

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)
de 27 de julio de 2005 *

En los asuntos acumulados T-49/02 a T-51/02,

Brasserie nationale SA (anteriormente Brasseries Funck-Bricher y Bofferding), con domicilio social en Bascharage (Luxemburgo), representada por los Sres. A. Carnelutti y L. Schiltz, abogados, que designa domicilio en Luxemburgo,

Brasserie Jules Simon et Cie SCS, con domicilio social en Wiltz (Luxemburgo), representada por los Sres. A. Carnelutti y J. Mosar, abogados,

Brasserie Battin SNC, con domicilio social en Esch-sur-Alzette (Luxemburgo), representada por los Sres. A. Carnelutti y M. Santini, abogados,

partes demandantes,

* Lengua de procedimiento: francés.

contra

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

parte demandada,

que tienen por objeto, por una parte, una demanda de anulación del artículo 1 de la Decisión 2002/759/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/37.800/F3 — Fábricas de cerveza luxemburguesas) (DO 2002, L 253, p. 21), en cuanto afecta a las demandantes, y, por otra parte, una demanda dirigida, con carácter principal, a la anulación del artículo 2 de dicha Decisión, en cuanto impone sendas multas a las demandantes y, con carácter subsidiario, a la reducción sustancial del importe de las citadas multas,

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

integrado por los Sres. A.W.H. Meij, Presidente, y N.J. Forwood y la Sra. I. Pelikánová, Jueces;
Secretario: Sr. I. Natsinas, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 16 de marzo de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos

- 1 Los presentes asuntos tienen por objeto la Decisión 2002/759/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/37.800/F3 — Fábricas de cerveza luxemburguesas) (DO 2002, L 253, p. 21), (en lo sucesivo, «Decisión»).
- 2 La Decisión se refiere al Convenio firmado el 8 de octubre de 1985 (en lo sucesivo, «Convenio») por cinco fabricantes de cerveza luxemburgueses (en lo sucesivo, «partes»), a saber, la Brasserie nationale (en lo sucesivo, «Brasserie nationale»), la Brasserie Jules Simon et Cie, anteriormente denominada Brasserie de Wiltz (en lo sucesivo, «Wiltz»), la Brasserie Battin (en lo sucesivo, «Battin») (en lo sucesivo, conjuntamente, «demandantes»), la Brasserie de Diekirch (en lo sucesivo, «Diekirch») y por último, las Brasseries Réunies de Luxembourg Mousel et Clausen (en lo sucesivo, «Mousel»).
- 3 En 1999, Mousel y Diekirch fueron adquiridas por Interbrew SA (en lo sucesivo, «Interbrew»). En julio de 2000, Diekirch se transformó en filial de Mousel. Con tal ocasión, Mousel pasó a denominarse Brasserie de Luxembourg Mousel-Diekirch (en lo sucesivo, «Brasserie de Luxembourg»).

4 En la Decisión, se designa a Brasserie nationale como «Brasserie nationale — Bofferding», abreviadamente «Bofferding». En la vista, su abogado confirmó no obstante que dichos términos identifican a la misma entidad jurídica. Ésta será designada en lo sucesivo como «Brasserie nationale».

5 El artículo 1 del Convenio establece:

«El presente Convenio tiene por objeto prevenir y resolver los conflictos que puedan presentarse en el Gran Ducado por lo que se refiere al cumplimiento y la protección recíproca de las cláusulas de fábrica de cerveza denominada “cláusulas de cerveza”, [tanto si tales cláusulas] se han redactado por separado como si se contienen en cualquier otro convenio o compromiso [...]»

6 El artículo 2 del Convenio prevé:

«Por cláusula de cerveza se debe entender cualquier convenio escrito, cualquiera que sea su validez jurídica, y/o su duración, y/o su oponibilidad, por el cual una de las fábricas de cerveza contratantes convenga con un establecimiento en que éste se abastecerá exclusivamente de cervezas luxemburguesas de fabricación propia o fabricadas bajo licencia por una fábrica de cerveza luxemburguesa y/o vendidas por una fábrica de cerveza luxemburguesa durante un período de tiempo determinado y/o por una cantidad determinada de cerveza [...]»

7 El artículo 4 del Convenio estipula:

«Las fábricas de cerveza abajo firmantes se prohíben recíprocamente, y se comprometen a prohibir estrictamente a sus depositarios, toda venta de cerveza en un establecimiento garantizado según el presente Convenio a una [de las otras] fábricas de cerveza signatarias.

En caso de reincidencia del depositario, se procederá de la siguiente manera:

La fábrica de cerveza contratante levantará acta de la venta de cervezas de la fábrica de cerveza competidora por parte de su cliente y le comunicará a todos los efectos el convenio de suministro. Comunicará también este Convenio al depositario y le emplazará a abstenerse de realizar cualquier suministro de cerveza. Al mismo tiempo, pedirá a la fábrica de cerveza competidora que convoque a su depositario y le inste en tiempo y forma a cesar todo suministro al cliente vinculado por contrato con su colega, esto último con objeto de evitar toda complicidad de la fábrica de cerveza competidora con la conducta de su depositario [...]

8 El artículo 5 del Convenio dispone:

«Cada fábrica de cerveza contratante se compromete antes de concluir y/o de efectuar un suministro de cerveza a un establecimiento abastecido anteriormente por la otra fábrica de cerveza a recabar de antemano a ésta información sobre la existencia de una “cláusula de cerveza” en su favor.

Dicha solicitud de información se dirigirá por escrito a la otra fábrica de cerveza, que deberá comunicar la información, acompañada, si es preciso, por los documentos acreditativos, que permita apreciar si existe o no “cláusula de cerveza” [...] Podrá remitirse copia de dicha solicitud de información al director de la Fédération des Brasseurs luxembourgeois.»

- 9 Los artículos 6 y 7 del Convenio prevén sanciones en caso de violación de los artículos 4 o 5. Los artículos 8, 9 y 10 prevén procedimientos de conciliación, de arbitraje y de consulta. El artículo 11 prevé la posibilidad de denunciar el Convenio en caso de adquisición del control por una sociedad extranjera o de cooperación con un fabricante de cerveza extranjero. Por último, el artículo 12 estipula que el Convenio se celebra por un período de duración indefinido, y que el preaviso de resolución es de doce meses.
- 10 El Convenio se completa con una declaración de intenciones, firmada también el 8 de octubre de 1985 (en lo sucesivo, «Declaración de intenciones relativa a Battin»), del siguiente tenor:

«[Battin] no infringe el artículo 2 [del Convenio] al distribuir las cervezas de su [concedente] “Bitburger Brauerei Th. Simon”, RFA, según las formas y modalidades de distribución actualmente practicadas.

Si, en el futuro, una modificación de las formas y modalidades de esta distribución o un aumento sensible del volumen perturbase el equilibrio actual de la distribución [...] el [Convenio] podrá denunciarse en cualquier momento en lo que respecta a [Battin].»

- 11 El Convenio se completó también con una segunda declaración de intenciones, firmada en la reunión de la Fédération des brasseurs luxembourgeois (en lo sucesivo, «FBL»), el 2 de diciembre de 1986 (en lo sucesivo, «Declaración de intenciones relativa a las fábricas de cerveza extranjeras»), que prevé:

«Las fábricas de cerveza signatarias del referido Convenio declaran que tienen la intención de reservar la prioridad de la captación de clientes y de la conclusión de una cláusula de suministro a uno de sus agremiados luxemburgueses cuando indicaciones escritas de la fábrica de cerveza que ha suscrito el contrato hagan suponer que uno de sus clientes, a pesar [del hecho] de estar vinculado con una de ellas por una cláusula de suministro incluida en el ámbito del [Convenio], ha sido contactado y va a concluir un convenio de suministro con una fábrica de cerveza extranjera.

En el supuesto de que, gracias a este sistema de prioridad, una fábrica de cerveza contratante consiga celebrar un contrato de suministro con el antiguo cliente de otra fábrica de cerveza contratante, la fábrica de cerveza que concluya el contrato de suministro ofrecerá a cambio a la fábrica de cerveza que tenía anteriormente el contrato uno de sus clientes que se halle en una situación similar.»

Decisión impugnada

- 12 En la Decisión, se considera que el Convenio tenía por objeto, en primer lugar, conservar las respectivas clientelas de las partes en el sector luxemburgués denominado «Horeca» (hoteles, restaurantes, cafés), y, en segundo lugar, obstaculizar la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en dicho sector (considerandos 47 a 73).

- 13 A continuación, la Decisión estima que el Convenio podía restringir sensiblemente la competencia en el citado sector, y afectar de forma sensible al comercio entre Estados miembros. Concluye por consiguiente que, al celebrar el Convenio, las partes infringieron el artículo 81 CE, apartado 1 (considerandos 74 a 85).
- 14 Según la Decisión, la infracción se cometió deliberadamente, en el sentido del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), aplicable en esa época (considerandos 89 y 90).
- 15 El artículo 1 de la Decisión declara en consecuencia:

«[Las partes] han infringido el artículo 81 CE, apartado 1, al celebrar un acuerdo que tenía por objeto conservar sus respectivas clientelas en el sector hostelero luxemburgués y obstaculizar la penetración en este sector de las cerveceras extranjeras.

La infracción duró de octubre de 1985 a febrero de 2000.»

- 16 El artículo 2 de la Decisión impone una multa de 400.000 euros a Brasserie nationale y sendas multas de 24.000 euros a Wiltz y a Battin.

Procedimiento

- 17 Mediante tres demandas presentadas en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 26 de febrero de 2002, las demandantes interpusieron los presentes recursos.

- 18 Las fases escritas terminaron el 25 de noviembre de 2002.

- 19 Tras oír a las partes a este respecto, mediante auto de fecha 15 de febrero de 2005 el Presidente de la Sala Segunda ordenó la acumulación de los asuntos a efectos de la fase oral y de la sentencia, con arreglo al artículo 50 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.

- 20 Por impedimento del Presidente de la Sala Segunda para participar en la vista y deliberación de los presentes asuntos, el 22 de febrero de 2005 el Presidente del Tribunal de Primera Instancia designó al Juez N. J. Forwood para completar la Sala, con arreglo al artículo 32, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento.

Pretensiones de las partes

- 21 En cada uno de los asuntos, la demandante correspondiente solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule el artículo 1 de la Decisión, en cuanto declara la comisión por la demandante de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1.

- Anule, en cualquier caso, el artículo 2 de la Decisión, en cuanto impone una multa a la demandante, y, con carácter subsidiario, reduzca sustancialmente su importe.

 - Condene en costas a la Comisión.
- 22 En cada uno de los asuntos, la Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Desestime el recurso.

 - Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

- 23 En cada uno de los asuntos, la demandante correspondiente invoca dos motivos, el primero basado en la violación del artículo 81 CE, apartado 1, y el segundo en la violación del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 y de la obligación de motivación consagrada por el artículo 253 CE.

1. Sobre el primer motivo, basado en la violación del artículo 81 CE, apartado 1

- 24 El primer motivo se divide en cinco partes, mediante las cuales las demandantes reprochan a la Comisión, en primer lugar, no haber tenido suficientemente en

consideración, al apreciar el objeto del Convenio, el contexto en el cual se insertaba éste; en segundo lugar, haber apreciado que el Convenio se aplicaba sin existir «cláusula de cerveza»; en tercer lugar, haber calificado el Convenio como acuerdo de conservación de clientelas, y por tanto como anticompetitivo por su objeto; en cuarto lugar, haber estimado que el objeto del Convenio era obstaculizar la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en el sector Horeca luxemburgués, y en quinto lugar, haber considerado que el Convenio tenía un efecto sensible en la competencia.

- 25 A este respecto, procede observar que la tercera parte del primer motivo se refiere al primer objeto restrictivo apreciado por la Comisión, a saber, la conservación de la respectiva clientela de las partes en el sector Horeca de Luxemburgo, y que la cuarta parte de dicho motivo versa sobre el segundo objeto restrictivo apreciado por la Comisión, a saber, la obstaculización de la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en el sector Horeca luxemburgués. La primera parte del primer motivo alega la falta de motivación respecto a la apreciación del objeto del Convenio.
- 26 De ello se desprende que las partes tercera, cuarta y primera del primer motivo guardan todas ellas relación con la apreciación del objeto del Convenio. En tal medida, procede examinarlas conjuntamente.

