venta que no pueden considerarse compartimentados (véase el apartado 46 *supra*). A este respecto, HB afirma que, para calcular el grado de compartimentación del mercado de referencia, deben tenerse únicamente en cuenta aquellos puntos de venta en los que los minoristas desean cambiar de proveedor de helados pero no pueden hacerlo.
- 100 El Tribunal de Primera Instancia considera que debe rechazarse esta argumentación.
- 101 Contrariamente a lo que sostiene HB (véanse los apartados 46 y 47 *supra*), en el 6 % de los puntos de venta dotados de más de un arcón congelador de HB (y que disponen, por consiguiente, de espacio para instalar más de un arcón congelador), los minoristas tan sólo sustituirán uno de los arcones de HB si consideran que esa

sustitución y la venta de helados de otra marca les permitirá realizar al menos el mismo volumen de negocios que el que obtenían anteriormente con los helados de HB. Pues bien, consta en autos que, en realidad, los minoristas sólo muy raramente optan por sustituir uno de los arcones suministrados por HB por un arcón de su propiedad o propiedad de otro fabricante, debido en particular a la posición y a la popularidad de HB en el mercado de referencia.

- 102 El Tribunal de Primera Instancia considera que no deben excluirse del cálculo del grado de compartimentación del mercado de referencia ni el 6 % de puntos de venta al que se acaba de aludir ni el 27 % de puntos de venta que disponen de un arcón congelador de HB, en los que los minoristas supuestamente no están interesados en vender helados de una marca distinta de HB (según el análisis que hace esta empresa de los datos contenidos en el estudio de Lansdowne). En efecto, tales minoristas, debido al funcionamiento de la cláusula de exclusiva, han de enfrentarse con una situación que distorsiona sus opciones comerciales. Habida cuenta, en particular, de la posición de HB en el mercado de referencia, así como del hecho de que ninguno de sus competidores posee una gama de productos tan conocida y completa como la suya y de las limitaciones en materia de espacio mencionadas en el apartado 87 *supra*, la posibilidad de vender productos de otros fabricantes, sobre todo cuando éstos disponen de una gama de productos limitada, no constituye en general estímulo suficiente para que los minoristas en cuestión sustituyan los arcones congeladores de HB o instalen un arcón suplementario (véase, por analogía, la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, apartado 108).
- 103 En cuanto a la tercera categoría de puntos de venta, a saber, aquellos en los que los minoristas supuestamente están interesados en tener a la venta helados de otras marcas y están en condiciones de hacerlo, pero no lo han hecho, su número varía entre el 2 % y el 5 % —según los datos presentados por HB y basados en su análisis del estudio de Lansdowne—. Por lo tanto, y pese a que esta categoría no ha sido claramente definida por HB, la misma tan sólo representa una parte ínfima del 40 % total y no tiene entidad suficiente para desvirtuar la conclusión a la que llega la Comisión en la Decisión impugnada de que la parte identificada de la red de acuerdos de HB abarca el 40 % aproximadamente del conjunto de puntos de venta del mercado de referencia.

- 104 Por otro lado, en lo que atañe a las dos últimas categorías de puntos de venta, el Tribunal de Primera Instancia observa asimismo que las cifras presentadas por HB y basadas en su análisis del estudio de Lansdowne no tienen entidad suficiente para desvirtuar la apreciación de la Comisión relativa al grado de compartimentación del mercado de referencia. En efecto, al haberse abstenido HB de indicar por qué razón el 27 % de los puntos de venta en cuestión no están interesados en tener a la venta helados de otra marca distinta de HB y por qué razón el mencionado porcentaje del 2 % al 5 % de los puntos de venta en cuestión que sí están interesados en vender helados de otras marcas no toman las medidas necesarias para hacerlo, el Tribunal de Primera Instancia considera que es perfectamente posible que tales circunstancias sean atribuibles a los factores identificados por la Comisión (véanse, en particular, los considerandos 157 a 184 de la Decisión impugnada) que refuerzan las restricciones al juego de la competencia en el mercado de referencia derivadas de la cláusula de exclusiva y crean efectivamente una dependencia comercial de los minoristas en relación con HB.
- 105 En cuanto al argumento de HB basado en que la exclusiva del arcón congelador que impone la cláusula de exclusiva no puede considerarse una exclusiva impuesta a los puntos de venta porque los minoristas disponen de la facultad de resolver en cualquier momento sus acuerdos de distribución con HB, el Tribunal de Primera Instancia considera que, mientras no se haga uso de ella, dicha facultad no supone obstáculo alguno para la aplicación efectiva de los acuerdos en cuestión. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia, a la hora de evaluar los efectos de los acuerdos de distribución en el mercado de referencia, debe tomar en consideración su duración efectiva (véase, por analogía, la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, apartado 111). HB subraya con acierto que, contrariamente a la situación existente en otros Estados miembros, en los que la cláusula de exclusiva se combina con un compromiso contractual de varios meses o incluso de varios años, en el caso de autos, tal como reconoce la propia Comisión, la situación ofrece a los minoristas la posibilidad de resolver la cláusula de exclusiva con un preaviso muy corto, o incluso casi inmediatamente. Tal argumento podría resultar convincente si la referida facultad se viera confirmada en la práctica y si, en consecuencia, los puntos de venta se hicieran regularmente accesibles a nuevos competidores en el mercado de referencia. Ahora bien, como ha demostrado la Comisión, no sucede así, puesto que los acuerdos de distribución de HB se resuelven por término medio cada ocho años. De lo anterior se deduce que el argumento basado en la posibilidad de resolver los acuerdos de distribución de HB no es convincente, ya que esa posibilidad no desempeña de hecho papel alguno en la disminución del grado de compartimentación del mercado de referencia.

- 106 En cuanto al argumento de HB relativo a la aplicación en el caso de autos de la regla del sentido común, procede subrayar que no se puede admitir que exista tal regla en el Derecho comunitario de la competencia. Por lo demás, una interpretación del artículo 85, apartado 1, del Tratado como la propuesta por HB resulta difícilmente conciliable con la estructura normativa de dicho artículo.
- 107 El artículo 85 del Tratado establece explícitamente, en su apartado 3, la posibilidad de declarar exentos acuerdos restrictivos de la competencia cuando éstos cumplen un determinado número de condiciones, en particular cuando son indispensables para la realización de determinados objetivos y no dan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos de que se trate. Sólo en el marco preciso de dicha disposición se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean favorables o contrarios a la competencia (véanse, en este sentido, la sentencia Pronuptia, antes citada, apartado 24, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1994, *Matra Hachette/Comisión*, T-17/93, Rec. p. II-595, apartado 48, y de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartado 136). El artículo 85, apartado 3, del Tratado perdería gran parte de su efecto útil si dicho examen debiese efectuarse ya en el marco del artículo 85, apartado 1, del Tratado (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, *Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 133, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, *Montedipe/Comisión*, T-14/89, Rec. p. II-1155, apartado 265; de 6 de abril de 1995, *Tréfilunion/Comisión*, T-148/89, Rec. p. II-1063, apartado 109, y de 18 de septiembre de 2001, *M6 y otros/Comisión*, T-112/99, Rec. p. II-2459, apartados 72 a 74).
- 108 Por otro lado, del mero hecho de que la parte identificada de la red de acuerdos de HB abarque aproximadamente el 40 % del conjunto de puntos de venta del mercado no puede deducirse con certeza que aquella parte lleve automáticamente a impedir, restringir o falsear el juego de la competencia de manera sensible. Tal como HB alegó en la vista, este hecho implica que el 60 % de los puntos de venta del mercado de referencia, es decir, la mayoría, no están compartimentados como consecuencia de la cláusula de exclusiva.

- 109 Para valorar los efectos de una red de acuerdos de distribución de ese tipo es preciso tomar en consideración el contexto económico y jurídico en el que ésta se sitúa y en el que puede contribuir, junto con otros contratos, a un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia (véanse las sentencias *Delimitis*, apartado 14, y *Langnese-Iglo/Comisión*, apartado 100, antes citadas).
- 110 En el caso de autos, la Comisión no sólo tuvo en cuenta en la Decisión impugnada los efectos sobre el juego de la competencia de los acuerdos de distribución de HB, sino también los de las diferentes redes de acuerdos sobre arcones congeladores sometidos a una cláusula de exclusiva gestionados por otros proveedores del mercado de referencia. De la Decisión impugnada se desprende que el 55 % de los puntos de venta poseen sólo uno o dos arcones de HB, el 14 % un arcón de HB y otro de Mars, y el 7 % un arcón de HB y otro procedente de otro fabricante distinto de Mars (véase el considerando 108). La Comisión indicó también que la condición de exclusiva, aplicable a los arcones congeladores en el 83 % de los puntos de venta del mercado de referencia (véanse los apartados 18 y 86 *supra*), constituía un obstáculo práctico y financiero importante para la entrada y expansión de otros proveedores en el mercado (véanse los considerandos 185 a 194).
- 111 Procede hacer constar que, teniendo en cuenta que otros proveedores distintos de HB también ponen a disposición de los minoristas arcones congeladores en condiciones muy similares (véase, en particular, el apartado 85 *supra*) y con idénticas limitaciones en términos de espacio, la Comisión consideró acertadamente en la Decisión impugnada que las dificultades halladas en los puntos de venta dotados únicamente de arcones congeladores de HB para convencer a los minoristas de que sustituyan los arcones de HB existentes o de que instalen arcones suplementarios para los helados de consumo impulsivo existen también en el caso de todo arcón sometido a una condición de exclusiva, aunque los demás proveedores no tengan la misma posición y popularidad que HB en el mercado de referencia. El acceso de los proveedores de la competencia al mercado de referencia se ve impedido por una serie de factores, entre ellos la carga que para los minoristas supone la compra y mantenimiento de un arcón congelador, su miedo al riesgo y su reticencia a poner fin a las relaciones establecidas con sus proveedores. De ello se deduce que las redes de acuerdos establecidas en el mercado de referencia abarcan el 83 % de los puntos de venta del mercado.