Sobre la apreciación del objeto del Convenio (partes tercera, cuarta y primera del primer motivo)

Decisión impugnada

- 27 En la Decisión, se recuerda, en primer lugar, que conforme al acta de la reunión de la FBL de 7 de octubre de 1986, modificada por el acta de la reunión de la FBL de 2 de

diciembre de 1986, las partes acordaron una interpretación del término «cláusula de cerveza» más amplia que la del artículo 2 del Convenio. El acta de 7 de octubre de 1986 declara (considerando 9):

«[Se] acuerda admitir y asimilar a la “cláusula de cerveza”:

- la operación consistente en arrendar y participar financieramente en el equipamiento de un café, sin que se mencione expresamente una “cláusula de cerveza”, por ejemplo la fábrica de cerveza X arrienda un edificio y participa financieramente en el desarrollo del edificio según su destino, pero no concluye o no llega a concluir una obligación con el propietario,

- la recompra por una fábrica de cerveza de un derecho de *cabaretage* [licencia de venta de bebidas], sin que se mencione expresamente una “cláusula de cerveza”.

Estas dos interpretaciones forman parte integrante de las disposiciones vigentes en este ámbito.»

- 28 Según la Decisión, dicha interpretación se confirma por una carta dirigida por Wiltz a la FBL el 23 de octubre de 1991, a cuyo tenor (considerando 9):

«[...] los cerveceros acuerdan admitir y asimilar a la “cláusula de cerveza”

- la operación que consiste en contratar un arrendamiento;

— la puesta a disposición por una fábrica de cerveza, por cualquier concepto, de un derecho de *cabaretage*.»

29 Por lo que respecta a la apreciación jurídica del objeto del Convenio, la Decisión señala (considerando 47):

«El Convenio tiene por objeto, en primer lugar, limitar la competencia entre las fábricas de cerveza signatarias por el procedimiento de conservar sus clientelas respectivas en el sector hostelero de Luxemburgo. Así se desprende de los artículos 4 y 5 del Convenio, así como de los artículos 6 y 7 que prevén sanciones en caso de violación de estas disposiciones (véanse los considerandos 48 a 66). Además el Convenio tiene por objeto obstaculizar la penetración en el sector hostelero luxemburgués por parte de las fábricas de cerveza extranjeras. Este segundo objeto restrictivo de la competencia se desprende en particular de la segunda declaración anexa al Convenio (véanse los considerandos 67 a 73).»

30 En lo que se refiere al primer objeto restrictivo, la Decisión considera que el artículo 4 del Convenio prohibía a cada fábrica de cerveza signataria y a sus depositarios suministrar cerveza a los establecimientos garantizados a las otras fábricas de cerveza luxemburguesas. Según la Decisión, esta prohibición se aplicaba a tres casos hipotéticos, a saber, el de la inexistencia de contrato de suministro o de «cláusula de cerveza», el de una «cláusula de cerveza» nula o inoponible y el de una «cláusula de cerveza» válida, e implicaba una restricción de la competencia en cada uno de esos casos. Según la Decisión, en cada uno de dichos casos, el objeto mismo del Convenio era restrictivo de la competencia (considerando 48).

31 Por lo que respecta al primer caso, se observa en la Decisión que, cuando una fábrica de cerveza financiaba el equipamiento de un establecimiento o adquiría un derecho de *cabaretage*, pero no celebraba contrato con el establecimiento o no le imponía

cláusula de compra exclusiva, el artículo 4 del Convenio impedía que dicho establecimiento se abasteciera de otras fábricas de cerveza luxemburguesas, de modo tal que, por una parte, la primera fábrica de cerveza mantenía su clientela y, por otra, se limitaba la libertad de acción del establecimiento y de otras fábricas de cerveza (considerando 50).

- 32 En lo relativo al segundo caso, la Decisión observa que el Convenio iba más allá de las restricciones impuestas por la ley, en la medida en que obligaba a las partes a respetar «cláusulas de cerveza» que no eran válidas o eran inoponibles, por ejemplo debido a un incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por el cervecero con el establecimiento. Así pues, las partes restringían su libertad de acción y se concedían ventajas, en términos de mantenimiento de su clientela y de seguridad jurídica, que no habrían obtenido en condiciones normales de competencia. La Decisión añade que la jurisprudencia luxemburguesa relativa a la nulidad de los contratos a causa de la indeterminación de los precios o cantidades ya no existe desde marzo de 1996, pero que a pesar de ello las partes no pusieron fin al Convenio en dicha fecha. Además, según la Decisión, la expresión «cualquiera que sea su validez jurídica, y/o su duración, y/o su oponibilidad» extendía la garantía del artículo 4 a contratos también inválidos o inoponibles por motivos distintos de la indeterminación de los precios o de las cantidades (considerandos 52 a 55).
- 33 En lo referido al tercer caso, la Decisión observa, en primer lugar, que el artículo 4 del Convenio prohibía «toda venta de cerveza en un establecimiento garantizado [...] a una [de las otras] fábricas de cerveza signatarias», mientras que la obligación prevista por el artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CEE) n° 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del artículo [81] CE, apartado 3, a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (DO L 173, p. 5; EE 08/02, p. 114), cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 1582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997 (DO L 214, p. 27), se limitaba a las cervezas del mismo tipo que las suministradas por el proveedor contractual. En segundo lugar, el Convenio prohibía todo suministro a un establecimiento garantizado a otra parte, mientras que la sanción prevista por el Derecho civil para tales suministros se limita –según las propias partes– al pago de daños y perjuicios. Ahora bien, por distintas razones, es posible que un establecimiento desee resolver su contrato asumiendo las consecuencias económicas. El Convenio hizo que esta posibilidad de arbitraje por parte de los establecimientos careciera de eficacia, y por lo tanto sirvió para mantener unas relaciones ineficaces (considerandos 56 a 58).

- 34 A continuación, la Decisión señala que la restricción de la competencia en función del objeto del Convenio se desprende, en primer lugar, del hecho, no impugnado por las partes, de que el Convenio se aplicaba incluso cuando no existía ningún contrato de suministro o «cláusula de cerveza» y por lo tanto no podía ser objeto de litigio (considerando 59).
- 35 En segundo lugar, la Decisión recuerda que el Convenio fue precedido por otros diversos acuerdos entre los cerveceros luxemburgueses, por ejemplo, el Convenio de 1 de septiembre de 1966, en el que intervenían todas las empresas partes en los presentes asuntos, así como los Convenios de 13 de junio de 1975 y 28 de abril de 1983 entre Brasserie nationale y Mousel. Estos convenios anteriores ya obligaban a las fábricas de cerveza signatarias a respetar totalmente sus respectivas clientelas, sin remitirse a una cláusula de compra exclusiva y sin mencionar por otro lado ningún problema de inseguridad jurídica. Según la Decisión, la interpretación del Convenio no puede hacer total abstracción de este contexto histórico cuya índole cuestiona la justificación de la incertidumbre jurídica alegada por las partes con el fin de justificar el Convenio (considerando 60).
- 36 En tercer lugar, la Decisión observa que la valoración del objeto del Convenio no depende de las intenciones subjetivas de las partes, en la medida en que puede limitar o falsear manifiestamente el juego de la competencia (considerando 61).
- 37 En cuarto lugar, la Comisión subrayó, respecto al problema de la incertidumbre jurídica mencionado por las partes, que, según las normas del Derecho civil nacional aplicables, este tipo de problema afecta a distintos tipos de contratos en distintos sectores industriales y en distintos Estados miembros, y forma parte del conjunto de los riesgos comerciales a los que cada empresa debe hacer frente de manera autónoma. Según la Decisión, este problema «no justifica un acuerdo cuyo beneficio se reserva a las empresas nacionales» y «no merece una excepción» al artículo 81 CE, apartado 1 (considerando 62).

- 38 Por lo demás, la Decisión indica que el director de la FBL reconoció explícitamente la nulidad jurídica del Convenio, al declarar, en una reunión de conciliación entre Brasserie nationale y Diekirch celebrada el 19 de marzo de 1996, que «aunque las [disposiciones] entre fábricas de cerveza no tienen valor jurídico, existe el espíritu que se puso en ellas y que prevalece» (considerando 63).
- 39 Seguidamente, la Decisión señala que artículo 5 del Convenio refuerza la restricción de la competencia derivada del artículo 4, garantizando su aplicación, y que los artículos 6 y 7 se encaminan a reforzar las obligaciones impuestas en los artículos 4 y 5, y prevén sanciones que van más allá de las previstas por el Derecho civil (considerandos 64 a 66).
- 40 Por lo que respecta al segundo objeto restrictivo, a saber, el de obstaculizar la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en el sector Horeca luxemburgués, la Decisión señala que la Declaración de intenciones relativa a las fábricas de cerveza extranjeras prevé una consulta entre las partes con el fin de reservar la prioridad de la captación de clientes a uno de los «agremiados luxemburgueses» y, a continuación, si esta captación tuviera éxito, un mecanismo compensatorio de intercambio de establecimientos entre las dos partes interesadas. Este objeto queda confirmado por el hecho de que, en la reunión de conciliación de 19 de marzo de 1996 entre Brasserie nationale y Diekirch, antes citada, el director de la FBL declaró que «se trata de evitar [...] la penetración masiva de las fábricas de cerveza extranjeras en nuestro mercado». Aunque estas observaciones no vinculan a las partes, se pronunciaron en una reunión relativa a la aplicación del Convenio y, por lo tanto, procede tenerlas en cuenta para su interpretación. Según la Decisión, este segundo objeto restrictivo no puede dissociarse del primero, en la medida en que una restricción a la penetración en el sector hostelero luxemburgués por parte de los cerveceros extranjeros contribuía a preservar la estabilidad de las relaciones entre las partes. La Declaración de intenciones relativa a Battin tenía por objeto mantener «el equilibrio actual de la distribución», lo que indica que las partes consideraban que existía un determinado equilibrio que merecía protegerse. Por último, la Decisión indica que el artículo 11 del Convenio prevé la posibilidad de denunciar éste respecto de una fábrica de cerveza contratante que coopere con una fábrica de cerveza extranjera (considerandos 67 a 73).

Alegaciones de las partes

— Sobre la calificación supuestamente errónea de la conservación de las clientelas como objeto del Convenio (tercera parte del primer motivo)

- 41 Las demandantes reprochan a la Comisión haber calificado el Convenio como acuerdo para la conservación de clientelas y, por consiguiente, como anti-competitivo por su objeto.
- 42 En efecto, según las demandantes, el objetivo único del Convenio era hacer respetar las exclusividades contractualmente consentidas entre el establecimiento y el fabricante de cerveza, cuyo objeto no es anticompetitivo, como ha reconocido el Tribunal de Justicia (sentencia de 28 de febrero de 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935). *Brasserie nationale* añade que dicho objetivo del Convenio se deduce de cada uno de los casos en los que el Convenio ha sido invocado, que se mencionan en la Decisión.
- 43 Por lo que respecta a la consideración según la cual el beneficio del Convenio se reservaba a los fabricantes de cerveza nacionales (considerando 62 de la Decisión), las demandantes alegan que el Convenio podía ser suscrito por todos los fabricantes de cerveza que operaban en Luxemburgo. Añaden que Mousel y Diekirch no fueron excluidas del Convenio a raíz de su adquisición por Interbrew.
- 44 Según las demandantes, el mecanismo de intercambio de información previsto por el artículo 5 del Convenio permitía circunscribir el alcance de éste a las «cláusulas de cerveza» escritas. En la copia del contrato intercambiada, se ocultaron los datos comercialmente sensibles. *Brasserie nationale* añade que el artículo 4 del Convenio sólo expresaba el compromiso de las partes de respetar las exclusividades. El término

«establecimiento garantizado» que se utiliza en dicho artículo solamente significa «vinculado» a un fabricante de cerveza en virtud de una «cláusula de cerveza», lo que confirma el párrafo tercero del mismo artículo.

- 45 En lo relativo a los acuerdos anteriores al Convenio, mencionados en el considerando 60 de la Decisión, las demandantes alegan que su apreciación en la Decisión está viciada. Puntualizan que los acuerdos de 1980 y 1981, así como el Convenio, trataban de garantizar la exclusividad contractualmente consentida, a diferencia de los acuerdos de 1975 y 1983. Brasserie nationale precisa además que dichos acuerdos son en su mayoría anteriores al Tratado CEE, que los acuerdos posteriores a dicho Tratado sólo vinculaban a dos partes, que, entre estos últimos, el de 1980 fue ignorado por la Comisión y que el único acuerdo multilateral se celebró en 1966, antes por tanto de la expiración del período de transición, y terminó mucho antes de la celebración del Convenio.
- 46 Por lo que respecta a la observación del director de la FBL, aludida en el considerando 63 de la Decisión (véase el apartado 38 *supra*), Brasserie nationale niega la facultad misma del director para formularla, dado que la FBL tiene una función limitada, y, por sus aptitudes personales, el director poco puede conocer el mercado. Además, el punto de vista del director sobre la validez del Convenio es erróneo. En efecto, según Brasserie nationale, en la medida en que el Convenio sólo perseguía garantizar el respeto de los acuerdos de exclusividad que no implicaban intercambios transfronterizos, no afectaba a las importaciones ni a las exportaciones (sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1970, Bilger, 43/69, Rec. p. 127). En consecuencia, según Brasserie nationale, el Convenio estaba exento de notificación, en virtud del artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 17, por lo que conservaba su validez hasta la apreciación de una infracción, en su caso. Wiltz y Battin niegan igualmente la facultad del director de la FBL para formular válidamente dicha declaración, y observan también que el Convenio no afectaba a las importaciones ni a las exportaciones.
- 47 A continuación, las demandantes sostienen que el Convenio fue adoptado por tres causas. Brasserie nationale, por su parte, sólo invoca dichas causas en lo relativo a los casos hipotéticos segundo y tercero enunciados en la Decisión, a saber,

respectivamente, el de una «cláusula de cerveza» inválida o inoponible, y el de una «cláusula de cerveza» válida, y reitera que el primero, es decir, el de inexistencia de una «cláusula de cerveza», no se incluye en el ámbito del Convenio.

- 48 Por lo que respecta a la primera causa, las demandantes alegan que los contratos que contenían una «cláusula de cerveza» eran reiteradamente anulados por los tribunales luxemburgueses a causa de la indeterminación del precio y de la cantidad, sobre la base de una jurisprudencia francesa formulada a propósito de disposiciones similares del code civil. Brasserie nationale añade que el Convenio constituía un medio alternativo de resolución de los conflictos, que excluía, a la vista de dicha jurisprudencia, la cuestión de la validez de las «cláusulas de cerveza», y que a tal efecto se habían incluido en el artículo 2 del Convenio los términos «cualquiera que sea su validez jurídica, [...] y/o su oponibilidad».
- 49 Las demandantes precisan que el riesgo de alegación de la nulidad de un contrato que incluyera una «cláusula de cerveza» ante los tribunales luxemburgueses existía cualquiera que fuere el origen del litigio, dado que toda demanda judicial, incluida la derivada de la resolución o del incumplimiento de dicho contrato, exponía al fabricante de cerveza interesado a dicho riesgo. Si bien la jurisprudencia francesa antes citada no tuvo continuidad a partir de 1995, a dicha evolución únicamente siguió en Luxemburgo una sentencia en primera instancia de marzo de 1996, sentencia única que no bastaba, según las demandantes, para suprimir el riesgo de que se trata. Poco importa que dicha jurisprudencia francesa hubiera sido unánime o mayoritaria. En respuesta a la argumentación de la Comisión, Brasserie nationale añade que el hecho de que el giro jurisprudencial francés haya tenido lugar en dos etapas carece de incidencia en lo que respecta a la fecha efectiva del giro de la jurisprudencia luxemburguesa, que pasaron de tres a cuatro años hasta que una sentencia luxemburguesa en apelación en un asunto en materia de cerveza consagrara dicho giro francés, y que las soluciones concebibles para ajustarse a dicha jurisprudencia se caracterizaban también por la incertidumbre y, en cualquier caso, eran inadecuadas para la distribución de la cerveza. En lo relativo a la adición solicitada con objeto de expresar el hecho de que el Convenio comprendía supuestos de nulidad distintos de los resultantes de la indeterminación del precio y de la cantidad, Brasserie nationale mantiene que la falta de inclusión formal de dicha adición indica precisamente que ésta no fue aceptada por las partes.

- 50 En lo que se refiere a la segunda causa, las demandantes alegan que el fabricante de cerveza que hubiera celebrado un nuevo contrato que incluyera una «cláusula de cerveza» con un establecimiento se arriesgaba a ser demandado por otro fabricante a causa de su complicidad como tercero en la violación de las obligaciones contraídas por dicho establecimiento. Según las demandantes, dicho riesgo, por reducido que fuera conforme a la jurisprudencia antes citada sobre la nulidad, podía originar un procedimiento largo y costoso. A la inversa, según las demandantes, si bien la complicidad de un tercero podía ser, en pocos supuestos, fundamento de una acción por parte del fabricante perjudicado por la deslealtad del establecimiento, la eficacia de dicha acción exigía un procedimiento semejante.
- 51 Por lo que respecta a la tercera causa, las demandantes alegan que los fabricantes de cerveza no disponían de una vía de acción judicial eficaz para garantizar el respeto de las exclusividades convenidas. El motivo consistente en paliar las insuficiencias de un Derecho nacional es frecuente al adoptar reglas de naturaleza privada. La cuestión de si el Convenio era contrario al orden público es de la competencia exclusiva de los tribunales luxemburgueses, por lo que debe presumirse su licitud.
- 52 A continuación, las demandantes alegan que, lejos de restringir su libertad de actuación, la han ejercitado para garantizar el respeto de los contratos celebrados. Suponiendo que el Convenio hubiera tenido un efecto restrictivo de la competencia separable del inherente a las «cláusulas de cerveza», se habría justificado por la necesidad de proteger la lealtad comercial. Brasserie nationale invoca, a este respecto, las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, denominada «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649), y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577). Según las demandantes, la situación conforme al Derecho luxemburgués no puede ser una «frontera» que determine el grado de garantía que las mismas podían concederse para preservar dicha lealtad comercial. Por lo demás, tratan de demostrar una analogía con el artículo 5, letra c), del código de conducta profesional del Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes (en lo sucesivo, «IAA»), artículo respecto al cual la Comisión no expresó reserva alguna en su Decisión que fue objeto de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de marzo de 2001, Instituto de Agentes Autorizados/Comisión (T-144/99, Rec. p. II-1087), apartados 89 y 90. En efecto, según las demandantes, el Convenio prohibía únicamente contratar con un establecimiento ya vinculado a un competidor por un contrato que incluyera una «cláusula de cerveza», y no establecía ninguna prohibición cuando la relación comercial hubiera terminado.

- 53 Por lo demás, las demandantes niegan el hecho de que el Convenio haya protegido «unas relaciones ineficaces entre cerveceras y establecimientos» (considerando 57 de la Decisión). En efecto, los conceptos de validez y de oponibilidad mencionados en el artículo 2 del Convenio sólo abarcan los vicios que afecten al contrato en el momento de su formación, y el Convenio no tuvo como objeto ni efecto prohibir la resolución en caso de incumplimientos graves del fabricante de cerveza respecto al establecimiento.
- 54 Por lo que se refiere a la consideración según la cual el Convenio era más restrictivo que las «cláusulas de cerveza», en la medida en que su artículo 4 prohibía «toda venta de cerveza» a un establecimiento vinculado a una de las partes (considerando 56 de la Decisión), las demandantes alegan que el Convenio sólo se aplicaba a las cervezas del tipo «pils». Brasserie nationale indica que, para un fabricante de cerveza luxemburgués, el concepto de cerveza únicamente comprendía las cervezas de dicho tipo, y añade que sólo largo tiempo después de celebrarse el Convenio Mousel y Diekirch comenzaron a distribuir otros tipos de cerveza. Wiltz y Battin sostienen que el artículo 4 sólo podía tener el sentido de impedir que las partes suministraran las cervezas que las mismas producían o distribuían. Ahora bien, dichas cervezas eran únicamente del tipo «pils».
- 55 Por último, Brasserie nationale alega que el sistema de intercambio de información previsto por el Convenio no guarda relación alguna con el que fue objeto de las sentencias de 27 de octubre de 1994, Fiatagri y New Holland Ford/Comisión (T-34/92, Rec. p. II-905), y Deere/Comisión (T-35/92, Rec. p. II-957), que son las únicas en las que el Tribunal de Primera Instancia sancionó el intercambio de información no relativa a los precios ni constitutiva del soporte de otro mecanismo anticompetitivo.
- 56 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del primer motivo.

— Sobre la calificación supuestamente errónea de la obstaculización de la penetración en el sector Horeca luxemburgués como objeto del Convenio (cuarta parte del primer motivo)

- 57 Las demandantes alegan que la Comisión apreció erróneamente que el Convenio tenía por objeto la obstaculización de la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en el sector Horeca luxemburgués.
- 58 En efecto, según las demandantes, el Convenio sólo perseguía hacer frente a la violación de las «cláusulas de cerveza» provocada por los fabricantes de cerveza extranjeros, a la vez que preservaba la posibilidad de que un fabricante de cerveza luxemburgués respondiera con éxito a la oferta de un establecimiento que pensara en contratar con un fabricante de cerveza extranjero. Además, el Convenio se justificó por la situación excepcional de Luxemburgo, y en especial por la desproporción de fuerzas entre los fabricantes de cerveza luxemburgueses y extranjeros y por la situación anormal resultante de la falta de lealtad de los establecimientos. Brasserie nationale añade que, dado que la Comisión no se opone a las «cláusulas de cerveza», no puede privarlas de eficacia indirectamente. Por lo demás, el Convenio no impidió la contratación por parte de los fabricantes de cerveza extranjeros. Por último, el sistema de compensación previsto por la Declaración de intenciones relativa a los fabricantes de cerveza extranjeros no les parece particularmente censurable.
- 59 Por lo que respecta a la Declaración de intenciones relativa a Battin, Brasserie nationale sostiene que su párrafo primero fomenta precisamente la penetración de cervezas extranjeras en Luxemburgo. El término «equilibrio» utilizado en su párrafo segundo sólo significa el deseo de preservar la posibilidad de que la oferta nacional concorra cuando un establecimiento se abre a la competencia.
- 60 Las demandantes alegan también que el artículo 11 del Convenio nunca se aplicó. Brasserie nationale añade que del mismo no resultó ninguna disuasión, ni se

pretendía ésta. Wiltz y Battin añaden que el artículo 11 es sólo accesorio, como se reconoce en el considerando 72 de la Decisión. Por tanto, la posibilidad de denuncia prevista por la Declaración de intenciones relativa a Battin tampoco es por sí misma una restricción.

- 61 En lo que se refiere a la declaración del director de la FBL mencionada en el considerando 68 de la Decisión, las demandantes reiteran el argumento de que su facultad para formularla válidamente es discutible. Brasserie nationale añade que dicha declaración sólo vincula al propio director y no representa la opinión de Brasserie nationale.
- 62 Por último, Brasserie nationale mantiene que la Decisión está viciada por una contradicción en su motivación, en cuanto reprocha a las partes negar a los fabricantes de cerveza extranjeros ventajas que, por otro lado, se consideran inaceptables entre los fabricantes de cerveza nacionales.
- 63 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del primer motivo.

— Sobre la insuficiente consideración del contexto del Convenio al apreciar su objeto (primera parte del primer motivo)

- 64 Las demandantes reprochan a la Comisión no haber tenido suficientemente en cuenta el contexto en el que se insertaba el Convenio al apreciar su objeto. Dicho error justifica la anulación de la Decisión, tanto más cuanto que da origen a contrasentidos graves en la interpretación del Convenio.

- 65 En efecto, las demandantes sostienen que, aun si es superfluo demostrar los efectos de un acuerdo que es restrictivo por su objeto, la identificación de un objeto restrictivo requiere un análisis del contexto (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 23 a 25). Brasserie nationale invoca, además, las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, Société technique minière (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente pp. 359 y 360); de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rheinzink/Comisión (asuntos acumulados 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679), apartado 26, y Wouters y otros, antes citada, apartado 97, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, Tate & Lyle y otros/Comisión (asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Rec. p. II-2035), apartados 44 a 53, y de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión (T-112/99, Rec. p. II-2459), apartado 76.
- 66 Pues bien, según las demandantes, el marco concreto en el que el Convenio desplegó sus efectos fue ajeno a la apreciación de su objeto, salvo apenas alguna excepción. Por lo que respecta a dicho marco concreto, las demandantes invocan el dinamismo del sector del que se trata en términos de cuotas de mercado, que varían mucho en función de los fabricantes de cerveza, y la apertura, de amplitud única en la Comunidad, del mismo sector a las importaciones. En efecto, alegan que más del 33 % de la cerveza consumida en Luxemburgo es importada y subrayan la presencia de importantes productores en zonas fronterizas. Brasserie nationale alega, además, la existencia de un número elevado de establecimientos no vinculados a las partes y que pueden constituir un ámbito propicio para una competencia adicional entre fabricantes de cerveza luxemburgueses y extranjeros. En la vista, añadió que los citados establecimientos estaban vinculados a fabricantes de cerveza extranjeros por cláusulas de exclusividad.
- 67 Ninguno de los elementos expuestos en los considerandos 59 a 63 de la Decisión, a los efectos de fundamentar la apreciación formulada por la Comisión sobre el objeto del Convenio, contiene una descripción de su contexto económico, ni siquiera mediante remisión a los considerandos 74 a 76. Estos últimos tienen como finalidad demostrar el carácter sensible de la restricción, fase del razonamiento distinta de la consistente en calificar el Convenio como restrictivo por su objeto.
- 68 Lo mismo sucede respecto a la calificación de restricción de la competencia contra los fabricantes de cerveza extranjeros (considerandos 67 a 73 de la Decisión).