- 112 No obstante, el grado de dependencia que resulta de las redes de acuerdos, aunque sea relativamente importante para la valoración de la compartimentación del mercado, constituye, no obstante, tan sólo un elemento, entre otros, del contexto económico y jurídico en el que debe valorarse la red de acuerdos (véanse las sentencias *Delimitis*, apartados 19 y 20, y *Langnese-Iglo/Comisión*, apartado 101, antes citadas). Es preciso analizar asimismo las condiciones que reinan en el mercado y, en particular, las posibilidades reales y concretas de los nuevos competidores para introducirse en el mismo a pesar de la existencia de tales redes.
- 113 El Tribunal de Primera Instancia estima también que la Comisión consideró acertadamente en la Decisión impugnada que la puesta a disposición de los minoristas de arcones congeladores sometidos a una condición de exclusiva y los costes corrientes de mantenimiento de tales arcones constituyen un obstáculo financiero para la entrada de nuevos proveedores en el mercado en cuestión y para la expansión de los proveedores existentes. A este respecto, es preciso señalar que no existe ninguna relación objetiva entre el suministro de arcones congeladores con la condición de exclusiva y la venta de helados. Pues bien, de la Decisión impugnada se desprende que los minoristas no son proclives a aceptar arcones congeladores de proveedores que no ofrezcan condiciones al menos tan ventajosas como las que ofrecen los proveedores cuyos arcones ya están instalados en los puntos de venta en cuestión, o como las que ofrecen los proveedores de dicho mercado con carácter general. En el marco del mercado de referencia, lo anterior significa que el proveedor debe estar dispuesto a ofrecer «gratuitamente» un arcón congelador y a encargarse de su mantenimiento. De ello se deduce que, conforme a lo mantenido por la Comisión en la Decisión impugnada (véase, en particular, el considerando 189), los gastos que implica la adquisición de un parque de arcones congeladores para su instalación en un número de puntos de venta suficiente para garantizar que los productos de un proveedor logren unos niveles viables de distribución dificultan en buena medida la entrada en el mercado de referencia, y su mantenimiento en él, especialmente para las pequeñas empresas y para los proveedores de helados de consumo impulsivo que ocupan segmentos muy concretos, pues resulta difícil justificar la inversión en arcones congeladores procedentes de proveedores que sólo ofrecen una gama reducida de productos. Además, en cuanto al argumento de HB expuesto en el apartado 59 *supra*, según el cual para el 47 % de los puntos de venta resulta rentable disponer de un arcón congelador que sea propiedad del propio minorista, el Tribunal de Primera Instancia estima que no puede admitirse, ya que, habida cuenta de la práctica consistente en poner de forma «gratuita» arcones congeladores a disposición de los minoristas, práctica no sólo de HB sino también de otros proveedores, los minoristas no tienen ningún motivo para adquirir sus propios arcones.

- 114 El Tribunal de Primera Instancia estima también que HB no ha demostrado de modo suficiente que no sería práctico exigir un alquiler separado por el suministro de arcones congeladores (véase el apartado 50 *supra*). A este respecto, de la Decisión impugnada se desprende que, en Irlanda del Norte, HB factura a los minoristas un alquiler anual y aplica una reducción de precio a los productos que suministra a aquellos minoristas que poseen su propio arcón congelador (véase el considerando 127). De ello se deduce que, a la vista de la posibilidad que existe en otro mercado geográfico de exigir un alquiler separado por el suministro de arcones congeladores, la cláusula de exclusiva no puede considerarse necesaria para que un proveedor determinado impida que sus arcones congeladores sean utilizado por sus competidores para depositar sus respectivos productos. Por ese mismo motivo, es erróneo mantener que HB se ve obligada, sin ser remunerada por ello, a costear arcones congeladores que no sólo servirían para sus propias actividades, sino también para las actividades de sus minoristas y de sus competidores (véanse los apartados 49 y 50 *supra*).
- 115 Además, si bien no se discute que poner arcones congeladores a disposición de los minoristas presenta ciertas ventajas económicas y prácticas para los proveedores de helados y para los propios minoristas, es preciso hacer constar que, cuando el suministro de arcones congeladores a los minoristas está supeditado a una cláusula de exclusiva, en el contexto existente en el mercado de referencia, las ventajas económicas de dicha práctica resultan contrarrestadas por sus efectos negativos sobre la competencia. De ello se deduce que no puede admitirse el argumento que HB alega en sus escritos según el cual la mencionada práctica tan sólo debiera ser objeto de crítica si careciera de justificaciones comerciales objetivas.
- 116 Por otro lado, consta en autos que el relativamente escaso desarrollo del comercio mayorista independiente de helados de consumo impulsivo en Irlanda implica una mayor dificultad para acceder a la distribución a través de estos intermediarios independientes. Además, la fuerza de las marcas presentes en el mercado de referencia, y la fidelidad de los consumidores hacia ellas, constituye un enorme obstáculo para los nuevos proveedores (véase el considerando 195 de la Decisión impugnada).
- 117 En cuanto al argumento de HB según el cual en el mercado de referencia compiten cinco fabricantes por lo menos, consta en autos que los demás

proveedores de helados de consumo impulsivo tienen únicamente cuotas muy pequeñas en el mercado de referencia. En efecto, en lo que atañe a Mars, el más importante competidor de HB en el mercado, debe indicarse que, en el período junio-julio de 1997, su cuota de mercado tan sólo se elevaba al 4 % en volumen y al 5 % en valor. Además, la cuota de mercado de Mars, Valley y Leadmore disminuyó durante los años que precedieron a la adopción de la Decisión impugnada (véanse los considerandos 32 a 37). Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que las reducidas cuotas de mercado de los competidores de HB son atribuibles, al menos en parte, a la práctica de esta empresa de poner arcones congeladores a disposición de los minoristas de forma gratuita.

- 118 A la vista de cuanto antecede, el Tribunal de Primera Instancia considera que del examen del conjunto de los acuerdos de distribución similares celebrados en el mercado de referencia, así como de los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se inscriben tales acuerdos, se desprende que los acuerdos de distribución celebrados por HB pueden afectar de manera sensible al juego de la competencia, en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, y contribuyen de manera significativa a la compartimentación del mercado.
- 119 Procede, pues, desestimar los motivos primero y segundo, basados en errores manifiestos de apreciación de los hechos y en la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

*Sobre el tercer motivo, basado en errores de Derecho en relación con el artículo 85, apartado 3, del Tratado*

Alegaciones de las partes

- 120 HB alega que la cláusula de exclusiva está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado y puede ser objeto de una exención. HB

niega la afirmación de la Comisión en la Decisión impugnada según la cual los efectos restrictivos de su red de acuerdos de puesta a disposición de arcones congeladores prevalecen sobre las ventajas derivadas de la eficacia de la distribución resultante de esa red. Del mismo modo, HB niega que de dichas ventajas sólo se beneficien ella y sus minoristas y que no sean idóneas para, desde el punto de vista de un interés general entendido de un modo más amplio, compensar los inconvenientes que tales acuerdos suponen para la competencia. Por último, HB cuestiona la conclusión alcanzada en el considerando 234 de la Decisión impugnada, según la cual la ventaja consistente en abarcar todo el territorio que resulta de la cláusula de exclusiva no puede contrarrestar los inconvenientes del cierre del mercado, consecuencia asimismo de la red de acuerdos de HB en materia de arcones congeladores.

121 Más concretamente, HB alega que la Decisión impugnada incurre en tres errores de Derecho en relación con el artículo 85, apartado 3, del Tratado.

122 En primer lugar, HB alega que la Decisión impugnada incurre en un error lógico fundamental en lo que atañe a la relación entre el artículo 85, apartado 1, del Tratado y el apartado 3 de ese mismo artículo. HB indica que, según la Decisión impugnada, el artículo 85, apartado 3, del Tratado exige que exista un equilibrio entre la restricción de la competencia, por un lado, y la posibilidad de disponer de ventajas que puedan justificar una exención, por otro (véanse los considerandos 222 a 225). De la Decisión impugnada se desprende que, debido a que HB ejerce una competencia demasiado eficaz al procurar ventajas a los minoristas y a los consumidores, esta sociedad restringe por ello la competencia, con infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado (véase el considerando 226). Dado que tales ventajas supuestamente dan lugar a una restricción de la competencia, ya no podrían tenerse en cuenta a efectos de conceder una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado. Por consiguiente, concluye HB, el razonamiento de la Comisión constituye un «círculo vicioso».

123 En segundo lugar, según HB, los diferentes requisitos de aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado son acumulativos por naturaleza, en el sentido de que, para que pueda concederse una exención, debe cumplirse cada

uno de ellos. No obstante, la determinación de si se cumplen tales requisitos debe ser objeto de una apreciación distinta para cada uno de ellos. De este modo, continúa HB, la Comisión no puede sostener que las ventajas resultantes de los acuerdos de dicha empresa en materia de arcones congeladores quedan automáticamente neutralizadas por los efectos restrictivos de dichos acuerdos, dado que la cuestión de la eliminación sustancial de la competencia debe abordarse separadamente de la relativa a las ventajas derivadas de los acuerdos controvertidos. HB añade que el Tribunal de Primera Instancia estableció claramente esta exigencia en el apartado 122 de la sentencia *Matra Hachette/Comisión*, antes citada. HB señala que la Comisión estima que la mejora de la distribución a nivel de los minoristas en términos de reducción de los costes de transporte y de suministro regular, la mejora de la distribución a nivel del proveedor en términos de planificación y de logística y el fomento de la demanda mediante la maximización de la disponibilidad y visibilidad de los productos quedan neutralizados por los supuestos efectos negativos sobre la competencia en el mercado de referencia. Contrariamente a lo que alega la Comisión (véase el apartado 130 *infra*), HB sostiene que cuando se han identificado ventajas objetivas derivadas de un acuerdo, la cuestión de la compartimentación del mercado es sólo pertinente a efectos de determinar si existe eliminación sustancial de la competencia con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado. A juicio de HB, el apartado 180 de la sentencia *Langnese-Iglo/Comisión*, antes citada, al que se remite la Comisión, no contradice sus argumentos a este respecto (véase, otra vez, el apartado 130 *infra*).

- 124 En tercer lugar, HB sostiene que la Comisión incurrió en error en el examen efectuado en relación con el artículo 85, apartado 3, del Tratado al basarse en el hecho de que el mercado de referencia está cerrado. En efecto, añade HB, el grado real de compartimentación de ese mercado no es superior al 6 %.
- 125 HB alega también que la aplicación detallada por la Comisión de algunos de los requisitos del artículo 85, apartado 3, del Tratado incurre en error de Derecho. A este respecto, HB señala que la Decisión impugnada (véase el considerando 227) reconoce que la gran disponibilidad de arcones congeladores en los puntos de venta, que cubren la totalidad del mercado geográfico, debida en gran parte a la red de arcones de HB, puede considerarse una ventaja objetiva, especialmente en materia de distribución, y que la cláusula de exclusiva contribuye a la obtención de tal ventaja. Sin embargo, la Comisión pretende negar esta ventaja, al presumir que HB, a fin de maximizar sus beneficios, continuará suministrando arcones congeladores sin cláusula de exclusiva. Ahora bien, la Comisión no está

legitimada para presumir que HB continuará suministrando arcones congeladores sin cláusula de exclusiva. Por otro lado, HB alega que la Comisión, contrariamente a lo que afirmó en los considerandos 232 y 233 de la Decisión impugnada, no puede presumir que existen proveedores de la competencia capaces de fabricar una gama de productos comparable a la de HB, a costes tan eficientes como los de HB, que les permitan distribuir tales productos en puntos de venta con un volumen de negocios demasiado pequeño para interesar a HB, así como minoristas que, en el supuesto de que dejaran de ser abastecidos en helados por HB, estarían en condiciones de adquirir sus propios arcones congeladores. Del mismo modo, HB sostiene que no se ha demostrado que un revendedor independiente pueda prestar un servicio de distribución a un coste inferior y de manera más eficaz que HB ni que la naturaleza de los acuerdos de HB relativos a arcones congeladores impida por sí sola que surja un nuevo tipo empresarial de mayorista independiente.

- 126 HB sostiene que, en el contexto de la distribución, el término «indispensable» no significa que no exista ningún otro sistema de distribución de los productos, sino sencillamente que las restricciones son necesarias para realizar la política de distribución adoptada por el fabricante y que procuran ventajas en el sentido del artículo 85, apartado 3, del Tratado. HB estima que, si la exclusiva impuesta al punto de venta puede considerarse indispensable para obtener las mencionadas ventajas, tal como admiten claramente las exenciones por categoría de los acuerdos de distribución y de los acuerdos de abastecimiento exclusivo, lo mismo cabe decir de las cláusulas de exclusiva relativas a los arcones congeladores.
- 127 HB añade que, en caso de que se prohibiera la cláusula de exclusiva, ello tendría claramente un impacto negativo sobre su situación, así como sobre sus acuerdos de distribución. En primer lugar, HB sufriría una desventaja competitiva consistente en el hecho de que un competidor podría utilizar sus activos sin tener que invertir en el suministro de un arcón congelador a los puntos de venta afectados, pudiendo al mismo tiempo excluir a HB de los arcones que él hubiera suministrado. En segundo lugar, no sería posible presentar de un modo tan completo en el arcón congelador la misma oferta de productos de HB, lo que daría lugar a pérdidas de ventas. Los gastos de puesta a disposición y de mantenimiento del arcón congelador ya no podrían cubrirse *pro tanto*, puesto que dichos gastos se recuperan por medio de las ventas de helados. En tercer lugar, el coste de la distribución de los helados aumentaría tanto en los puntos de venta a que se refiere la Decisión impugnada como en los demás.

- 128 HB estima que su sistema de distribución beneficia a los consumidores, de conformidad con el artículo 85, apartado 3, del Tratado. De lo contrario, en efecto, la Comisión no habría estado satisfecha cuando, al adoptar la comunicación basada en el artículo 19, apartado 3, del Reglamento n° 17 (véase el apartado 12 *supra*), precisó que estaba justificada una exención. De hecho, gran parte de la lógica de la exención por categoría regulada en el Reglamento (CEE) n° 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (DO L 173, p. 5; EE 08/02, p. 114), perdería asimismo su sentido.
- 129 HB añade que sus acuerdos de distribución no le ofrecen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trata, ya que, incluso según la tesis de la Comisión, el 60 % del mercado de referencia no está compartimentado. HB aduce asimismo que la afirmación del considerando 245 de la Decisión impugnada de que hace mucho tiempo que no se produce un cambio esencial en la estructura competitiva del mercado de referencia es incorrecta desde el punto de vista fáctico, ya que la Decisión impugnada no tiene en cuenta la reciente aparición en dicho mercado de grandes proveedores innovadores como Mars, Nestlé y Häagen-Dazs.
- 130 La Comisión estima que la Decisión impugnada no incurre en ningún error lógico fundamental. En efecto, una exención sólo puede concederse previa ponderación de los efectos restrictivos del acuerdo y de las ventajas que procura. Dichas ventajas «no puede identificarse con todas las ventajas que las partes contratantes obtienen del acuerdo». La Comisión sostiene también que la Decisión impugnada examina por separado cada uno de los requisitos del artículo 85, apartado 3, del Tratado. Añade que en la Decisión impugnada llegó a la conclusión de que los acuerdos de HB no cumplían dichos requisitos, puesto que no contribuían a mejorar la distribución de los productos, no reservaban a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante de dicho sistema, no eran indispensables para alcanzar tales ventajas y dejaban a HB la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trata. Remitiéndose más específicamente al apartado 180 de la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, y al apartado 142 de la sentencia Schöller/Comisión, antes citada, esta institución estima que su análisis del primero de los cuatro requisitos enumerados en el artículo 85, apartado 3, del Tratado no incurre en error de Derecho.

- 131 Según la Comisión, el recurso de HB se centra en uno solo de los cuatro requisitos que deben cumplirse para obtener una exención, a saber, la mejora de la distribución de los productos o el fomento del progreso técnico o económico, y no aborda los restantes requisitos en detalle. Además, añade la Comisión, HB no ha demostrado que las ventajas resultantes de su sistema de distribución, suponiendo que existan, sean consecuencia de la cláusula de exclusiva y no de otros factores.
- 132 La Comisión sostiene que todos los requisitos que establece el artículo 85, apartado 3, del Tratado deben cumplirse simultáneamente. También estima que HB no ha rechazado, y ni siquiera ha discutido, las conclusiones que figuran en los considerandos 239 y 240 de la Decisión impugnada, según las cuales la cláusula de exclusiva reduce la libertad de elección de los consumidores y no garantiza que todo ahorro en términos de eficiencia repercuta sobre ellos. La Comisión rechaza la afirmación de HB según la cual la cláusula de exclusiva podría beneficiarse de una exención por analogía con las exenciones por categoría para la distribución exclusiva y la compra exclusiva. La Comisión estima que el equilibrio entre las restricciones y las ventajas que procuran, para cuya apreciación es determinante el concepto de carácter indispensable, es diferente en el caso de los helados de consumo impulsivo. Aunque para muchos productos las restricciones verticales de la libertad de los minoristas son aceptables porque estimulan la competencia entre las marcas, la competencia entre marcas es menos probable en lo que atañe a los productos de consumo impulsivo, ya que los consumidores generalmente no entran en una tienda con el fin de adquirir dichos productos y no tienen intención de comparar este tipo de productos recorriendo los distintos puntos de venta. Además, los beneficios de las mencionadas exenciones por categoría podrían desaparecer si hubiera una competencia insuficiente para los productos en cuestión, como ocurrió en el asunto Langnese-Iglo/Comisión, antes citado. Por otro lado, el hecho de que HB pueda sufrir un perjuicio si abandona una práctica comercial dada no significa que dicha práctica sea indispensable.
- 133 En cuanto al requisito relativo a la posibilidad de eliminar la competencia, que figura en el artículo 85, apartado 3, del Tratado, la Comisión sostiene que HB no se ha pronunciado sobre los considerandos 242 a 246 de la Decisión impugnada, relativos a la inexistencia de competencia en el mercado de referencia y a los obstáculos a la entrada de nuevos proveedores. A este respecto, la Comisión señala que HB se limita a rechazar su análisis según el cual hace mucho tiempo

que no se produce un cambio esencial en la estructura competitiva del mercado de referencia (considerando 245 de la Decisión impugnada). La Comisión reafirma que HB continúa dominando, de hecho, el 80 % del mercado de referencia.

- 134 La Comisión estima que la argumentación de HB, expuesta en el apartado 128 *supra*, es inexacta y constituye un motivo nuevo que no fue invocado en la demanda y cuya inadmisibilidad, por consiguiente, debe ser declarada en virtud del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 135 Constituye jurisprudencia reiterada que el control ejercido por el Tribunal de Primera Instancia sobre las apreciaciones económicas complejas efectuadas por la Comisión, en el ejercicio de la facultad de apreciación que le confiere el artículo 85, apartado 3, del Tratado, respecto a cada uno de los cuatro requisitos que establece, debe limitarse a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 1994, CB y Europay/Comisión, asuntos acumulados T-39/92 y T-40/92, Rec. p. II-49, apartado 109; Matra Hachette/Comisión, antes citada, apartado 104, y de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, Rec. p. II-289, apartado 288). No incumbe al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia.
- 136 Por otro lado, de una jurisprudencia reiterada se deduce que, en caso de que se pretenda obtener una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado, corresponde, en primer lugar, a las empresas interesadas presentar a la Comisión los elementos de prueba que puedan demostrar que el acuerdo reúne los requisitos exigidos por dicha disposición (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19, apartado 52; de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 45, y la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, apartado 179).

- 137 Para que la Comisión conceda una decisión individual de exención es necesario que el acuerdo o la decisión de la asociación de empresas cumpla acumulativamente los cuatro requisitos enunciados en el artículo 85, apartado 3, del Tratado. Basta con que uno solo de estos cuatro requisitos no se cumpla para que deba denegarse la exención (véanse, en este sentido, la sentencia VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartado 61; el auto del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 1996, SPO y otros/Comisión, C-137/95 P, Rec. p. I-1611, apartado 34, y las sentencias Matra Hachette/Comisión, antes citada, apartado 104, y SPO y otros/Comisión, antes citada, apartados 267 y 286).
- 138 Procede declarar que, contrariamente a lo que HB sostiene en el apartado 123 *supra*, de la Decisión impugnada se desprende con claridad que la Comisión analizó minuciosamente el acuerdo de distribución de HB a la luz de cada uno de los cuatro requisitos enumerados en el artículo 85, apartado 3, del Tratado (véanse los considerandos 221 a 254 de la Decisión impugnada).
- 139 En virtud del primero de los requisitos mencionados, los acuerdos que pueden quedar exentos deberán «[contribuir] a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico». A este respecto, debe indicarse que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia se deduce que la mejora no puede identificarse con todas las ventajas que las partes contratantes obtienen del acuerdo en relación con su actividad de producción o de distribución. Esta mejora debe presentar, en particular, ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 502, y la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, apartado 180).
- 140 El examen de este primer requisito se llevó a cabo en los considerandos 222 a 238 de la Decisión impugnada. La Comisión reconoció, en particular, que los acuerdos de puesta a disposición de arcones congeladores de HB podían garantizar algunas o todas las ventajas descritas en el quinto considerando del Reglamento nº 1984/83, tanto a la propia HB como a los minoristas que son parte en los referidos acuerdos, y que el método de distribución que utiliza

actualmente HB podía proporcionarle, así como a sus minoristas, algunas ventajas en términos de eficiencia en materia de planificación, de organización y de distribución. Ahora bien, la Comisión consideró que tales acuerdos no presentaban ventajas objetivas apreciables que pudieran compensar los inconvenientes que generaban en el ámbito de la competencia. Para fundamentar esta afirmación, la Comisión estimó que los acuerdos de puesta a disposición de los arcones congeladores de que se trata reforzaban considerablemente la posición de HB en el mercado de referencia, especialmente frente a sus potenciales competidores. A este respecto, la Comisión señaló con acierto que el reforzamiento de una empresa tan importante como HB en el mercado de referencia no estimulaba la competencia, sino que la frenaba, puesto que la red de acuerdos de dicha empresa constituía un poderoso obstáculo para el acceso de nuevos competidores al mercado, así como para la expansión en ese mismo mercado de los competidores existentes (véanse, en particular, los considerandos 225 y 236 de la Decisión impugnada y, por analogía, la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, apartado 182). Procede recordar asimismo que el grado de compartimentación del mercado de referencia es del orden del 40 % (véase el apartado 98 *supra*) y no del 6 %, como sostiene HB (véase el apartado 124 *supra*).