69 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del primer motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

— Sobre la calificación supuestamente errónea de la conservación de las clientelas como objeto del Convenio (tercera parte del primer motivo)

70 Procede examinar, en primer lugar, las alegaciones de las demandantes dirigidas a desvirtuar varios elementos de hecho que la Comisión tuvo en cuenta en la Decisión para llegar a la conclusión de que el Convenio tenía por objeto la conservación de las clientelas.

71 En primer lugar, por lo que respecta a la refutación por las demandantes de la consideración según la cual el Convenio prohibía toda venta de cerveza a un establecimiento vinculado a una de las partes (considerando 56 de la Decisión), basta recordar que el artículo 4 del Convenio se refiere expresamente a «toda venta de cerveza». Ante esos claros términos, procede desechar la presente alegación, en la medida en que no se apoya en ningún elemento concreto.

72 En segundo lugar, así procede también respecto a la alegación según la cual los conceptos de validez y de oponibilidad aludidos en el artículo 2 del Convenio sólo se referían a los vicios que afectaran al contrato en el momento de su formación. En efecto, tal limitación no se prevé en el artículo 2 y dicha alegación no se apoya en ningún elemento concreto.

- 73 En tercer lugar, en lo relativo a la alegación según la cual el sistema de intercambio de información previsto por el artículo 5 del Convenio permitía circunscribir su alcance a las «cláusulas de cerveza» escritas, basta observar, como hace la Comisión, que dicha alegación se desmiente por el hecho de que el Convenio pretendía ser aplicado en todo su alcance, incluso en caso de inexistencia de «cláusula de cerveza», como se expondrá al examinar la segunda parte del presente motivo.
- 74 En cuarto lugar, las demandantes objetan que se tomaran en cuenta los acuerdos anteriores al Convenio en el considerando 60 de la Decisión.
- 75 A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que los acuerdos de 1980 y 1981 no se mencionan en la Decisión. Por consiguiente, la alegación basada en que los mismos son diferentes de los de 1975 y 1983 carece de pertinencia. A continuación, es preciso observar que la Comisión sólo tuvo en cuenta los acuerdos de 1966, 1975 y 1983 a los efectos de concluir que la interpretación del Convenio no podía dissociarse completamente de los citados acuerdos, y que éstos permitían dudar de la inseguridad jurídica alegada por las partes como causa justificativa del Convenio. Así pues, en relación con dicha conclusión, las afirmaciones de Brasserie nationale respecto a esos últimos acuerdos carecen de pertinencia.
- 76 Por último, las demandantes censuran que se tomara en consideración la observación del director de la FBL, mencionada en el considerando 63 de la Decisión, relativa al espíritu proteccionista del Convenio (véase el apartado 38 *supra*).
- 77 A este respecto, procede señalar, en primer lugar, como hace la Comisión, que el citado director era un actor y un testigo privilegiado del Convenio. En efecto, por ejemplo, consta que emitió la observación de la que se trata en una reunión de conciliación entre dos de las partes. Además, el artículo 5 del Convenio preveía la

posibilidad de que una parte le remitiera copia de una solicitud de información dirigida a otra parte en virtud de dicha disposición. Así pues, se había atribuido al director la función de conciliación entre las partes.

- 78 También por lo que respecta al carácter supuestamente erróneo de dicha observación, en la medida en que el Convenio no había afectado a las importaciones ni a las exportaciones, basta indicar que, habida cuenta de las Declaraciones de intenciones relativas a Battin y a los fabricantes de cerveza extranjeros, las demandantes no pueden sostener válidamente que el Convenio no afectaba a las importaciones ni a las exportaciones. En lo que se refiere a la sentencia Bilger, antes citada, invocada en apoyo de dicha tesis, carece de pertinencia, en especial dado que se refería a un acuerdo vertical, mientras que el Convenio es de naturaleza horizontal.
- 79 De ello se desprende que las demandantes no han logrado desvirtuar ninguno de los elementos de hecho tomados en cuenta por la Comisión en la Decisión para llegar a la conclusión de que el Convenio tenía por objeto la conservación de las clientelas.
- 80 Procede examinar a continuación las demás alegaciones expuestas por las demandantes en apoyo de la presente parte del primer motivo.
- 81 En lo que se refiere a las tres causas en las que supuestamente se basa el Convenio, mencionadas en los apartados 47 a 51 *supra*, debe observarse que, suponiéndolas demostradas, no pueden justificar una práctica colusoria con un objeto anti-competitivo. En efecto, no puede aceptarse que las empresas atenúen los efectos de una normativa que consideran excesivamente desfavorable mediante prácticas colusorias que tienen por objeto corregir esas desventajas so pretexto de que dicha normativa crea un desequilibrio en su contra (véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, Rec. p. II-289, apartado 256, en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002,

Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 487, respecto a una crisis en el mercado). Procede añadir que no sólo las demandantes, sino también todos los operadores económicos tenían que hacer frente a las dificultades que el Convenio supuestamente intentaba mitigar.

- 82 Por lo demás, cabe señalar, como hace la Comisión, que de los autos se desprende que el Convenio pretendía ser aplicado incluso en caso de inexistencia de «cláusula de cerveza» y que su objeto no se limitaba a la solución de los tres problemas alegados por las demandantes, citados en los apartados 47 a 51 *supra*, como se expondrá en el marco de la segunda parte del presente motivo.
- 83 En la medida en que las alegaciones de las demandantes, según se precisaron en la vista, deban entenderse en el sentido de que el objetivo del Convenio era restablecer, ante los tres problemas antes citados, una situación jurídica ajustada al Reglamento nº 1984/83, procede recordar que la prohibición enunciada en el artículo 4 del Convenio va claramente más lejos que lo permitido por el artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento. Además, éste sólo permite determinadas restricciones de la competencia en la relación vertical entre el revendedor y el proveedor (véanse, en especial, los artículos 1 y 6), mientras que el Convenio constituye un acuerdo horizontal. En cualquier caso, las demandantes ni siquiera han intentado demostrar que fuera indispensable recurrir a un acuerdo horizontal a los efectos de resolver los supuestos problemas existentes a nivel vertical.
- 84 A continuación, las demandantes sostienen que el objetivo único del Convenio era hacer respetar las exclusividades contractualmente consentidas entre el establecimiento y el fabricante de cerveza. Además, el Convenio se justificaba, según ellas, por la necesidad de proteger la lealtad comercial.

85 A este respecto, basta señalar que, incluso suponiendo demostradas dichas circunstancias, la conclusión según la cual el Convenio tenía por objeto la restricción del juego de la competencia en el interior del mercado común no queda desvirtuada por el supuesto hecho de que persiguiera también un objetivo legítimo (véase, en ese sentido, la sentencia IAZ y otros/Comisión, antes citada, apartado 25). La sentencia Delimitis, antes citada, no puede ser invocada con eficacia por las demandantes, dado que se dictó en un asunto en el que se trataba de acuerdos verticales, mientras que los presentes asuntos se refieren a un acuerdo horizontal. Por lo demás, la referencia de Brasserie nationale a las sentencias Cassis de Dijon y Wouters y otros, antes citadas, debe rechazarse. Cuando consta que el objeto de un acuerdo constituye, por su naturaleza, una restricción de la competencia, como lo es un reparto de clientela, dicho acuerdo no puede, en aplicación de una regla de razón (*rule of reason*), eludir las prescripciones del artículo 81 CE, apartado 1, por el hecho de que persiga también otros objetivos, como los que concurrían en los asuntos objeto de dichas sentencias.

86 En lo relativo a la alegación basada en la sentencia Instituto de Agentes Autorizados/Comisión, antes citada, procede observar, en primer lugar, que el artículo 5, letra c), del código de conducta profesional del IAA sólo contenía una prohibición de ofrecer servicios no solicitados correspondientes a asuntos pendientes llevados por otro agente (apartado 89). Ahora bien, dicha prohibición dista de ser comparable a las impuestas por el Convenio. En efecto, en dicho asunto, la prohibición sólo afectaba a la iniciativa de ofrecer servicios a un cliente, mientras que el Convenio prohibía a las partes, en particular, responder a una solicitud de contratación. En segundo lugar, la citada prohibición se basaba en particular en razones de carácter deontológico, a diferencia del Convenio, que perseguía un reparto de clientela. La presente alegación debe por tanto desecharse.

87 Por último, las demandantes niegan que las ventajas del Convenio se reservaran a los fabricantes de cerveza nacionales (considerando 62 de la Decisión). A este respecto, procede observar que dicha alegación no se acredita suficientemente. Aunque las demandantes afirman que todos los fabricantes de cerveza que operaban en Luxemburgo podían suscribir el Convenio, es preciso observar que no fue firmado por ningún fabricante extranjero. La alegación basada en que dos fabricantes de cerveza luxemburgueses no fueron excluidos del Convenio a raíz de su adquisición por un fabricante de cerveza extranjero no demuestra que los fabricantes de cerveza

extranjeros pudieran, por sí mismos, llegar a ser parte en el Convenio. Por el contrario, la estipulación del artículo 11, que prevé la exclusión de una parte en el Convenio en caso de adquisición de su control por una sociedad extranjera, o en caso de cooperación con un fabricante de cerveza extranjero, demuestra que se consideraba que el Convenio estaba exclusivamente reservado a los fabricantes de cerveza nacionales. La circunstancia de que dicho artículo nunca se aplicara no modifica dicha apreciación.

- 88 De las anteriores consideraciones resulta que ninguna de las alegaciones invocadas en apoyo de la tercera parte del primer motivo puede ser acogida. Por consiguiente, dicha parte debe ser desestimada.

— Sobre la calificación supuestamente errónea de la obstaculización de la penetración en el sector Horeca luxemburgués como objeto del Convenio (cuarta parte del primer motivo)

- 89 Procede observar que, mediante la Declaración de intenciones relativa a los fabricantes de cerveza extranjeros, las partes se reservaron entre sí la prioridad para la captación y la celebración de un contrato de suministro con un establecimiento vinculado con una de ellas y que se propusiera contratar con un fabricante de cerveza extranjero. La Declaración de intenciones relativa a Battin preveía la posibilidad de denunciar el Convenio respecto a Battin en caso de modificación por ésta de los términos de la distribución de determinadas cervezas extranjeras. Por último, el artículo 11 del Convenio preveía la posibilidad de denuncia del mismo en caso de adquisición del control por una sociedad extranjera o de cooperación con un fabricante de cerveza extranjero.

- 90 Debe señalarse además que, como la Comisión observó acertadamente, el mecanismo establecido por la Declaración de intenciones relativa a los fabricantes de cerveza extranjeros se refería únicamente al fabricante de cerveza extranjero que

deseara suministrar a un establecimiento luxemburgués, pero no protegía al fabricante de cerveza extranjero cuyo cliente luxemburgués se propusiera abastecerse de un fabricante de cerveza luxemburgués.

- 91 En dichas circunstancias, procede concluir que la Comisión no incurrió en ningún error de Derecho al estimar que el Convenio tenía por objeto obstaculizar la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en el sector Horeca luxemburgués.
- 92 Ninguna de las alegaciones de las demandantes puede enervar dicha conclusión.
- 93 Por lo que respecta, en primer lugar, a la alegación según la cual el Convenio sólo pretendía hacer frente a la violación de las «cláusulas de cerveza» provocada por los fabricantes de cerveza extranjeros, procede observar, en primer lugar, que carece de soporte de hecho, dado que el Convenio se aplicaba incluso sin existir «cláusula de cerveza», como se expondrá en el marco de la segunda parte del presente motivo.
- 94 Además, debe subrayarse, al igual que se hizo en el marco de la desestimación de la tercera parte del presente motivo, que, incluso suponiendo su certeza, la circunstancia alegada por las demandantes no puede justificar el objeto restrictivo del Convenio, según se acaba de declarar.
- 95 Por último, al sostener que el Convenio pretendía preservar la posibilidad de que un fabricante de cerveza luxemburgués respondiera a la oferta de un establecimiento que deseara contratar con un fabricante de cerveza extranjero, las propias demandantes reconocen que el Convenio era restrictivo por su objeto. En efecto, al preservar dicha posibilidad, el Convenio originaba por definición una modificación de las condiciones de competencia en perjuicio del fabricante de cerveza extranjero afectado.