- 141 Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia considera que, contrariamente a lo que alega HB (véase el apartado 123 *supra*), la Comisión tuvo en cuenta acertadamente los obstáculos que la cláusula de exclusiva suponía para el acceso al mercado de referencia, y, en consecuencia, el debilitamiento de la competencia resultante, a la hora de valorar el acuerdo de distribución de HB a la luz del primer requisito del artículo 85, apartado 3, del Tratado (véanse, por analogía, las sentencias Consten y Grundig/Comisión, Rec. p. 502, y Langnese-Iglo/Comisión, apartado 180, antes citadas). De lo anterior se deduce que no puede admitirse el argumento de HB mencionado en el apartado 122 *supra*, según el cual los considerandos 222 a 225 de la Decisión impugnada incurren en un error lógico fundamental en lo que atañe a la relación entre el artículo 85, apartado 1, del Tratado y el apartado 3 de ese mismo artículo, habida cuenta de que, según reiterada jurisprudencia en la materia, la Comisión tiene obligación de comprobar si existen ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que un acuerdo genera en el ámbito de la competencia.
- 142 Procede declarar asimismo que los acuerdos de distribución de HB presentan dos aspectos particulares, a saber, por un lado, el hecho de que se pongan arcones congeladores a disposición de los minoristas «de forma gratuita» y, por otro, el

compromiso por parte de estos minoristas de utilizar tales arcones únicamente para guardar helados de HB. Pues bien, las ventajas que proporcionan los acuerdos en cuestión tienen su origen en el primero de los aspectos mencionados y, por consiguiente, pueden obtenerse incluso sin cláusula de exclusiva.

- 143 Además, debe admitirse la afirmación de la Comisión en el considerando 227 de la Decisión impugnada, según la cual, si bien la gran disponibilidad en los puntos de venta de arcones congeladores suministrados a los minoristas para la venta de helado de consumo impulsivo, que cubren la totalidad del mercado geográfico, debida en gran parte a la red de arcones de HB, puede considerarse una ventaja objetiva de interés general en materia de distribución de esos productos, resulta poco probable, sin embargo, que HB dejara definitivamente de suministrar arcones congeladores a los minoristas, independientemente de las condiciones de suministro, con excepción de un pequeño número de casos, en el supuesto de que se restringiera su facultad de imponer una obligación de exclusiva relativa a dichos arcones. HB no ha demostrado que la Comisión incurriera en un error manifiesto al considerar que a una sociedad como HB, que desea conservar su posición en el mercado de referencia, la realidad comercial la obliga a estar presente en el mayor número posible de puntos de venta (véanse el considerando 228 y el apartado 125 *supra*). En efecto, contrariamente a lo que HB sostiene, la Comisión no se contentó con presumir que dicha sociedad continuaría suministrando arcones congeladores en el mercado de referencia, sino que llevó a cabo un análisis prospectivo de cómo sería el funcionamiento de dicho mercado con posterioridad a la adopción de la Decisión impugnada. Además, contrariamente a lo que sostiene HB (véase el apartado 125 *supra*), la Comisión podía invocar válidamente el argumento según el cual los fabricantes competidores de HB podrían aplicar una política consistente en suministrar arcones congeladores a aquellos puntos de venta que realizan volúmenes de negocios demasiado pequeños en el sector de los helados de consumo impulsivo para interesar a HB, y ello en condiciones más ventajosas que las que los propios minoristas podrían esperar obtener si HB dejara de suministrar arcones a ciertos puntos de venta. Del mismo modo, la Comisión podía válidamente tener en cuenta la posibilidad de que fueran instalados arcones congeladores por revendedores independientes que se abastecieran en diferentes fuentes y satisficieran la demanda de todos los puntos de venta a los que HB hubiera retirado sus aparatos o a los que decidiera no suministrar tales aparatos. Al tratarse de un análisis prospectivo de la Comisión, tan sólo podría refutarse, como viciado de un error manifiesto de apreciación, sobre la base de elementos concretos aportados por HB, cosa que esta sociedad no ha hecho en el caso presente.

- 144 Dado que los acuerdos de distribución de HB no cumplen el primero de los requisitos enunciados en el artículo 85, apartado 3, del Tratado, procede desestimar el tercer motivo, sin que resulte necesario examinar si la Comisión incurrió en error manifiesto en lo que atañe a la apreciación de los restantes requisitos que figuran en dicha disposición. En efecto, basta con que uno solo de los cuatro requisitos no se cumpla para que deba denegarse la exención.

*Sobre el cuarto motivo, basado en errores de Derecho en la aplicación del artículo 86 del Tratado*

#### Alegaciones de las partes

- 145 En su demanda, HB no cuestiona las comprobaciones de la Decisión impugnada relativas a la existencia de una posición dominante, sino únicamente las relativas a la explotación abusiva de esa posición (véase el considerando 263), y especialmente el hecho de que dicha empresa induzca a los minoristas a aceptar una cláusula de exclusiva proponiéndoles el suministro y el mantenimiento de arcones congeladores sin costes directos para dichos minoristas.
- 146 No obstante, en la vista y en sus observaciones sobre el escrito de formalización de la intervención de Mars, HB afirmó que no ostentaba una posición dominante. HB alega que, si la posición dominante se define, como ha indicado el Tribunal de Justicia, por la capacidad de conservar cuotas de mercado a lo largo del tiempo, «sin que aquellos que posean cuotas sensiblemente más pequeñas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota mayor» (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hofmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 41), entonces ella no dispone manifiestamente de tal posición. Otros muchos proveedores, y en particular empresas multinacionales como Nestlé y Mars, tienen capacidades ampliamente suficientes para abastecer a los minoristas-clientes de HB en el caso de que éstos quisieran apartarse de ella.

- 147 HB estima que resulta extraño calificar de abusiva una práctica ampliamente extendida, cuando la Comisión no pretende caracterizarla como una práctica que tenga por objeto restringir la competencia y cuando se ha reconocido que atribuye ventajas a las partes en el acuerdo.
- 148 HB refuta el argumento de la Comisión según el cual la cláusula de exclusiva vulnera la libertad de los minoristas para elegir a los proveedores basándose en la calidad de sus productos. Por otro lado, esta afirmación está en contradicción con el considerando 259 de la Decisión impugnada, que reconoce expresamente que la inmensa mayoría de los minoristas optan por vender los productos de HB, y ello a menudo con carácter exclusivo. HB añade que un elevado número de los minoristas en cuestión se abstendrían por completo de vender helados si no se pusiera a su disposición un arcón congelador. Abastecer en helados a los pequeños minoristas y poner a su disposición un arcón congelador contribuye a mejorar la eficacia general de HB y a intensificar la competencia. HB estima que el razonamiento del Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones relativas al asunto en el que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, Rec. pp. I-7791 y ss., especialmente p. I-7794), en especial aquel que se expone en los puntos 57 y 65, resulta asimismo aplicable a la cláusula de exclusiva. En efecto, el hecho de suministrar arcones congeladores en condiciones de exclusiva es una característica de la competencia en el mercado de referencia. HB alega que sus arcones congeladores no son una «infraestructura esencial» («essential facility»), dado que no existe obstáculo material alguno que impida a los competidores de HB instalar arcones congeladores en aquellos puntos de venta que deseen disponer de helados de consumo impulsivo de otras marcas.
- 149 HB sostiene también que la posición de la Comisión relativa a la compartimentación del mercado es inaceptable a la luz del artículo 86 del Tratado, puesto que, en todos aquellos casos en los que una exclusiva vertical fue considerada un abuso, el Tribunal de Justicia o el Tribunal de Primera Instancia aplicaron, expresa o implícitamente, un umbral o un criterio mínimo de compartimentación del mercado (sentencias del Tribunal de Justicia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada; de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, y Michelin/Comisión, antes citada, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, T-65/89, Rec. p. II-389). HB sostiene que, teniendo en cuenta que el porcentaje de puntos de venta potencialmente inaccesibles a causa del suministro de arcones congeladores no rebasa el 6 %, no se ha alcanzado el umbral de efecto sensible que se requiere

para que exista un abuso consistente en una compartimentación del mercado por medio de una cláusula de exclusiva.

- 150 En su réplica HB afirma que los análisis de la Comisión relativos a los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado están inextricablemente unidos, de manera que dicha institución «recicló» los hechos relativos al artículo 85 del Tratado para subsumirlos en el artículo 86 del Tratado, siendo así que esta práctica fue criticada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión (asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Rec. p. II-1403), apartado 360 (en lo sucesivo, «sentencia Vidrio plano»).
- 151 La Comisión, apoyada por las coadyuvantes, recuerda que el concepto de abuso es un concepto objetivo (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada). Y así, «el refuerzo de la posición que ocupa la empresa puede ser abusivo y estar prohibido por el artículo 86 del Tratado, cualesquiera que sean los medios o procedimientos utilizados al efecto» (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 27). En cuanto al argumento que HB basa en que la cláusula de exclusiva no puede constituir un abuso porque se trata de una práctica habitual, la Comisión aduce que incluso una práctica habitual en la industria puede constituir un abuso de posición dominante. La Comisión añade que HB no puede invocar válidamente el hecho de que la situación sea el resultado de la libre elección de los minoristas. En efecto, concluye la Comisión, HB indujo a los minoristas a celebrar acuerdos que contenían una cláusula de exclusiva, lo que constituye el abuso.
- 152 Según la Comisión, la cláusula de exclusiva constituye un obstáculo para la entrada y la expansión de otros proveedores en el mercado de referencia y refuerza la supremacía en dicho mercado del proveedor ya instalado en él. De este modo, continúa la Comisión, la eventual competencia por parte de proveedores existentes o potenciales queda reducida al mínimo. Se impide a los minoristas ejercitar su libertad de elección en lo que atañe a los productos que desean tener a la venta y en lo relativo a la optimización de la superficie del punto de venta. Además, se restringe la elección de los consumidores. La Comisión sostiene que la práctica de HB consistente en vincular el coste del arcón congelador a una cláusula de exclusiva, cuando no existe ninguna relación objetiva entre ambos,

difiere de las condiciones de la competencia normal en el sector de los bienes de consumo. Por otro lado, los puntos de venta en cuestión suponen el 40 % de todos los puntos de venta y no el 6 %, como sostiene HB. La Comisión alega, por último, que HB no ha precisado ni la naturaleza jurídica ni el origen de su «umbral de tolerancia» y no ha explicado por qué razón un abuso de tal magnitud podría quedar excluido del ámbito de aplicación del artículo 86 del Tratado.