- 96 En segundo lugar, las demandantes alegan que el Convenio se justificaba por la situación excepcional de Luxemburgo y por la situación anormal resultante de la falta de lealtad de los establecimientos. Por lo demás, alegan que el artículo 11 del Convenio nunca se aplicó. Brasserie nationale añade que el Convenio no impidió la contratación por parte de los fabricantes de cerveza extranjeros.
- 97 Ante todas esas alegaciones, procede observar, de nuevo, que, aun si fueran acogidas, no podrían justificar el objeto restrictivo del Convenio tal como resulta de los elementos de hecho expuestos por la Comisión y no rebatidos por las demandantes. En particular, debe señalarse que la alegación según la cual el Convenio no impidió la contratación por parte de los fabricantes de cerveza extranjeros carece de pertinencia, en la medida en que el Convenio tenía por objeto restringir la competencia, por lo que no es preciso examinar si tuvo además ese mismo efecto (véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, Rec. p. II-2707, apartado 231).
- 98 En tercer lugar, las demandantes reiteran la alegación según la cual es discutible la facultad del director de la FBL. Brasserie nationale añade que la observación del director mencionada en el considerando 68 de la Decisión sólo vincula al propio director y no representa la opinión de Brasserie nationale.
- 99 A este respecto, procede señalar, acerca de la negación de la facultad del director de la FBL, que debe ser desechada por las razones indicadas en el marco de la desestimación de la parte anterior del presente motivo. Por otra parte, como se indicó en el mismo considerando 68 de la Decisión, dicha observación se emitió en una reunión de conciliación acerca de la aplicación del Convenio. Es preciso por tanto tenerla en cuenta a los efectos de la apreciación jurídica del Convenio. Al hacerlo, la Comisión no consideró en absoluto que dicha observación representara la opinión de Brasserie nationale.

100 Brasserie nationale mantiene, en cuarto lugar, por lo que respecta a la Declaración de intenciones relativa a Battin, que su párrafo primero fomentaba precisamente la penetración de cervezas extranjeras en Luxemburgo. El término «equilibrio» utilizado en el párrafo segundo sólo indicaba el deseo de preservar la posibilidad de que la oferta nacional concurriera cuando un establecimiento se abriera a la competencia.

101 A este respecto, basta señalar que, si bien dicha declaración de intenciones permitía efectivamente la distribución de determinadas cervezas extranjeras por Battin, de ella derivaba no obstante una restricción apreciable de la libertad de actuación de Battin, y por tanto una restricción de la competencia.

102 Por último, Brasserie nationale mantiene que la Decisión incurre en una contradicción en su motivación, en cuanto reprocha a las partes denegar a los fabricantes de cerveza extranjeros ventajas que, por otra parte, se consideran inaceptables entre los fabricantes de cerveza nacionales.

103 A este respecto, procede considerar que, si bien el acceso de los fabricantes de cerveza extranjeros a la garantía de las «cláusulas de cerveza» podía tal vez reforzar la naturaleza restrictiva de dicha garantía, no deja de ser cierto que el artículo 11 del Convenio y la Declaración de intenciones relativa a Battin permitían excluir a los fabricantes de cerveza extranjeros de las «ventajas», incluso ilícitas, de la citada garantía en términos de protección de la clientela, y por consiguiente obstaculizar la penetración de los mismos en el sector Horeca de Luxemburgo.

104 De ello se desprende que la cuarta parte del primer motivo debe ser desestimada.

— Sobre la insuficiente consideración del contexto del Convenio al apreciar su objeto (primera parte del primer motivo)

- 105 Debe recordarse que el considerando 47 de la Decisión, titulado «Restricción de la competencia en función del objeto», declara que el Convenio tenía por objeto, en primer lugar, conservar la clientela respectiva de las partes en el sector Horeca luxemburgués y, en segundo lugar, obstaculizar la penetración en éste por parte de las fábricas de cerveza extranjeras. El mismo considerando remite, respecto al primer objeto identificado en él, a los considerandos 48 a 66 y, respecto al segundo, a los considerandos 67 a 73 de la Decisión.
- 106 De la estructura de la Decisión se desprende por tanto que, en contra del fundamento de las alegaciones de las demandantes, la identificación del objeto del Convenio no se limita a los considerandos 59 a 62, sino que resulta del conjunto de los considerandos 47 a 73.
- 107 Pues bien, la mera lectura del conjunto de esos últimos considerandos revela que las demandantes no pueden alegar válidamente que el contexto del Convenio no se tuvo en cuenta al apreciar su objeto. El Tribunal de Primera Instancia remite al respecto al resumen de los considerandos 48 a 73 de la Decisión, contenido en los apartados 30 a 40 *supra*.
- 108 Por lo demás, procede recordar que los elementos de contexto que, según las demandantes, la Comisión no consideró suficientemente al apreciar el objeto del Convenio son, respectivamente, el dinamismo del sector del que se trata en términos de cuotas de mercado, la apertura, de amplitud única, de dicho sector a las importaciones, y la existencia de un número elevado de establecimientos no vinculados a las partes. No obstante, dichos elementos de contexto no guardan relación con la cuestión de cuál era el objeto del Convenio, sino con la de cuáles eran sus efectos. Ahora bien, según la jurisprudencia, la Comisión está exenta de la

obligación de examinar los efectos de un acuerdo anticompetitivo por su objeto. (véase, en ese sentido, la sentencia Volkswagen/Comisión, antes citada, apartado 231). Por otra parte, las demandantes no discuten este extremo, al reconocer que es superfluo demostrar los efectos de un acuerdo restrictivo por su objeto.

109 Es preciso añadir que las alegaciones de las demandantes según las cuales la Comisión no tuvo suficientemente en cuenta los elementos de contexto son infundadas. En efecto, en los apartados 23 a 25 de la sentencia IAZ y otros/Comisión, antes citada, invocada por las demandantes, se declara que «tanto el contenido del Convenio [controvertido en el asunto que originó dicha sentencia] como su génesis y las circunstancias de su aplicación» se habían tomado en cuenta. Pues bien, la Comisión tomó precisamente en cuenta tales elementos a los efectos de concluir que el Convenio era restrictivo por su objeto. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia remite de nuevo al resumen de los considerandos 48 a 73 de la Decisión, antes mencionado.

110 De ello se desprende que la primera parte del primer motivo debe ser desestimada.

Sobre la segunda parte del primer motivo, basada en que la Comisión apreció erróneamente que el Convenio se aplicaba sin existir «cláusula de cerveza»

Decisión impugnada

111 En la Decisión, se considera que, según el acta de la reunión de la FBL de 7 de octubre de 1986, modificada por el acta de la reunión de la FBL de 2 de diciembre de 1986, las partes acordaron una interpretación más amplia del término «cláusula de

cerveza» que la del artículo 2 del Convenio. Según la Decisión, dicha interpretación se confirmó mediante una carta de 23 de octubre de 1991 dirigida por Wiltz a la FBL (considerando 9).

Alegaciones de las partes

- 112 Las demandantes sostienen que la Comisión concluyó erróneamente que el Convenio se extendía a los casos en que no existía una «cláusula de cerveza» debidamente concluida y vigente.
- 113 En efecto, según las demandantes, si bien un acuerdo puede resultar de un documento distinto de un instrumento formal, es necesario además comprobar si se trata de la «fiel expresión de la voluntad común» de las partes (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartados 110 a 114, y de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 86). Ahora bien, a su juicio, en los presentes asuntos no existe tal voluntad. En efecto, las demandantes subrayan, en primer lugar, que el acta de la reunión de la FBL de 7 de octubre de 1986, citada en el considerando 9 de la Decisión, expresa que «los tres documentos que se mantenían en suspenso [...] [se habían] aprobado y se [firmarían] en la próxima reunión», lo que consta en el acta de la reunión de la FBL de 2 de diciembre de 1986, citada también en el considerando 9 de la Decisión, al expresar que «[las partes] procedían a la firma [de dichos documentos]». Según las demandantes, tal firma constituye por tanto una formalidad sin la que no puede identificarse ninguna voluntad común de las partes. Pues bien, las demandantes ponen de relieve que ninguna de ambas actas, antes citadas, hace constar dicha firma, en cuanto afecta a la interpretación del Convenio, tal como resulta de dichas actas, siendo así que dicha interpretación no puede dissociarse de los tres documentos antes aludidos. Además, subrayan que del acta de la reunión de la FBL de 2 de diciembre de 1986, antes citada, se desprende que el texto mencionado en el punto 2 del acta de la anterior reunión de la FBL fue objeto de precisiones. Este

último texto no fue adoptado por tanto después de la primera ni de la segunda reunión. Por último, las demandantes señalan que el texto de la carta de 23 de octubre de 1991 dirigida por Wiltz a la FBL, mencionada en el considerando 9 de la Decisión, se titula «Propuesta». Añaden que se recogen en ella los dos guiones interpretativos que figuraban en las actas antes citadas, con redacciones abreviadas y mejoradas. Ahora bien, según las demandantes, Wiltz no habría tenido ningún interés en formular tal propuesta si dichas actas ya recogieran la ampliación controvertida.

- 114 Por lo que se refiere a la supuesta aceptación de la ampliación que niega Wiltz, las demandantes responden que, en la declaración de la que se trata, se utilizó el condicional. En lo relativo a la supuesta aceptación de dicha ampliación por parte de Brasserie nationale, ésta responde que, en la declaración de la que se trata, sólo indicó el origen de la propuesta de tal ampliación, y que los términos «aceptaba firmar» y «no tenía inconveniente en firmar» sólo significaban su aceptación de firmar en el futuro.
- 115 Brasserie nationale observa también, en referencia a la correspondencia contenida en los autos, que nunca surgió ningún litigio entre las partes sin existir un contrato firmado.
- 116 Por último, Brasserie nationale alega que la propia Comisión reconoció que el Convenio no se aplicaba a los casos en los que no existía «cláusula de cerveza», en la medida en que, en el considerando 92 de la Decisión, se afirma que «el alcance de la infracción se limita [...] únicamente a los establecimientos vinculados a las partes mediante una cláusula de compra exclusiva».
- 117 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del primer motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 118 Según jurisprudencia reiterada, para que exista acuerdo, a efectos del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (véanse, en ese sentido, las sentencias ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada, apartado 112, y Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartado 86; las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 256, y de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión, T-41/96, Rec. p. II-3383, apartado 67). Por lo que respecta a la forma de expresión de dicha voluntad común, basta con que una estipulación sea la expresión de la voluntad de las partes de comportarse en el mercado de conformidad con sus términos (véanse, en ese sentido, las sentencias ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada, apartado 112; Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartado 86, y Bayer/Comisión, antes citada, apartado 68).
- 119 De ello resulta que el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades (sentencia Bayer/Comisión, antes citada, apartado 69).
- 120 En el presente asunto, procede observar, en primer lugar, que el acta de la reunión de la FBL de 7 de octubre de 1986, antes citada, expresa lo siguiente:

«2) Cláusula de Cerveza

Los tres documentos que se mantenían en suspenso [...] se han aprobado y se firmarán en la próxima reunión.

Por otra parte, se acuerda admitir y asimilar a la “cláusula de cerveza”:

- la operación consistente en arrendar y participar financieramente en el equipamiento de un café, sin que se mencione expresamente una “cláusula de cerveza”,

- la recompra por una fábrica de cerveza de un derecho de *cabaretage*, con inversión de capital, sin que se mencione expresamente una “cláusula de cerveza”.

Estas dos interpretaciones forman parte integrante de las disposiciones vigentes en este ámbito.»

- 121 El acta de la reunión de la FBL de 2 de diciembre de 1986, antes citada, expresa lo siguiente (los pasajes figuran como tales en el original):

«1) Debe modificarse el acta de la reunión de 7 de octubre de 1986 como sigue:

[...] Punto 2) — Primer guión

- «la operación consistente en arrendar y participar financieramente en el equipamiento de un café, sin que se mencione expresamente una “cláusula de cerveza”, por ejemplo la fábrica de cerveza X arrienda un edificio y participa financieramente en el desarrollo del edificio según su destino, pero no concluye o no llega a concluir una obligación con el propietario.

Segundo guión

será del siguiente tenor:

— la recompra por una fábrica de cerveza de un derecho de cabaretage, sin que se mencione expresamente una “cláusula de cerveza”.

2) Los fabricantes de cerveza proceden a la firma [de los tres documentos mencionados en el punto 2 del acta de la reunión de 7 de octubre de 1986].

Todos los fabricantes de cerveza han recibido copia de dichos documentos firmados y cuyos originales se conservarán en la [FBL]. Los citados documentos tienen carácter confidencial.»

122 La carta dirigida el 23 de octubre de 1991 por Wiltz a la FBL, antes citada, está así redactada:

«Propuesta:

En relación con el artículo 2 del Convenio, los cerveceros acuerdan admitir y asimilar a la “cláusula cerveza”

— la operación que consiste en contratar un arrendamiento;

— la puesta a disposición por una fábrica de cerveza, por cualquier concepto, de un derecho de *cabaretage*.»

123 En consecuencia, vistos los elementos presentados por las demandantes, debe examinarse si la Comisión demostró de modo suficiente en Derecho la existencia de una concordancia de voluntades entre las partes respecto a la aplicación del Convenio, incluso a falta de una «cláusula de cerveza» debidamente concluida y vigente.