- 153 La Comisión subraya asimismo que el análisis que efectuó en relación con el artículo 85 del Tratado es distinto del que hizo desde el punto de vista del artículo 86 del Tratado, de manera que HB no puede basar su argumentación en la sentencia Vidrio plano. La Comisión indica que, en aquella sentencia, el Tribunal de Primera Instancia estimó que la Comisión había «reciclado» los hechos constitutivos de una infracción del artículo 85 del Tratado y había llegado a la conclusión, sin llevar a cabo ningún estudio de mercado, de que las partes tenían conjuntamente una cuota de mercado considerable, para posteriormente deducir de este único hecho que aquéllas ostentaban una posición dominante colectiva y acabar declarando que su comportamiento ilícito constituía un abuso de dicha posición.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 154 Es jurisprudencia reiterada que cuotas de mercado muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. El hecho de tener una cuota de mercado muy elevada coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa —sin que aquellos que posean cuotas sensiblemente más pequeñas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota mayor—, en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya sólo por eso, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, apartado 41, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de noviembre de 2001, AAMS/Comisión, T-139/98, Rec. p. II-3413, apartado 51). Además, una posición dominante es una posición de poder económico que tiene una empresa, que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de

referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, 27/76, Rec. p. 207, apartado 65, y sentencia *AAMS/Comisión*, antes citada, apartado 51).

155 Procede recordar, en primer lugar, que la Decisión impugnada define el mercado de referencia como el de los helados individuales con envoltorio y de consumo impulsivo, en el ámbito territorial de Irlanda (considerandos 138 y 140 de la Decisión impugnada), y que HB no cuestiona el carácter fundado de esta definición. Sin haber refutado lo que afirma la Comisión en los considerandos 28 y 259 de la Decisión impugnada, es decir, que la cuota en volumen y en valor de HB en el mercado de referencia es superior al 75 % y que conservó esa cuota intacta durante varios años, dicha empresa estima que no ostenta una posición dominante en ese mercado. En el momento de adoptarse la Decisión impugnada, la cuota que HB poseía en el mercado de referencia se elevaba al 89 % (véase el apartado 90 *supra*). A este respecto, es preciso recordar asimismo que los restantes proveedores de helados de consumo impulsivo presentes en dicho mercado, tales como Mars y Nestlé, tienen cuotas muy pequeñas (véanse los considerandos 32 y 34 de la Decisión impugnada), y ello pese a que estas últimas son empresas importantes en los mercados conexos de los dulces y del chocolate y venden tales productos en los mismos puntos de venta que los que son objeto del caso de autos. Por otro lado, Mars y Nestlé disponen de marcas notorias para sus productos, así como de la experiencia y capacidad financiera necesarias para introducirse en nuevos mercados. De lo anterior se deduce que HB no sólo tiene una cuota muy elevada en el mercado de referencia, sino que, además, existe una diferencia considerable entre su cuota de mercado y las cuotas de sus competidores inmediatos en dicho mercado.

156 Por otro lado, de los documentos obrantes en autos de desprende, entre otras cosas, que HB dispone de la gama de productos más amplia y más popular en el mercado de referencia; que es el único proveedor de helados de consumo impulsivo en el 40 % aproximadamente de los puntos de venta del mercado de referencia; que forma parte del grupo multinacional Unilever, grupo que produce y comercializa helados desde hace muchos años en todos los Estados miembros y en otros muchos países en los que las empresas del grupo son muy a menudo los más importantes proveedores de sus mercados respectivos, y que la marca HB goza de una gran notoriedad. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión declaró acertadamente que para numerosos minoristas en

el mercado de referencia es inevitable mantener relaciones comerciales con HB y que esta empresa ostenta una posición dominante en dicho mercado.

- 157 Es preciso a continuación comprobar si está debidamente fundada la conclusión a la que llega la Comisión en la Decisión impugnada relativa a la explotación abusiva por HB de su posición dominante en el mercado de referencia. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a los comportamientos de una empresa que ocupa una posición dominante que puedan influir sobre la estructura de un mercado en el que, a raíz precisamente de la presencia de la empresa de que se trate, el nivel de competencia está ya debilitado y que dan lugar, mediante un recurso a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios en función de las prestaciones de los operadores económicos, a una obstaculización del mantenimiento del nivel de competencia existente aún en el mercado o del desarrollo de dicha competencia (sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, apartado 91, y AKZO/Comisión, antes citada, apartado 69). De lo anterior se deduce que el artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor, y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. La prohibición que impone dicha disposición se justifica asimismo por el objetivo de no ocasionar un perjuicio a los consumidores (véanse, en este sentido, la sentencia Europemballage y Continental Can/Comisión, antes citada, apartado 26, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 526 y 527).
- 158 Por consiguiente, aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 57).
- 159 El Tribunal de Primera Instancia declara, con carácter liminar, que HB sostiene acertadamente que la puesta a disposición de arcones congeladores con sujeción a una condición de exclusiva constituye una práctica habitual en el mercado de

referencia (véase el apartado 85 *supra*). En una situación normal de mercado competitivo, estos acuerdos se celebran en interés de ambas partes y, en principio, no están prohibidos. Sin embargo, estas consideraciones, aplicables en situación normal de mercado competitivo, no pueden admitirse sin reservas en el caso de un mercado en el que, debido precisamente a la posición dominante que ocupa una de las empresas, la competencia se encuentra ya restringida. En efecto, las actividades comerciales que contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos y que tienen un efecto saludable sobre el juego de la competencia en un mercado en equilibrio pueden restringir dicho juego cuando las lleva a cabo una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado pertinente. En lo que atañe a la naturaleza de la cláusula de exclusiva, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión consideró acertadamente, en la Decisión impugnada, que HB explotaba de manera abusiva su posición dominante en el mercado de referencia, en el sentido de que incitaba a determinados minoristas, aquellos que para guardar los helados de consumo impulsivo no poseían su propio arcón congelador ni disponían de un arcón procedente de un proveedor de helados distinto de HB, a aceptar acuerdos de suministro de arcones congeladores con sujeción a una condición de exclusiva. Esta infracción del artículo 86 adopta en el caso presente la forma de una oferta de suministro de arcones congeladores a los minoristas y de mantenimiento de dichos aparatos sin costes directos para los minoristas.

160 El hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado vincule *de facto* al 40 % de los puntos de venta del mercado de referencia —aunque sea a petición de éstos— mediante una cláusula de exclusiva, que opera en realidad como una exclusiva impuesta a dichos puntos de venta, constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado. En efecto, la cláusula de exclusiva tiene por efecto impedir a los minoristas en cuestión vender helados de otras marcas o reducir sus posibilidades de realizar tales ventas, y ello incluso cuando existe una demanda de esas marcas, e impedir el acceso de fabricantes competidores al mercado de referencia. De ello se deduce que el argumento de HB mencionado en el apartado 149 *supra*, según el cual el porcentaje de puntos de venta potencialmente inaccesibles a causa del suministro de arcones congeladores no rebasa el 6 %, es incorrecto y debe ser desestimado.

161 Por otra parte, las referencias de HB a las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Bronner, antes citado, no son pertinentes para el caso de

autos, ya que, como acertadamente sostiene la Comisión en sus escritos, en la Decisión impugnada dicha institución no afirmó que los arcones congeladores de HB sean una «infraestructura esencial», extremo que constituye la cuestión examinada en aquellas conclusiones, y la aplicación de dicha Decisión no obliga a que HB ceda un elemento de su activo ni a que celebre contratos con personas que no haya elegido.

- 162 Además, en lo que atañe al argumento de HB relativo al «reciclado» de los hechos (véase el apartado 150 *supra*), el Tribunal de Primera Instancia estima que debe ser desestimado. Contrariamente a lo que se había criticado en la sentencia Vidrio plano, la Comisión no se limitó a un «reciclado» de los hechos constitutivos de una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, a fin de declarar que el comportamiento en cuestión violaba también el artículo 86 del Tratado. En el caso de autos, la Comisión llevó a cabo en la Decisión impugnada un análisis pormenorizado del mercado de referencia y llegó a la conclusión de que HB ocupaba una posición dominante en dicho mercado. A continuación, la Comisión declaró acertadamente que, al incitar a los minoristas a abastecerse exclusivamente en HB en las condiciones expuestas en los apartados 159 y 160 *supra*, dicha empresa utilizó medios diferentes de los que rigen una competencia normal en el sector de los bienes de consumo.

- 163 Por consiguiente, procede desestimar el cuarto motivo.

*Sobre el quinto motivo, basado en errores de Derecho relacionados con la vulneración del derecho de propiedad y con la infracción del artículo 222 del Tratado*

Alegaciones de las partes

- 164 HB alega que la aplicación de las normas sobre competencia en la Decisión impugnada supone una violación injustificada y desproporcionada de su derecho de propiedad, tal como este derecho se reconoce en el artículo 222 del Tratado. HB admite que el derecho de propiedad no tiene carácter absoluto, pero subraya

que ninguna restricción del mismo puede constituir una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1979, Hauer, 44/79, Rec. p. 3727). De este modo, la prohibición de la cláusula de exclusiva tiene por objeto permitir que los arcones congeladores cuyo coste y mantenimiento asume HB se utilicen para guardar helados suministrados por terceros, lo que, según esta empresa, afecta gravemente a su derecho de propiedad sobre los arcones congeladores y, de un modo más general, a sus intereses económicos. HB estima que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión en el considerando 219 de la Decisión impugnada, su derecho de propiedad no puede garantizarse de modo apropiado mediante la percepción de un alquiler separado por el arrendamiento del arcón congelador. HB afirma que la gestión y percepción de un alquiler supondría gastos sustanciales de funcionamiento y que un alquiler no compensaría las disfunciones económicas que afectarían a su sistema de distribución como consecuencia del almacenamiento de helados de terceros en sus arcones congeladores. HB afirma que, además, se vería manifiestamente desfavorecida frente a sus competidores, los cuales podrían continuar poniendo a disposición de los minoristas arcones congeladores de forma gratuita.

- 165 HB cuestiona asimismo la alegación de la Comisión (véase el considerando 213 de la Decisión impugnada) según la cual, al haber instalado dicha empresa arcones congeladores en puntos de venta al por menor, las normas sobre competencia pueden resultar aplicables a toda restricción contractual que imponga sobre el uso de los mismos. HB subraya que en el sector de la propiedad intelectual e industrial se admite que los elementos consustanciales del derecho de propiedad no sólo incluyen el derecho de conceder licencias (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 1988, Allen & Hanburys, 434/85, Rec. p. 1245, apartado 11), el de negarse a conceder una licencia a un tercero (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, Volvo, 238/87, Rec. p. 6211, apartado 8) y el de evitar la vulneración de los derechos (sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 1993, Collins, asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145), sino también las disposiciones particulares de un contrato de licencia [véanse los considerandos 75, 79, 85, 86, 90 y 100 de la Decisión 83/400/CEE de la Comisión, de 11 de julio de 1983, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/29.395 — Windsurfing International) (DO L 229, p. 1)]. Pues bien, concluye HB, la cláusula de exclusiva es cualitativamente comparable a los tipos de cláusulas autorizadas en las licencias de derechos en materia de propiedad intelectual e industrial.