124 Pues bien, es preciso señalar que el acta de la reunión de la FBL de 7 de octubre de 1986 declara expresamente que la ampliación del ámbito de aplicación del Convenio mencionada en la misma «se acuerda» y «[forma] parte integrante de las [estipulaciones] vigentes en este ámbito». Ni dicha acta ni la de la reunión de la FBL de 2 de diciembre de 1986 prevén formalización alguna de tal acuerdo. En esta medida, el hecho de que la primera acta prevea también que determinados documentos en ella aludidos «se han aprobado y se firmarán» es irrelevante. El hecho de que la segunda acta introduzca modificaciones (relativamente menores, por lo demás) en el texto que figuraba en la primera tampoco puede desvirtuar el acuerdo entre las partes concluido precisamente sobre el texto modificado de dicha forma.

125 Además, como expone el considerando 29 de la Decisión, tanto Brasserie nationale como Wiltz reconocieron que el Convenio también se aplicaba a determinadas relaciones fabricante de cerveza-establecimiento en las cuales no existía en absoluto un contrato de suministro o una «cláusula de cerveza».

- 126 En efecto, en su respuesta a las preguntas formuladas por la Comisión tras la audiencia, Brasserie nationale declaró, respecto al supuesto de que hubiera existido un arrendamiento y una financiación por parte de un fabricante de cerveza, pero no un contrato que contuviera una «cláusula de cerveza»:

«En tal caso, según los textos de 1986 [a saber, las dos actas antes citadas], debe considerarse también que existe “cláusula de cerveza” en el sentido del Convenio. Es preciso reconocer que dicha cláusula es *a priori* sorprendente, dado que ningún fabricante de cerveza invierte sin existir un contrato [...] Dicho esto, esa cláusula rocambolesca nunca [...] se ha aplicado. En realidad, lo que se contemplaba era la hipótesis extravagante imaginada por [...] La hipótesis de trabajo de la citada persona era evidentemente extravagante, pero como [Brasserie nationale] no tenía en absoluto las intenciones que se le atribuían, aceptó firmar el texto en cuestión [...] [Brasserie nationale] no tenía inconveniente en firmar, puesto que no tenía la intención de obrar según la hipótesis prevista por la cláusula de la que se trata [...]»

- 127 Por su parte, Wiltz, al responder al pliego de cargos, declaró lo siguiente:

«El [Convenio] podría, a lo sumo, considerarse en dicho sentido sobre la base de la interpretación de los términos “cláusula de cerveza” acordada entre [las] partes en las [reuniones de la FBL de] 7 de octubre y 2 de diciembre de 1986, pero aun así el fin único y legítimo fue garantizar la información destinada a prevenir la inseguridad jurídica en caso de inversiones importantes.»

- 128 A este respecto, la alegación de las demandantes, basada en la circunstancia de que, en su declaración citada en el anterior apartado, Wiltz utilizó el condicional, debe desecharse. En efecto, en la misma declaración, Wiltz mencionó expresamente «la interpretación de los términos “cláusula de cerveza” acordada entre [las] partes».

- 129 Brasserie nationale mantiene además que, en su declaración citada en el apartado 126 *supra*, sólo indicó el origen de la propuesta de ampliación del ámbito de aplicación del Convenio en caso de inexistencia de «cláusula de cerveza», y que los términos «aceptaba firmar» y «no tenía inconveniente en firmar» sólo expresaban su aceptación de firmar dicha propuesta en el futuro.
- 130 Dichas alegaciones también deben rechazarse. En las circunstancias de los presentes asuntos, la declaración antes citada no puede enervar la apreciación del consentimiento de Brasserie nationale en la ampliación del ámbito de aplicación del Convenio a raíz de las reuniones de 7 de octubre y 2 de diciembre de 1986. A este respecto, procede recordar que poco importa quién tomó la iniciativa de la propuesta de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio, puesto que puede estimarse probada una concordancia de voluntades (véanse, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, *Miller/Comisión*, 19/77, Rec. p. 131, apartado 7, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1994, *Parker Pen/Comisión*, T-77/92, Rec. p. II-549, apartado 37).
- 131 En cualquier caso, suponiendo incluso que Brasserie nationale no hubiera aceptado la ampliación del ámbito de aplicación del Convenio, de ser así le incumbía manifestar su distanciamiento respecto a la nueva interpretación de las «cláusulas de cerveza» (véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, *Cimenteries CBR y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartado 1353, y la jurisprudencia citada). Ahora bien, consta que no lo hizo.
- 132 Por otra parte, si dicha ampliación del ámbito de aplicación del Convenio no hubiera sido acordada entre las partes, Brasserie nationale, lógicamente, no habría invocado ante la Comisión tan sólo la inaplicación de dicha ampliación.

- 133 En cuanto a la alegación basada en la carta de Wiltz, antes citada, debe considerarse muy plausible que Wiltz no hubiera formulado la propuesta mencionada en dicha carta por la razón alegada por las demandantes, sino con el propósito de modificar el texto que resultaba precisamente de las dos actas antes citadas. Por otra parte, es preciso señalar que, al contrario de lo alegado por las demandantes, dicha propuesta de Wiltz no contiene sólo mejoras de redacción. En efecto, según dicha propuesta, la «operación que consiste en contratar un arrendamiento» se asimila a una «cláusula de cerveza», mientras que el acta de la reunión de la FBL de 2 de diciembre de 1986 prevé que se asimila a dicha cláusula la «operación consistente en arrendar y participar financieramente en el equipamiento de un café». Pues bien, dicha modificación no puede considerarse como de mera redacción.
- 134 Por último, en lo que se refiere al supuesto reconocimiento por la Comisión de que el Convenio no se aplicaba a los casos de inexistencia de «cláusula de cerveza», procede señalar que, si bien la redacción del considerando 92 de la Decisión, y según la cual «el alcance de la infracción se limita [...] únicamente a los establecimientos vinculados a las partes mediante una cláusula de compra exclusiva», no es tal vez acertada, de la mera lectura conjunta de los considerandos 9 y 48 a 63, y en especial de la referencia por el considerando 50 al considerando 9, se desprende que la Comisión mantenía el criterio de que el Convenio se aplicaba también en caso de inexistencia de «cláusula de cerveza». Por lo demás, debe recordarse que, mediante la presente parte del primer motivo, las demandantes rebaten dicho criterio. Éstas no pueden por tanto alegar válidamente que la Comisión mantenía un criterio diferente.
- 135 En virtud de lo expuesto, procede concluir que las demandantes no han aportado elementos que puedan desvirtuar la apreciación por la Comisión de la existencia de una concordancia de voluntades entre las partes sobre la aplicación del Convenio, incluso a falta de «cláusula de cerveza» debidamente concluida y vigente.
- 136 Por consiguiente, la segunda parte del primer motivo debe ser desestimada.

Sobre la quinta parte del primer motivo, basada en la inexistencia de efecto sensible del Convenio en la competencia

Decisión impugnada

- 137 La Decisión señala que el Convenio podía restringir sensiblemente la competencia en el sector Horeca luxemburgués. A este respecto, se recuerda, en primer lugar, que las partes limitaron el alcance del Convenio al sector Horeca luxemburgués, lo que indica que consideraban que su posición en este sector era suficientemente importante y que las condiciones de competencia en el mismo eran suficientemente diferentes de las de los otros sectores y países limítrofes para garantizar la eficacia del Convenio. En segundo lugar, se observa que, habida cuenta de su propia producción y su distribución de cervezas importadas, las partes controlaban alrededor del 85 % de las ventas de cerveza en el sector en cuestión, y que más de la mitad de los establecimientos de venta de bebidas de Luxemburgo estaban vinculados a las partes mediante una «cláusula de cerveza» (considerandos 74 a 76).

Alegaciones de las partes

- 138 Las demandantes sostienen que la conclusión de la Comisión respecto a la existencia de una restricción sensible de la competencia es errónea e insuficientemente motivada. En efecto, ponen de relieve que la Comisión no definió el mercado de referencia. A continuación, alegan que la limitación del alcance del Convenio al sector Horeca no demuestra nada, sino que corresponde tan sólo a la dimensión del problema identificado por las partes, con vistas al cual podían cooperar. Además, aunque la proporción del 85 % del volumen de cerveza distribuido por las partes pueda parecer elevada, la proporción del 40 al 45 % de establecimientos accesibles para otros fabricantes de cerveza no justifica la apreciación de la restricción como sensible. Por lo demás, la inaplicación de la restricción relativa a los fabricantes de cerveza extranjeros debe llevar a la conclusión de que la restricción no era sensible.

139 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del primer motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

— Sobre el error de apreciación alegado

140 A este respecto, basta recordar que unas empresas que celebran un acuerdo cuya finalidad es restringir la competencia no pueden, en principio, eludir la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, alegando que su acuerdo no debía de tener repercusiones apreciables en la competencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, Rec. p. II-2223, apartados 130 y 196).

141 En efecto, dado que el Convenio tenía por objeto conservar la clientela respectiva de las partes en el sector Horeca luxemburgués, por un lado, y obstaculizar la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en dicho sector, por otro, su existencia sólo tenía sentido si su objeto era restringir la competencia en dicho sector de forma apreciable, es decir, de una forma que les resultara comercialmente útil (véase, por analogía, la sentencia Mannesmannröhren-Werke/Comisión, antes citada, apartado 131).

— Sobre la supuesta falta de motivación

- 142 Según reiterada jurisprudencia, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto del que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control (sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63).
- 143 Pues bien, habida cuenta de la información expuesta en los considerandos 74 a 76 de la Decisión, procede estimar que Brasserie nationale estaba plenamente en condiciones de invocar alegaciones basadas en la ilegalidad de la conclusión de la Comisión sobre el carácter sensible de la restricción de la competencia.
- 144 En lo que se refiere, por otra parte, al reproche relativo a la falta de delimitación del mercado de referencia, basta recordar que la obligación de delimitar el mercado de referencia en una decisión adoptada con arreglo al artículo 81 CE se impone a la Comisión únicamente cuando, sin dicha delimitación, no es posible determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión, T-213/00, Rec. p. II-913, apartado 206). Ahora bien, tal situación no concurre en el presente asunto, como se desprende, en especial, de la desestimación de las partes tercera y cuarta del presente motivo.
- 145 De ello resulta que la quinta parte del primer motivo debe ser desestimada.

- 146 Dado que todas las partes del primer motivo se han desestimado, éste debe serlo en su conjunto, por lo que procede examinar el segundo motivo.

2. Sobre el segundo motivo, basado en la violación del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 y de la exigencia de motivación consagrada por el artículo 253 CE

- 147 El segundo motivo se divide en tres partes, basadas, en primer lugar, en el hecho de que la infracción no fue deliberadamente cometida, en segundo lugar, en un error de apreciación sobre la gravedad y la duración de la infracción y, en tercer lugar, en el hecho de no haber aplicado las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 y del artículo 65, apartado 5, del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices») en materia de circunstancias atenuantes. El motivo invocado en el asunto T-49/02 comprende además una cuarta parte, basada en la falta de motivación acerca del importe inicial de base fijado por la Comisión para el cálculo de las multas.

Sobre la primera parte del segundo motivo, basada en el hecho de que la infracción no fue deliberadamente cometida

Decisión impugnada

- 148 En la Decisión se considera que se ha cometido de forma deliberada una infracción de las normas de competencia comunitarias cuando los interesados son conscientes de que el acto en cuestión tiene por objeto o por efecto limitar la competencia. Poco importa que la empresa tuviera además conciencia de infringir una disposición del Tratado CE. Ahora bien, por lo que se refiere a las disposiciones que afectan a las cerveceras extranjeras, la Comisión consideró que las partes no podían ignorar su objeto restrictivo. Por lo demás, las partes no presentaron justificación alguna en

cuanto a estas disposiciones. Por lo que respecta a las restricciones de competencia entre las partes que son fruto del respeto recíproco de las «cláusulas de cerveza», se considera posible que, desde la fecha en que se concluyó el Convenio y hasta marzo de 1996, las partes estuvieran motivadas por la incertidumbre jurídica creada por la jurisprudencia luxemburguesa relativa a la indeterminación de los precios o cantidades. Sin embargo, esta motivación desapareció en marzo de 1996, fecha en que la jurisprudencia cambió de orientación. Por lo tanto, se concluye que las partes cometieron la infracción de forma deliberada, aunque la corriente jurisprudencial luxemburguesa pudo crear una duda sobre el carácter infractor de algunas cláusulas durante un determinado período (considerandos 89 y 90).

Alegaciones de las partes

149 Las demandantes sostienen que la Comisión concluyó erróneamente que habían cometido deliberadamente la infracción.

150 En efecto, por lo que respecta a la restricción relativa a la conservación de las clientelas, por una parte, la Comisión misma reconoce que la jurisprudencia luxemburguesa podía crear una duda sobre el carácter infractor de dicha restricción. Reiterando la aserción de que dicha justificación debía ser acogida hasta mediados de 1998, y no hasta 1996, las demandantes añaden que, si se sigue el razonamiento de la Comisión en la Decisión, sólo podría existir infracción «deliberadamente» cometida durante los dos últimos años de vigencia del Convenio. Por otra parte, en la Decisión la Comisión no niega, en definitiva, que el único objeto del Convenio era garantizar el respeto de las «cláusulas de cerveza». Pues bien, dicho objeto es lícito (sentencia Delimitis, antes citada).

- 151 Además, las demandantes alegan no poseer una dimensión tan importante que impida admitir su ignorancia del Derecho. Recuerdan que, en la medida en que el considerando 96 de la Decisión califica a Brasserie de Luxembourg como gran empresa, *a contrario*, dicha característica no se aplica a ninguna de las demás partes. Por lo demás, las demandantes nunca fueron conscientes de la restricción causada en el comercio entre Estados miembros. Brasserie nationale añade, respecto a este último extremo, que la Comisión no ha probado lo contrario.
- 152 Las demandantes alegan además que ninguna de las partes intentó poner obstáculos a los fabricantes de cerveza extranjeros. Brasserie nationale añade que ninguna de las partes creyó que el objetivo de preservar la posibilidad de una competencia nacional pudiera considerarse anticompetitivo. La reserva expresada por Diekirch sobre la legalidad del Convenio sólo es una fórmula típica de los escritos de toma de contacto en un litigio.
- 153 En lo que se refiere a la motivación de la Decisión sobre la cuestión de si las demandantes obraron deliberadamente, Brasserie nationale alega que el argumento según el cual, respecto a las estipulaciones relativas a los fabricantes de cerveza extranjeros, «las partes no podían ignorar su objeto restrictivo», constituye una petición de principio, y no una demostración, y que el argumento de que «las partes no presentaron justificación alguna» es erróneo. Según Brasserie nationale, ambos reproches no permiten estimar que la motivación de la Decisión responda a las exigencias de claridad y de precisión prescritas, Wiltz y Battin alegan que la motivación contenida en el considerando 89 de la Decisión no constituye una demostración. A su juicio, por tanto, no se respeta el artículo 253 CE.
- 154 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del segundo motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

— Sobre el error de apreciación alegado

155 Según reiterada jurisprudencia, para que una infracción de las normas sobre la competencia del Tratado pueda considerarse deliberada, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir estas normas; es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restrictivo de la competencia, y poco importa saber si la empresa tenía o no conciencia de infringir el artículo 81 CE (sentencia Miller/Comisión, antes citada, apartado 18, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Ferriere Nord/Comisión, T-143/89, Rec. p. II-917, apartado 41, y la jurisprudencia citada).

156 Ahora bien, tal como resulta de la desestimación de las partes tercera y cuarta del primer motivo, la Comisión pudo concluir legítimamente que el Convenio tenía por objeto conservar la clientela respectiva de las partes en el sector Horeca luxemburgués y obstaculizar la penetración de los fabricantes de cerveza extranjeros en dicho sector. Así pues, el Convenio equivale a un reparto de mercado, por una parte, y a una compartimentación del mercado común, por otra. En dichas circunstancias, procede considerar que la Comisión pudo estimar, sin incurrir en error, que las demandantes no podían ignorar que el Convenio tenía por objeto restringir la competencia.

157 Desde esta perspectiva, es preciso considerar que todas las alegaciones de las demandantes, según las cuales su dimensión no es tan importante que impida admitir su ignorancia del Derecho, nunca tuvieron conciencia de que el Convenio restringía el comercio interestatal, ninguna de ellas intentó poner obstáculos a fabricantes de cerveza extranjeros, ni creyó que el objetivo de preservar la posibilidad de la competencia nacional pudiera ser estimado anticompetitivo, carecen necesariamente de pertinencia en los presentes asuntos.

158 Las demandantes alegan además que, en la Decisión, la Comisión misma reconoce que la jurisprudencia luxemburguesa de la época relevante podía crear una duda acerca del carácter infractor de la restricción relativa a la conservación de las clientelas. A este respecto, basta señalar que, como alega la Comisión, dicha duda, de suponerla fundada, carece de pertinencia en relación con el carácter deliberado de la restricción de la competencia, precisamente porque no afecta al objeto del Convenio, que era restringir la competencia, sino, a lo sumo, a su carácter infractor. Ahora bien, como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 155 *supra*, el concepto de actuación deliberada previsto por el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 sólo se refiere al objeto restrictivo del acuerdo de que se trate, y no a su carácter infractor en relación con el artículo 81 CE, apartado 1.

159 Por último, respecto a la alegación basada en que el considerando 96 de la Decisión califica a Brasserie de Luxembourg como gran empresa, por lo que, *a contrario*, esa característica no es atribuible a las demás partes, procede observar, como recuerda la Comisión, que la dimensión de Brasserie de Luxembourg sólo fue apreciada a los efectos de justificar la aplicación del coeficiente multiplicador a dicha empresa en concepto disuasorio. Dicha apreciación de la dimensión de la empresa carece por tanto de pertinencia en relación con el examen del carácter deliberado de la restricción de la competencia.

— Sobre la supuesta falta de motivación

160 A la luz de las exigencias de motivación previstas por el artículo 253 CE y recordadas en el apartado 140 *supra*, los considerandos 89 y 90 de la Decisión ponen de manifiesto de modo claro e inequívoco las razones por las que la Comisión apreció el carácter deliberado de la restricción de la competencia.

161 Se desprende de ello que la primera parte del segundo motivo debe ser desestimada.

Sobre la segunda parte del segundo motivo, basada en un error de apreciación de la gravedad y la duración de la infracción

Decisión impugnada

- 162 Por lo que respecta a la gravedad de la infracción, la Decisión señala, por una parte, que, en la medida en que el Convenio tenía por objeto conservar las clientelas y limitar la penetración de las fábricas de cerveza extranjeras en el mercado, la presente infracción constituye una de las más graves que pueden cometerse. Por otra parte, se considera, en primer lugar, que el alcance de la infracción se limita al sector Horeca y únicamente a los establecimientos vinculados a las partes mediante una cláusula de compra exclusiva, en segundo lugar, que las estipulaciones relativas a los cerveceros extranjeros no fueron aplicadas, y en tercer lugar, que el mercado luxemburgués de la cerveza es el menos importante de la Comunidad. Por dichas razones en conjunto, la infracción se califica finalmente como grave (considerandos 92 y 93).
- 163 En lo que se refiere a la duración de la infracción, la Decisión señala, en particular, que finalizó el 16 de febrero de 2000, fecha en la que Interbrew informó a la Comisión de que había dado instrucciones a sus filiales Mousel y Diekirch para que pusieran fin a la aplicación del Convenio (considerando 86). De ello deduce la Decisión que, al haber durado más de 14 años (1985-2000), la infracción es de larga duración (considerando 97).

Alegaciones de las partes

- 164 Las demandantes sostienen que la Comisión apreció erróneamente la gravedad y la duración de la infracción.

- 165 En cuando a la gravedad de la infracción, alegan que, con arreglo a las Directrices, las infracciones leves se definen como restricciones «destinadas a limitar los intercambios, pero cuyas repercusiones sobre el mercado sean limitadas y no afecten más que a una parte sustancial pero relativamente restringida del mercado comunitario», y que las infracciones graves se definen como restricciones horizontales o verticales de la misma naturaleza que en el caso anterior, pero «cuya aplicación sea más rigurosa, cuyas repercusiones en el mercado sean más amplias y que puedan surtir sus efectos en amplias zonas del mercado común». Pues bien, según las demandantes, la presente infracción debió calificarse como leve, dado que el considerando 92 de la Decisión señala que las estipulaciones relativas a los fabricantes de cerveza extranjeros no se aplicaron, que el Convenio sólo afectaba al sector Horeca de Luxemburgo y que la información intercambiada era muy escasa. Brasserie nationale reitera, al respecto, la afirmación de que el Convenio estaba exento de notificación.
- 166 En lo que se refiere a la duración de la infracción, las demandantes alegan que las estipulaciones relativas a los fabricantes de cerveza extranjeros no se aplicaron.
- 167 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del segundo motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

— Sobre la gravedad de la infracción

- 168 Procede recordar que las Directrices indican, en especial, que la evaluación de la gravedad de la infracción ha de tomar en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado, siempre y cuando se puedan determinar, y la dimensión del mercado geográfico afectado. Así, las infracciones serán clasificadas en tres categorías que establecen la distinción entre infracciones leves, graves y muy graves (punto 1, parte A, párrafos primero y segundo).

- 169 Cabe precisar que las Directrices no prejuzgan la apreciación de la multa por el juez comunitario, que a este respecto dispone de competencia jurisdiccional plena, en virtud del artículo 17 del Reglamento nº 17. Por otra parte, aunque la Comisión puede determinar el importe de la multa con arreglo a la metodología de las Directrices, debe mantenerse dentro del marco de las sanciones definidas en el artículo 15 del Reglamento nº 17 (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 2003, *General Motors Nederland y Opel Nederland/Comisión*, T-368/00, Rec. p. II-4491, apartado 188).
- 170 Por otra parte, es preciso recordar que la gravedad de las infracciones debe apreciarse en función de un gran número de factores, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y hacerlo sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio. Además, es jurisprudencia reiterada que, en el marco del Reglamento nº 17, la Comisión dispone de un margen de apreciación al fijar el importe de las multas, a fin de lograr que las empresas ajusten su comportamiento a las normas sobre la competencia. No obstante, incumbe al Tribunal de Primera Instancia controlar si el importe de la multa impuesta es proporcionado en relación con la gravedad y la duración de la infracción y sopesar la gravedad de la infracción y las circunstancias alegadas por la demandante (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 1997, *Deutsche Bahn/Comisión*, T-229/94, Rec. p. II-1689, apartado 127, y sentencia *General Motors Nederland y Opel Nederland/Comisión*, antes citada, apartado 189).
- 171 En el presente asunto, procede observar que, en la Decisión, la Comisión siguió un razonamiento en dos fases, sin referirse expresamente por lo demás a las Directrices.
- 172 En lo relativo a la primera fase del razonamiento, debe recordarse que, como se expuso en el marco del examen de las partes tercera y cuarta del primer motivo, el Convenio equivale a un reparto de mercado y, además, a una compartimentación del mercado común.

- 173 Pues bien, por lo que respecta al reparto del mercado, las prácticas colusorias de esa naturaleza figuran entre los ejemplos de dichas prácticas expresamente declaradas incompatibles con el mercado común por el artículo 81 CE, apartado 1, letra c). En efecto, éstas se califican en la jurisprudencia como restricciones evidentes de la competencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia 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).
- 174 En lo que se refiere a la compartimentación del mercado común, procede recordar que una infracción patente del Derecho de la competencia de este tipo es, por su naturaleza, especialmente grave. Es contraria a los objetivos más fundamentales de la Comunidad y, en particular, a la realización del mercado único (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 22 de abril de 1993, *Peugeot/Comisión*, T-9/92, Rec. p. II-493, apartado 42, y *General Motors Nederland y Opel Nederland/Comisión*, antes citada, apartado 191).
- 175 En dichas circunstancias, en la primera fase de su razonamiento la Comisión consideró válidamente que el Convenio se incluía entre las infracciones más graves del artículo 81 CE.
- 176 En lo relativo a la segunda fase del razonamiento, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, un mercado geográfico de dimensión nacional corresponde a una parte sustancial del mercado común (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 28, y sentencia *Deutsche Bahn/Comisión*, antes citada, apartado 58).
- 177 Pues bien, en la medida en que consta que la presente infracción afecta al sector Horeca luxemburgués en su totalidad, abarca una parte sustancial del mercado común.

178 Además, en sus Directrices, la Comisión indicó, respecto a las infracciones muy graves, que se trataba «básicamente de restricciones horizontales como carteles de precios y cuotas de reparto de los mercados u otras prácticas que menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior, como las destinadas a compartimentar los mercados nacionales» (punto 1, parte A, párrafo segundo, tercer guión). De dicha descripción indicativa resulta que los acuerdos o prácticas concertadas dirigidos en especial, como en el presente asunto, al reparto de clientelas, por un lado, y a la compartimentación del mercado común, por otro, pueden merecer, con fundamento exclusivo en su propia naturaleza, la calificación de muy graves, sin que sea preciso que dichas conductas se caractericen por una extensión geográfica o una repercusión especiales. Dicha conclusión se refuerza por el hecho de que, mientras la descripción indicativa de las infracciones graves menciona que «se tratará por lo general de restricciones horizontales o verticales [...] cuya aplicación sea más rigurosa, cuyas repercusiones en el mercado sean más amplias y que puedan surtir sus efectos en amplias zonas del mercado común», en cambio, la de las infracciones muy graves no menciona ninguna exigencia de repercusión concreta en el mercado ni de producción de efectos en una zona geográfica específica.