- 166 HB señala que el valor económico de su red de arcones congeladores reside en el hecho de que dispone en los puntos de venta de las instalaciones necesarias para

almacenar y vender sus helados, en particular en aquellos puntos de venta que, sin el suministro de un arcón congelador, no podrían vender helados, por no poder invertir en arcones congeladores de su propiedad. Por consiguiente, el derecho de HB a controlar los arcones congeladores y el hecho de que dicha empresa insista en la exclusiva a la que éstos están sujetos son consecuencia de la propia sustancia o esencia de sus derechos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, Alsatel, 247/86, Rec. p. 5987).

- 167 La Comisión, apoyada por las coadyuvantes, alega que no se vulneró el derecho de propiedad de HB. La Comisión aduce que HB ya cedió a los minoristas una parte de sus derechos sobre los arcones congeladores, a cambio del pago de un precio. Así pues, HB sigue siendo propietaria, pero confirió algunos derechos a dichos minoristas. Por consiguiente, el hecho de que HB afirme que su derecho de propiedad fue «confiscado» no es sino retórica. Incumbe a los minoristas, concluye la Comisión, pagar el suministro del arcón congelador, cuyo coste está incluido en el de los helados.
- 168 Por otro lado, la Comisión estima que el hecho de que se autorice a los minoristas a utilizar los arcones congeladores de HB para vender helados de otras marcas no convierte a tales minoristas en «ventajistas», puesto que HB puede recuperar el coste de su inversión de varias maneras y, en particular, exigiendo el pago de un alquiler diferenciado por la puesta a disposición del arcón congelador. La Comisión rechaza la afirmación de HB de que es difícil percibir un alquiler de ese tipo, habida cuenta de que dicha empresa ya factura a los minoristas el suministro de los helados. La Comisión sostiene que HB no ha acreditado que un sistema de alquiler diferenciado provocaría disfunciones económicas en su red de distribución. Por otra parte, la Comisión estima que HB no se verá penalizada en relación con sus competidores aunque estos continúen poniendo a disposición de los minoristas arcones congeladores de forma gratuita, puesto que, si el coste de los helados se desglosa del coste del arcón, el resultado debería ser financieramente neutro para aquellos minoristas que continúen comprando helados de HB y almacenándolos en los arcones congeladores suministrados por esta empresa.
- 169 La Comisión aduce que el paralelismo que HB establece entre su derecho de propiedad y el sector de la propiedad intelectual e industrial es erróneo, ya que los titulares de derechos en materia de propiedad intelectual o industrial obtienen cierta protección con vistas a permitirles recuperar sus inversiones en los

productos en cuestión. Según la Comisión, el interés público que representa la libre competencia debe ponderarse con el interés público que representa la puesta a punto de nuevos medicamentos u otros resultados útiles que benefician a la sociedad en su conjunto tanto como al fabricante. El interés público que revisten los helados es distinto. En todo caso, concluye la Comisión, aunque las normas sobre propiedad intelectual e industrial pudieran aplicarse a la situación de HB, los asuntos que esta empresa cita en el apartado 165 *supra* prueban que el titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial no goza, desde el punto de vista de las normas sobre la competencia, de total inmunidad en lo que atañe a la manera en que vende sus productos.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 170 Según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, pero no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (sentencias del Tribunal de Justicia Hauer, antes citada, apartado 23; de 11 de julio de 1989, Schröder, 265/87, Rec. p. 2237, apartado 15, y de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. p. I-4973, apartado 78). El artículo 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tras su modificación] prevé que, para alcanzar los fines de la Comunidad, la acción de ésta implicará «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior». De ello se deduce que la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado constituye uno de los aspectos del interés público comunitario (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas en el asunto en el que recayó la sentencia Masterfoods y HB, antes citada, Rec. pp. I-11369 y ss., especialmente p. I-11371). Por consiguiente, con arreglo a los referidos artículos pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones no sean desmesuradas y no afecten a la propia esencia de dicho derecho.

- 171 El derecho de propiedad controvertido en el presente asunto versa sobre el parque de arcones congeladores de HB y sobre el derecho de dicha empresa a explotarlos comercialmente. Pues bien, la Decisión impugnada no afecta en modo alguno al título de propiedad de HB sobre sus activos, sino que se limita a regular, en aras del interés público, una forma particular de explotación de aquéllos, de la misma manera, por ejemplo, que en numerosos Estados miembros el legislador interviene para proteger al arrendatario. La Decisión impugnada no priva a HB de su derecho de propiedad sobre su parque de arcones congeladores ni le impide explotar esos activos dándolos en arrendamiento en condiciones comerciales. Se limita a prever que, si HB decide explotar tales activos suministrándolos «de forma gratuita» a los minoristas, no podrá hacerlo sobre la base de una cláusula de exclusiva mientras disponga de una posición dominante en el mercado de referencia. De lo anterior se deduce que la Comisión declaró acertadamente en la Decisión impugnada que la cláusula de exclusiva constituía una infracción de lo dispuesto en los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado en lo que atañe a aquellos puntos de venta que, para el almacenamiento de helados de consumo impulsivo, únicamente poseen arcones congeladores suministrados por HB y que no disponen ni de su propio arcón congelador ni de ningún arcón procedente de otro fabricante, y desestimó la solicitud de exención de la cláusula de exclusiva que HB había presentado en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado. Acto seguido, la Comisión se limitó a requerir a HB para que pusiera fin inmediatamente a las referidas infracciones y se abstuviera de adoptar medidas con el mismo objeto o el mismo efecto. Por consiguiente, la Decisión impugnada no contiene ninguna limitación indebida del ejercicio del derecho de propiedad de HB sobre sus arcones congeladores.
- 172 Por otro lado, habida cuenta de la apreciación efectuada en el apartado 114 *supra*, procede rechazar el argumento de HB expuesto en el apartado 164 *supra*, basado en los inconvenientes relacionados con la exigencia de un alquiler separado por el arrendamiento de los referidos arcones congeladores. En cuanto al argumento de HB, expuesto en el apartado 164 *supra*, según el cual dicha empresa se vería desfavorecida frente a competidores que podrían continuar poniendo a disposición de los minoristas arcones congeladores de forma gratuita, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que los acuerdos de distribución de HB, a diferencia de los acuerdos de sus competidores, contribuyen de manera significativa a la compartimentación del mercado de referencia. Además, al disponer HB de una posición dominante en dicho mercado, incumbe a esta empresa, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 57, y apartado 158 *supra*).

173 Por consiguiente, también debe desestimarse el quinto motivo.

*Sobre el sexto motivo, basado en la infracción del artículo 190 del Tratado*

Alegaciones de las partes

- 174 HB alega que la Decisión impugnada infringe el artículo 190 del Tratado, al menos en cuatro aspectos. En primer lugar, la definición de «cierre» del mercado de la Comisión evolucionó entre el pliego de cargos de 1993 y el de 1997. HB añade que la Comisión cambió de opinión con respecto a ella durante ese mismo período. En segundo lugar, el hecho de que la Comisión no haya aplicado a la cláusula de exclusiva el razonamiento seguido en la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, relativo a la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado, supone que la Decisión impugnada está insuficientemente motivada. En tercer lugar, HB estima que las conclusiones que la Comisión deduce de los hechos del caso de autos no están debidamente fundamentadas desde un punto de vista lógico, lo que tiene como consecuencia que la Decisión impugnada adolezca de motivación insuficiente. En cuarto lugar, el hecho de que la Comisión haya omitido explicar por qué razón la exclusiva de los arcones congeladores de HB no era indispensable para alcanzar las ventajas derivadas de los acuerdos de HB sobre puesta a disposición de tales arcones, a los efectos del artículo 85, apartado 3, del Tratado, siendo así que, tanto en su pliego de cargos de 1993 como en la comunicación de 1995 (véase el apartado 12 *supra*), dicha institución había reconocido que tal exclusiva podía beneficiarse de una exención, tiene como consecuencia que la Decisión impugnada adolezca de motivación insuficiente.
- 175 La Comisión, apoyada por las coadyuvantes, recuerda, por un lado, que, según el artículo 190 del Tratado, está obligada a indicar las razones que hayan conducido a la decisión adoptada efectivamente, pero no aquellas razones que, en una fase anterior, hubieran podido llevarla o no a adoptar una decisión diferente. Por otro lado, la Comisión sostiene que no ha modificado de manera significativa su análisis desde 1993. En todo caso, la Comisión afirma que tiene derecho a

adoptar una posición diferente de su posición inicial en presencia de hechos nuevos. De este modo, tuvo en cuenta las sentencias Langnese-Iglo/Comisión, y Schöller/Comisión, antes citadas, dictadas ambas con posterioridad al pliego de cargos de 1993.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 176 Según reiterada jurisprudencia, el alcance de la obligación de motivación depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado. La motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución, de modo que, por una parte, dé a los interesados una indicación suficiente sobre si el acto está bien fundado o si eventualmente adolece de algún vicio que permita impugnar su validez, y, por otra parte, permita al juez comunitario el ejercicio de su control de legalidad (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 226, y de 17 de febrero de 2000, Stork Amsterdam/Comisión, T-241/97, Rec. p. II-309, apartado 73). No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 190 del Tratado debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 1985, Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comisión, asuntos acumulados 296/82 y 318/82, Rec. p. 809, apartado 19; de 14 de febrero de 1990, Delacre y otros/Comisión, C-350/88, Rec. p. I-395, apartados 15 y 16, y de 29 de febrero de 1996, Bélgica/Comisión, C-56/93, Rec. p. I-723, apartado 86).

- 177 Procede hacer constar, con carácter liminar, que, mediante el segundo y el tercero de los argumentos mencionados en el apartado 174 *supra*, HB no lleva a cabo la imprescindible distinción entre la obligación de motivación y la legalidad de la Decisión impugnada en cuanto al fondo. En efecto, bajo la apariencia de una supuesta motivación insuficiente, HB imputa a la Comisión un error de Derecho y un error manifiesto de apreciación de los hechos. HB no critica la falta de motivación, sino más bien el fundamento de la misma. De ello se deduce que los mencionados argumentos deben desestimarse en el marco del presente motivo.

- 178 Por lo que se refiere al primero y al cuarto de los argumentos de HB, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión explicó, concretamente en los considerandos 7 y 247 de la Decisión impugnada, que si reconsideró su inicial juicio favorable, contenido en su comunicación de 15 de agosto de 1995, ello fue debido a que las modificaciones que HB había propuesto para su sistema de distribución no habían producido los resultados esperados en términos de libre acceso a los puntos de venta. Así pues, la Comisión motivó de un modo suficiente su decisión de reconsiderar su posición inicial. Por otro lado, del considerando 241 de la Decisión impugnada se desprende claramente que la Comisión estimó que HB no había demostrado que las supuestas ventajas aportadas por los acuerdos de distribución, que llevarían a la mejora general de la producción y distribución en beneficio, entre otros, de los consumidores, no podían alcanzarse con igual efectividad eliminando la exclusiva en favor de los productos de HB y, por tanto, el vínculo entre el suministro de arcones congeladores y el de helados, y del considerando 247 se deduce que, por esa razón especialmente, los acuerdos de que se trata no podían acogerse a una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado.
- 179 De lo anterior se deduce que el motivo basado en el incumplimiento de la obligación de motivación que prevé el artículo 190 del Tratado carece de fundamento.