179 De ello se desprende que la calificación de la presente infracción como grave, en lugar de muy grave, según pone de relieve la propia Decisión, supone ya una calificación atenuada en relación con los criterios que se aplican generalmente en la fijación de las multas en caso de prácticas colusorias dirigidas a un reparto de mercado y, además, a una compartimentación del mercado común (véase, en ese sentido, la sentencia Tate & Lyle y otros/Comisión, antes citada, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, British Sugar/Comisión, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, apartado 103).

180 Por añadidura, procede recordar que, en el punto 1, parte A, párrafo segundo, primer guión, de las Directrices, la Comisión precisa, acerca de las infracciones leves, que «por ejemplo, podrá tratarse de restricciones, casi siempre verticales, destinadas a limitar los intercambios, pero cuyas repercusiones sobre el mercado sean limitadas y no afecten más que a una parte sustancial pero relativamente restringida del mercado comunitario».

- 181 Pus bien, debe estimarse que una práctica colusoria horizontal que abarca todo el territorio de un Estado miembro y que tiene por objeto un reparto de mercado y una compartimentación del mercado común no puede calificarse como leve en el sentido de las Directrices.
- 182 La circunstancia de que la segunda infracción identificada no se haya aplicado no modifica dicha apreciación. En efecto, como se recordó en el apartado 174 *supra*, tal restricción constituye una infracción tipificada del artículo 81 CE, y más ampliamente, de los objetivos de la Comunidad.
- 183 En virtud de dichas razones en su conjunto, procede considerar que, al calificar finalmente la presente infracción como grave, la Comisión no lesionó los derechos de las demandantes en relación con el Derecho comunitario.

— Sobre la duración de la infracción

- 184 A este respecto, basta señalar que, suponiendo demostrada la circunstancia de que las estipulaciones del Convenio relativas a los fabricantes de cerveza extranjeros no se hayan aplicado, ésta carece de pertinencia.
- 185 En efecto, puesto que la Comisión no tenía obligación de demostrar los efectos del acuerdo controvertido, dado el objeto restrictivo de la competencia de éste, el hecho de que un aspecto del acuerdo controvertido se pusiera o no en práctica es irrelevante para el cálculo de la duración de la infracción. En efecto, para calcular la duración de una infracción cuyo objeto es restrictivo de la competencia, procede

determinar únicamente la duración de la existencia del acuerdo, a saber, el período transcurrido entre la fecha de su celebración y la fecha en que se le puso fin (sentencia CMA CGM y otros/Comisión, antes citada, apartado 280).

- 186 De lo anterior resulta que la segunda parte del segundo motivo debe ser desestimada.

Sobre la tercera parte del segundo motivo, basada en la falta de aplicación de las Directrices en materia de circunstancias atenuantes

Decisión impugnada

- 187 En la Decisión se considera que la duda que, hasta marzo de 1996, pudo crear la corriente jurisprudencial luxemburguesa de la época sobre el carácter infractor de las restricciones relativas al respeto recíproco de las «cláusulas de cerveza» justifica la reducción del 20 % del importe de la multa (considerando 100).

Alegaciones de las partes

- 188 En apoyo de esta parte del motivo, las demandantes sostienen, por un lado, que la Comisión erró al estimar la circunstancia atenuante derivada de la duda creada por la jurisprudencia luxemburguesa antes citada sólo hasta el mes de marzo de 1996, en la medida en que esa época no puede considerarse como la de finalización del riesgo que dio origen al Convenio. Brasserie nationale añade que la posibilidad de recurso de apelación y de doctrinas jurisprudenciales divergentes justifican que la citada duda sea reconocida como circunstancia atenuante hasta la terminación del Convenio, o cuando menos, hasta la expiración del plazo medio de tramitación de

un recurso de apelación en un Estado como Luxemburgo, a saber, tres años. En dichas circunstancias, según Brasserie nationale, se justificaba una reducción del 40 %, al menos, de la multa.

- 189 Por otro lado, las demandantes alegan que, entre las circunstancias atenuantes enunciadas en las Directrices, figura la «no aplicación efectiva de los acuerdos o prácticas ilícitos» (punto 3, segundo guión). Por consiguiente, la falta de aplicación de las estipulaciones del Convenio relativas a los fabricantes de cerveza extranjeros justificaba una reducción adicional del importe de las multas.
- 190 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del segundo motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 191 Por lo que respecta a la primera tesis alegada por las demandantes, procede recordar que la Comisión consideró que el problema de inseguridad jurídica invocado por las partes no justificaba una excepción al artículo 81 CE, apartado 1 (considerando 62). Como se ha señalado en el marco del examen de la tercera parte del primer motivo, dicha consideración no es errónea, en la medida en que la citada inseguridad no puede justificar una práctica colusoria de objeto anticompetitivo.
- 192 Pues bien, dado que dicho problema no justificaba tal práctica colusoria, no puede tenerse en cuenta como circunstancia atenuante que justifique una reducción de la multa impuesta a causa de dicha práctica colusoria.

193 Debe considerarse que el problema de inseguridad jurídica alegado por las partes no puede justificar el reconocimiento de una duda razonable sobre el carácter ilícito del comportamiento restrictivo de la competencia en los presentes asuntos, en el sentido del punto 3 de las Directrices, en la medida en que el Convenio constituía, como se señaló anteriormente, un acuerdo que tenía por objeto el reparto del mercado, y, además, la compartimentación del mercado común.

194 De ello se desprende que, al conceder a las demandantes, en virtud de dicha duda, una reducción del 20 % del importe de su multa, la Comisión no lesionó los derechos que les confiere el Derecho comunitario.

195 Por lo que respecta a la segunda tesis alegada por las demandantes, debe observarse que el punto 3, segundo guión, de las Directrices, antes citado, no debe interpretarse como referido al supuesto de que una práctica colusoria, en su conjunto, no se aplique, con abstracción de la conducta propia de cada empresa, sino que debe entenderse como una circunstancia basada en la conducta individual de cada empresa.

196 Ahora bien, las demandantes no han expuesto ningún elemento que permita concluir que debieron beneficiarse de una circunstancia atenuante en virtud de la falta de aplicación efectiva del Convenio, con arreglo al punto 3, segundo guión, de las Directrices, es decir, acreditativo de que eludieron efectivamente la aplicación del acuerdo adoptando una conducta competitiva en el mercado.

197 De lo anterior resulta que la tercera parte del segundo motivo debe ser desestimada.

Sobre la cuarta parte del segundo motivo (alegada únicamente en el asunto T-49/02), basada en la falta de motivación sobre el importe inicial de base fijado por la Comisión para el cálculo de las multas

Decisión impugnada

- 198 En la Decisión, la presente infracción se califica como grave, por el conjunto de razones antes enunciadas. La Comisión consideró que además era necesario tener en cuenta la verdadera capacidad económica de las partes para crear un daño, fijando al mismo tiempo el importe de la multa en un nivel que le garantizara un carácter suficientemente disuasivo, y que convenía ponderar dicho importe con el fin de tener en cuenta el peso específico de la conducta infractora de cada parte. Así pues, en función de las ventas respectivas en el sector en cuestión, se dividió a las partes en tres grupos, y el importe fijado en función de la gravedad de la infracción respecto al primer grupo previsto en el considerando 95 de la Decisión, referido a Brasserie de Luxembourg, se fijó en 500.000 euros (considerandos 92 a 95).

Alegaciones de las partes

- 199 Brasserie nationale reprocha a la Comisión no haber motivado suficientemente el importe inicial de base fijado respecto al primer grupo de empresas previsto en el considerando 95 de la Decisión, importe que condiciona plenamente el conjunto de los cálculos respecto a cada parte. A su juicio, ello impide el control jurisdiccional de la multa impuesta a Brasserie nationale y justifica por tanto su anulación.
- 200 La Comisión refuta el fundamento de la presente parte del segundo motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

201 A la luz de las exigencias de motivación enunciadas en el artículo 253 CE y recordadas en el apartado 142 *supra*, procede considerar que, habida cuenta de la información mencionada en los considerandos 92 a 95 de la Decisión, Brasserie nationale estaba plenamente en condiciones de formular motivos basados en la ilegalidad de los elementos de cálculo que llevaron a la Comisión a fijar dicho importe de 500.000 euros respecto al primer grupo antes citado.

202 En efecto, dichos considerandos ponen de manifiesto que la Comisión determinó el citado importe, en primer lugar, habiendo calificado la presente infracción como grave, y, en segundo lugar, habiendo tenido en cuenta la capacidad económica de Brasserie de Luxembourg para crear un daño a los demás operadores, la necesidad de fijar el importe de la multa en un nivel suficientemente disuasorio, y el peso específico de su conducta infractora, peso determinado en función de sus ventas en el sector Horeca luxemburgués

203 En consecuencia, la cuarta parte del segundo motivo debe ser desestimada.

204 Al haberse desestimado todas las partes del segundo motivo, éste debe ser desestimado en su conjunto.

205 Por consiguiente, los presentes recursos deben ser desestimados en su totalidad.

Costas

- 206 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.
- 207 Por haber sido desestimadas las pretensiones de las demandantes, procede condenarlas en costas, de conformidad con las pretensiones de la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)

decide:

- 1) **Desestimar los recursos.**
- 2) **Condenar en costas a las demandantes.**

Meij

Forwood

Pelikánová

Ponunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 27 de julio de 2005.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

A.W.H. Meij

Índice

Hechos	II - 3040
Decisión impugnada	II - 3044
Procedimiento	II - 3046
Pretensiones de las partes	II - 3046
Fundamentos de Derecho	II - 3047
1. Sobre el primer motivo, basado en la violación del artículo 81 CE, apartado 1.	II - 3047
Sobre la apreciación del objeto del Convenio (partes tercera, cuarta y primera del primer motivo)	II - 3048
Decisión impugnada	II - 3048
Alegaciones de las partes	II - 3054
— Sobre la calificación supuestamente errónea de la conservación de las clientelas como objeto del Convenio (tercera parte del primer motivo)	II - 3054
— Sobre la calificación supuestamente errónea de la obstaculización de la penetración en el sector Horeca luxemburgués como objeto del Convenio (cuarta parte del primer motivo)	II - 3059
— Sobre la insuficiente consideración del contexto del Convenio al apreciar su objeto (primera parte del primer motivo)	II - 3060
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3062
— Sobre la calificación supuestamente errónea de la conservación de las clientelas como objeto del Convenio (tercera parte del primer motivo)	II - 3062
— Sobre la calificación supuestamente errónea de la obstaculización de la penetración en el sector Horeca luxemburgués como objeto del Convenio (cuarta parte del primer motivo)	II - 3067

BRASSERIE NATIONALE Y OTROS / COMISIÓN

— Sobre la insuficiente consideración del contexto del Convenio al apreciar su objeto (primera parte del primer motivo)	II - 3071
Sobre la segunda parte del primer motivo, basada en que la Comisión apreció erróneamente que el Convenio se aplicaba sin existir «cláusula de cerveza» ..	II - 3072
Decisión impugnada	II - 3072
Alegaciones de las partes	II - 3073
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3075
Sobre la quinta parte del primer motivo, basada en la inexistencia de efecto sensible del Convenio en la competencia	II - 3082
Decisión impugnada	II - 3082
Alegaciones de las partes	II - 3082
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3083
— Sobre el error de apreciación alegado	II - 3083
— Sobre la supuesta falta de motivación	II - 3084
2. Sobre el segundo motivo, basado en la violación del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 y de la exigencia de motivación consagrada por el artículo 253 CE	II - 3085
Sobre la primera parte del segundo motivo, basada en el hecho de que la infracción no fue deliberadamente cometida	II - 3085
Decisión impugnada	II - 3085
Alegaciones de las partes	II - 3086
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3088
— Sobre el error de apreciación alegado	II - 3088
— Sobre la supuesta falta de motivación	II - 3089
	II - 3103

Sobre la segunda parte del segundo motivo, basada en un error de apreciación de la gravedad y la duración de la infracción	II - 3090
Decisión impugnada	II - 3090
Alegaciones de las partes	II - 3090
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3091
— Sobre la gravedad de la infracción	II - 3091
— Sobre la duración de la infracción	II - 3095
Sobre la tercera parte del segundo motivo, basada en la falta de aplicación de las Directrices en materia de circunstancias atenuantes	II - 3096
Decisión impugnada	II - 3096
Alegaciones de las partes	II - 3096
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3097
Sobre la cuarta parte del segundo motivo (alegada únicamente en el asunto T-49/02), basada en la falta de motivación sobre el importe inicial de base fijado por la Comisión para el cálculo de las multas	II - 3099
Decisión impugnada	II - 3099
Alegaciones de las partes	II - 3099
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3100
Costas	II - 3101