*Sobre el séptimo motivo, basado en la vulneración de los principios fundamentales del Derecho comunitario*

#### Alegaciones de las partes

- 180 HB alega que la Comisión, al no haber observado los términos de su comunicación de 1995 (véase el apartado 12 *supra*), violó el principio de protección de la confianza legítima, al no existir ningún «interés público perentorio». Las circunstancias que rodearon al «acuerdo» celebrado en 1995 entre HB y la Comisión relativo a las modificaciones de su sistema de distribución y a su aplicación por dicha empresa eran adecuadas para hacerle albergar

expectativas legítimas de que la Comisión, por un lado, adoptaría una posición favorable en relación con los acuerdos modificados relativos a la exclusiva sobre los arcones congeladores y de que, por otro, no reconsideraría su posición ni procedería a una nueva formulación del expediente en lo que atañe a los hechos y al Derecho. HB añade que si el mundo de los negocios no pudiera confiar en que la Comisión se comporte según lo convenido, quedaría desacreditado el sistema de cartas de compatibilidad y de solución informal de las controversias.

- 181 HB estima que la Comisión violó también el principio de subsidiariedad e incumplió su deber de leal cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales. HB recuerda que un procedimiento idéntico estaba pendiente ante los tribunales irlandeses, y sostiene que ningún interés comunitario justificaba la intervención de la Comisión, puesto que el asunto versaba sobre el abastecimiento de los consumidores irlandeses por parte de una sociedad irlandesa, a través de minoristas irlandeses, en productos específicos del mercado irlandés.
- 182 HB sostiene asimismo que la Comisión violó el principio de seguridad jurídica al adoptar la Decisión impugnada, ya que se encontraba pendiente ante los tribunales irlandeses un recurso de casación, para el que se había señalado vista antes de que se adoptara dicha Decisión. Por otro lado, HB señala que la High Court adoptó una posición diametralmente opuesta a la de la Comisión. Aunque la Comisión tenga el deber de tener en cuenta los intereses de las denunciante, la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1993, C 39, p. 6) indica con claridad que «normalmente no hay interés comunitario suficiente en proseguir el examen de un asunto cuando el demandante esté en condiciones de obtener una protección adecuada de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales» y que «en ese caso, la denuncia suele archivararse».
- 183 HB añade que la Decisión impugnada infringe el principio de proporcionalidad por cuanto priva a dicha empresa del valor económico de su parque de arcones congeladores, de manera tal que vulnera de un modo desproporcionado su derecho de propiedad. Según HB, la Decisión impugnada es asimismo des-

proporcionada porque declara inválidos todos los acuerdos de dicha empresa sobre puesta a disposición de arcones congeladores en la parte del mercado supuestamente cerrada, lo que resulta contrario a las sentencias Delimitis, y Langnese-Iglo/Comisión, antes citadas, sentencias que, según HB, han admitido que no es necesario que se supriman todos los obstáculos para el acceso al mercado, siempre y cuando exista una verdadera posibilidad de penetración y de expansión en el mismo. HB afirma también que la Decisión impugnada viola el principio de proporcionalidad y es discriminatoria por cuanto prohíbe, no sólo respecto del pasado sino también para el futuro, la exclusiva del arcón congelador de HB en las relaciones con la categoría de minoristas de que se trata. Según HB, en la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia anuló la parte de la decisión de la Comisión que prohibía a Langnese-Iglo celebrar acuerdos de compra en exclusiva hasta el 31 de diciembre de 1997, declarando que resultaba contrario al principio de igualdad de trato excluir que a determinadas empresas se les aplicara en el futuro un reglamento de exención por categorías, mientras que al mismo tiempo se permitía que otras empresas continuaran celebrando acuerdos de compra en exclusiva, como los que prohibía la referida decisión.

184 HB alega asimismo que la Decisión impugnada es discriminatoria por cuanto implica un ataque arbitrario contra su capacidad de competir con los restantes proveedores en las mismas condiciones que todas las demás sociedades que desarrollan actividades en el mercado de referencia.

185 Por último, HB alega que los argumentos que había invocado para fundamentar los motivos basados en la infracción del artículo 190 del Tratado pueden invocarse asimismo para fundamentar el motivo basado en la existencia de vicios sustanciales de forma. Por otro lado, HB afirma que, al rechazar todo diálogo tendente a encontrar una solución para el fracaso del «acuerdo de 1995», la Comisión incumplió el deber de buena administración, incurriendo así en vicio sustancial de forma.

186 La Comisión, apoyada por las coadyuvantes, estima que no se puede haber vulnerado la confianza legítima de HB por el hecho de que esta sociedad no haya obtenido una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado. En

efecto, HB no recibió «garantías concretas» en ese sentido y, en cualquier caso, al haberse comprobado una infracción del Derecho comunitario, no cabe invocar la confianza legítima.

- 187 La Comisión considera que el concepto de subsidiariedad no se refiere a la cuestión de si el Derecho comunitario debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales nacionales o por la Comisión, puesto que esta cuestión quedó resuelta hace mucho tiempo. Según la Comisión, la tesis de HB se basa en la idea errónea de que dicha institución no puede sancionar una infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado que ha sido puesta en su conocimiento si tal infracción (que, por definición, presupone un efecto en el comercio entre Estados miembros) produce efectos únicamente en el mercado de un Estado miembro.
- 188 La Comisión alega asimismo que no violó el principio de seguridad jurídica al adoptar la Decisión impugnada, aunque existiera un procedimiento pendiente ante los tribunales irlandeses. La Comisión considera que estaba facultada para adoptar dicha Decisión por varias razones. En primer lugar, HB notificó un acuerdo y solicitó una declaración negativa o una exención. Pues bien, tan sólo la Comisión tiene la facultad de adoptar una decisión de exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado. En segundo lugar, la Comisión expone que, en el momento en que adoptó la Decisión impugnada, cierto número de recursos estaban pendientes ante los tribunales y las administraciones nacionales en materia de competencia. La Comisión estima que tenía el deber de tener en cuenta los intereses de las denunciantes y, por consiguiente, que estaba obligada a adoptar una decisión rápida tan pronto como llegara a la conclusión de que se había producido una infracción de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado. Según HB, la Comisión debería haber esperado al resultado del procedimiento de casación iniciado ante los tribunales irlandeses antes de adoptar la Decisión impugnada. Pero en tal supuesto, concluye la Comisión, el problema de la seguridad jurídica no se habría resuelto. Tan sólo se habría diferido la adopción de la Decisión impugnada.
- 189 La Comisión sostiene también que la Decisión impugnada no violó el principio de proporcionalidad. La Decisión impugnada no extingue el derecho de propiedad de HB sobre los arcones congeladores. En efecto, dicha Decisión pone un ejemplo específico de cómo podría HB recuperar por medios lícitos su inversión en

arcones congeladores. La Comisión añade que HB no ha expuesto ninguna razón válida en lo que atañe a su imposibilidad de gestionar un sistema de facturación separada para los helados y para los arcones congeladores. Según la Comisión, HB afirma que la Decisión impugnada declara inválidos todos los acuerdos en cuestión, siendo así que la propia HB interpreta las sentencias Delimitis y Langnese-Iglo/Comisión, antes citadas, en el sentido de que no es necesario que se supriman todos los obstáculos para el acceso al mercado. No obstante, la Comisión estima que en la sentencia Delimitis, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que los acuerdos deben considerarse como un todo y no deben dividirse. Por otra parte, en lo que atañe al argumento de HB de que la Decisión impugnada prohíbe la cláusula de exclusiva no sólo respecto del pasado, sino también para el futuro, la Comisión alega que dicha Decisión se limita a prohibir a HB que celebre acuerdos nuevos con el mismo efecto o el mismo objeto que los acuerdos existentes.

- 190 La Comisión cuestiona la afirmación de HB de que dicha sociedad fue objeto de un trato no equitativo y discriminatorio. La Comisión afirma que en la Decisión impugnada (considerando 204) examinó los efectos producidos por las demás redes de acuerdos, pero pudo comprobar que ninguna de esas otras redes de acuerdos había contribuido de manera significativa a impedir el acceso al mercado de referencia. La Comisión añade que el principio de igualdad de trato no exige prohibir tales acuerdos si no tienen un efecto restrictivo significativo.
- 191 Por último, la Comisión alega que no incurrió en ningún vicio sustancial de forma.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 192 Por lo que respecta a la imputación relativa a la violación de la confianza legítima, es jurisprudencia reiterada que el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima, que constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad, se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprende que la Administración comunitaria, dándole garantías concretas, le hizo concebir esperanzas fundadas (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999, Vlaamse

Televisie Maatschappij/Comisión, T-266/97, Rec. p. II-2329, apartado 71, y de 8 de noviembre de 2000, Dreyfus y otros/Comisión, asuntos acumulados T-485/93, T-491/93, T-494/93 y T-61/98, Rec. p. II-3659, apartado 85).

- 193 Procede declarar, en primer lugar, que la Comisión no dio a HB garantías concretas en cuanto al destino de los compromisos notificados mediante escrito de 8 de marzo de 1995 (véase el apartado 12 *supra*). Además, la Comisión no adoptó ninguna decisión de aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado, decisión que, en cualquier caso, podía revocar o modificar en virtud del artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 17 si la situación de hecho se modificaba en relación con un elemento esencial de la decisión.
- 194 La comunicación de 15 de agosto de 1995 se llevó a cabo expresamente con arreglo al artículo 19, apartado 3, del Reglamento nº 17. De este modo, la Comisión se propuso en dicha comunicación, con carácter preliminar, adoptar una actitud favorable en relación con los acuerdos de distribución de HB modificados por esta empresa e instó a todos los terceros interesados a que le presentaran sus observaciones dentro de un plazo determinado. De lo anterior se deduce que la comunicación en cuestión no constituía sino una posición preliminar de la Comisión susceptible de modificación, especialmente a la vista de las observaciones de los terceros. Por consiguiente, HB no pudo depositar confianza legítima alguna en el hecho de que la Comisión le concedería una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado, basándose exclusivamente en la publicación de la comunicación de que se trata.
- 195 En cuanto a la alegación de HB de que actuó en contra de sus propios intereses de manera irreversible al introducir modificaciones en su sistema de distribución basándose en la «proposición» de la Comisión de que iba a adoptar una posición favorable sobre sus acuerdos de distribución, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en caso de que HB pudiera haber tenido una confianza legítima en la comunicación de que se trata, tal confianza se limitaría al procedimiento incoado por la Comisión mediante su pliego de cargos de 1993 y a las objeciones formuladas por dicha institución sobre los acuerdos de distribución de HB en aquella fecha. No obstante, en el caso de autos la Comisión no actuó basándose en su pliego de cargos de 1993, sino que, habiendo comprobado que las modificaciones introducidas por HB en su sistema de distribución no habían obtenido los resultados esperados en términos de libre acceso a los puntos de

venta, incoó un nuevo procedimiento y formuló nuevas objeciones contra dicho sistema en su pliego de cargos de 1997. Teniendo en cuenta que, aun en el caso de que la Comisión hubiera concedido una exención a HB, dicha institución habría tenido la facultad o incluso la obligación, en virtud del artículo 8, apartado 3, del Reglamento n° 17, de revocar o de modificar la decisión de otorgamiento de la exención si hubiera comprobado que los acuerdos exentos tenían sin embargo ciertos efectos incompatibles con los requisitos previstos en el artículo 85, apartado 3, del Tratado y, en particular, si la experiencia hubiera mostrado que las modificaciones introducidas por HB en su sistema de distribución no habían aportado los resultados esperados, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión, al adoptar el pliego de cargos de 1997, no violó el principio de confianza legítima.

- 196 De lo anterior se deduce que procede desestimar esta imputación.
- 197 En cuanto a las imputaciones de HB relativas a la violación de los principios de subsidiariedad, leal cooperación y seguridad jurídica, si bien los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado producen efectos directos en las relaciones entre particulares y confieren directamente a los justiciables derechos que los tribunales nacionales deben tutelar, lo anterior no puede tener como consecuencia, sin embargo, privar a la Comisión de su derecho a pronunciarse en un asunto aunque un asunto idéntico o similar esté pendiente ante uno o varios órganos jurisdiccionales nacionales, siempre que, entre otros requisitos, el comercio entre Estados miembros pueda quedar afectado, requisito éste que no se ha cuestionado en el caso de autos.
- 198 Al invocar el hecho de que el presente asunto versa sobre el abastecimiento de los consumidores irlandeses por parte de una sociedad irlandesa, a través de minoristas irlandeses, en productos específicos del mercado irlandés, así como el hecho de que, en el momento de la adopción de la Decisión impugnada, un asunto paralelo estaba siendo juzgado por la High Court o se encontraba pendiente ante la Supreme Court, HB no demuestra suficientemente, a juicio del Tribunal de Primera Instancia, que la Comisión haya violado los referidos principios o su Comunicación relativa a la cooperación entre ella misma y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado. De la Decisión impugnada y de los escritos de la Comisión se desprende claramente que la aplicación de una condición de exclusiva a los arcones

congeladores que se suministran a los minoristas constituye una práctica contractual propia de la mayoría de los fabricantes de helados de la Comunidad. Además, las sociedades del grupo Unilever desempeñan un importante papel en el mercado de helados de consumo impulsivo en varios Estados miembros. De ello se deduce que las cuestiones examinadas en la Decisión impugnada tenían una importancia comunitaria de mayor amplitud, especialmente habida cuenta del hecho de que diversos tribunales y administraciones nacionales en materia de competencia estaban conociendo de asuntos paralelos, que planteaban cuestiones similares a las del presente asunto (véanse, en particular, los considerandos 275 a 280 de la Decisión impugnada). En tales circunstancias, la adopción por la Comisión de la Decisión impugnada era adecuada para garantizar que las normas comunitarias sobre la competencia se aplicaran de manera coherente a las diferentes formas de exclusividad practicadas por los fabricantes de helados en el conjunto del territorio de la Comunidad.

199 Por otro lado, según ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia *Masterfoods y HB*, antes citada, la Comisión dispone de competencia exclusiva para adoptar las decisiones de aplicación del artículo 85, apartado 3, del Tratado, conforme al artículo 9, apartado 1, del Reglamento nº 17. La Comisión está asimismo facultada para adoptar en todo momento decisiones individuales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, pese al hecho de que comparta con los órganos jurisdiccionales nacionales su competencia para la aplicación de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado, y ello aun cuando un acuerdo o una práctica ya haya sido objeto de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional y la decisión que se proponga adoptar la Comisión sea contraria a la citada resolución judicial (véanse, en este sentido, las sentencias *Masterfood y HB*, apartados 47 y 48, y *Delimitis*, apartados 44 y 45, antes citadas). Teniendo en cuenta que se había presentado ante la Comisión una solicitud de exención por parte de HB en el curso de las negociaciones, así como varias denuncias, los argumentos de HB relativos a la subsidiariedad son infundados.

200 Por consiguiente, las presentes imputaciones deben ser desestimadas.

201 Por lo que se refiere a las alegaciones de HB según las cuales la Decisión impugnada viola el principio de proporcionalidad y resulta discriminatoria, el Tribunal de Primera Instancia considera que son infundadas. Debe recordarse que

el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulte apropiado y necesario para conseguir el objetivo perseguido (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1984, *Denkavit Nederland*, 15/83, Rec. p. 2171, apartado 25). Además, es preciso hacer constar que la discriminación consiste en tratar de manera diferente situaciones que son idénticas o de manera idéntica situaciones que son diferentes.

- 202 En primer lugar, habida cuenta de la apreciación contenida en los apartados 170 a 173 *supra*, es preciso declarar que la Decisión impugnada no supone ninguna limitación indebida o desproporcionada del derecho de propiedad de HB sobre sus arcones congeladores. Por otro lado, dicha Decisión no produce un menoscabo arbitrario o discriminatorio de la capacidad de HB para competir con los restantes proveedores en las mismas condiciones que todas las demás sociedades que desarrollan actividades en el mercado de referencia, habida cuenta, en particular, de la posición predominante de que dispone en dicho mercado y de su importante contribución a la compartimentación del mismo, a diferencia de los demás proveedores (véase el apartado 172 *supra*).
- 203 En segundo lugar, la circunstancia de que la Decisión impugnada declare inválida la cláusula de exclusiva que figura en los acuerdos de suministro de arcones congeladores celebrados en Irlanda entre HB y los minoristas, aplicables a los arcones instalados en los puntos de venta dotados únicamente de aparatos suministrados por HB para guardar helados individuales con envoltorio y de consumo impulsivo y que no disponen ni de su propio arcón ni de un arcón procedente de otro fabricante de helados, no implica que dicha Decisión sea desproporcionada.
- 204 En efecto, es posible que la prohibición de las normas sobre la competencia no resulte aplicable a una red de acuerdos de distribución establecida por un solo proveedor, a condición de que dicha red no contribuya de manera significativa, con el conjunto de contratos similares existentes en el mercado de referencia, incluidos los de otros proveedores, a impedir que nuevos competidores, nacionales y extranjeros, accedan al mercado (véanse, por analogía, las sentencias *Delimitis*, apartados 23 y 24, y *Langnese-Iglo/Comisión*, apartado 129, antes citadas). Lo anterior implica que, en presencia de una red de acuerdos similares celebrados por un solo fabricante, la apreciación de los efectos de dicha red sobre

el juego de la competencia se aplica al conjunto de los contratos individuales que constituyen la red. El Tribunal de Primera Instancia estima, pues, que la Comisión actuó acertadamente al considerar el haz de acuerdos de distribución de HB en su conjunto y, en consecuencia, al no proceder al fraccionamiento de dichos acuerdos, como pretende dicha empresa. En efecto, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Neste Markkinointi (C-214/99, Rec. p. I-11121, en particular, apartados 36 y 37), se desprende que tan sólo con carácter excepcional y en circunstancias particulares, que no concurren en el caso de autos, puede fraccionarse la red de un mismo proveedor.

205 En tercer lugar, del artículo 4 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión requirió a HB para que cesara inmediatamente en la comisión de la infracción de los artículos 85, apartado 1, y 86 del Tratado en que incurría su red de acuerdos de distribución, y para que se abstuviera de tomar medida alguna que pudiera tener el mismo objeto o efecto. El Tribunal de Primera Instancia estima que esta disposición no es desproporcionada ni discriminatoria, puesto que únicamente prohíbe a HB volver a establecer la cláusula de exclusiva en las mismas circunstancias que las contempladas en los artículos 1 y 3 de la Decisión impugnada y, de este modo, garantiza el efecto útil de ésta, ya que impide la continuación futura de la práctica restrictiva de la competencia sancionada (véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer relativas a la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1998, Langnese-Iglo/Comisión, C-279/95 P, Rec. p. I-5609, punto 39).

206 De lo anterior se deduce que debe rechazarse esta imputación.

207 Por lo que se refiere a la imputación de HB relativa al vicio sustancial de forma y a la motivación insuficiente, dado que consiste en una mera remisión de HB a sus argumentos formulados en el marco del quinto motivo, basado en la infracción del artículo 190 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia estima que tal imputación no puede aceptarse, habida cuenta de la apreciación hecha en los apartados 176 a 179 *supra*. En cuanto al argumento de HB relativo a la necesidad de prolongar las negociaciones a fin de encontrar una solución para el fracaso del «acuerdo de 1995», el Tribunal de Primera Instancia estima asimismo que la Comisión no incurrió en vicio sustancial de forma. En efecto, habiendo comprobado la Comisión que las modificaciones introducidas por HB en su sistema de distribución no habían obtenido los resultados esperados en términos

de libre acceso a los puntos de venta, dicha institución no tenía obligación de proseguir indefinidamente las negociaciones, especialmente cuando el asunto abarca un largo período. Por lo tanto, la Comisión tenía derecho a incoar un nuevo procedimiento y a formular en su pliego de cargos de 1997 nuevas objeciones en contra del referido sistema, siempre que ofreciera a HB la posibilidad de responder a dicho pliego.

208 Así pues, debe rechazarse esta imputación.

209 Por consiguiente, el séptimo motivo no está fundado.

210 De lo anterior se deduce que el recurso debe desestimarse en su integridad.

## Costas

211 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de HB y al haber solicitado la Comisión su condena en costas, procede condenar a HB a cargar con sus propias costas y con las costas causadas por la Comisión, incluidas las correspondientes al procedimiento sobre medidas provisionales.

212 A tenor del artículo 87, apartado 4, párrafo tercero, el Tribunal de Primera Instancia podrá ordenar que una parte coadyuvante distinta de las mencionadas en el párrafo precedente soporte sus propias costas. En el caso de autos, Mars y Richmond, partes coadyuvantes en apoyo de las pretensiones de la Comisión, soportarán sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

**EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta)**

decide:

- 1) **Desestimar el recurso por infundado.**
  
- 2) **Van den Bergh Foods Ltd cargará con sus propias costas y con las costas causadas por la Comisión, incluidas las correspondientes al procedimiento sobre medidas provisionales.**
  
- 3) **Masterfoods Ltd y Richmond Frozen Confectionery Ltd soportarán sus propias costas.**

García-Valdecasas

Lindh

Cooke

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 23 de octubre de 2003.

El Secretario

La Presidenta

H. Jung

P. Lindh