

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
 SR. KARL ROEMER
 presentadas el 27 de abril de 1966 *

Índice

Introducción (hechos, pretensiones de las partes demandantes)	443
Discusión jurídica	445
A. Cuestiones preliminares de orden general	445
I. Problemas de forma suscitados por Établissements Consten	445
1. Denominación del acto impugnado	445
2. Obligación de motivar	446
II. Problemas planteados por Grundig (aplicación del artículo 85 con anterioridad a la adopción de un Reglamento relativo a exenciones por categorías)	446
B. Los diferentes artículos de la Decisión impugnada	448
I. Artículo 1	448
1. El carácter declarativo que presenta el artículo 1	448
2. ¿Está comprendido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 el acuerdo de exclusiva celebrado entre Grundig y Consten?	448
a) Problemas generales de interpretación	448
b) Problemas concretos del caso de autos	450
aa) Criterio relativo a la restricción de la competencia ...	450
bb) Criterio relativo a la «afectación del comercio entre Estados miembros»	453

* Lengua original: alemán.

c)	Alcance de la declaración contenida en el artículo 1	455
d)	La declaración de que la prohibición de exportar impuesta a los Établissements Consten está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 . . .	457
3.	El acuerdo relativo a la marca GINT	459
4.	Conclusión	463
II.	Artículo 2 de la Decisión impugnada	463
1.	Cuestiones preliminares de orden general	464
a)	Violación del principio de audiencia previa	464
b)	¿Se origina la protección territorial absoluta con el acuerdo de exclusiva celebrado entre Grunding y Consten?	465
2.	Diversos criterios del apartado 3 del artículo 85	466
a)	Mejora de la distribución y producción	468
b)	Participación de los usuarios en el beneficio	469
c)	¿Es indispensable la protección territorial absoluta para la obtención del efecto de mejora?	473
aa)	Pedidos con carácter anticipado	474
bb)	Servicio de garantía y posventa	476
cc)	La publicidad, observación del mercado, apertura del mercado	477
d)	Conclusión provisional	478
3.	¿Debería haber considerado la Comisión una exención parcial o condicional o una exención sujeta a determinadas cargas?	478
a)	Falta de motivación	478
b)	Examen del fondo del problema	478
III.	Artículo 3 de la Decisión impugnada	481
1.	Alcance del artículo 3 del Reglamento nº 17	481
2.	¿Respeto la orden dispuesta en el artículo 3 de la Decisión los límites trazados por el objetivo del Derecho de la competencia?	482
C.	Recapitulación y conclusiones	484

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

El asunto en relación con el cual presento hoy mis conclusiones es el primero en que se examina una Decisión por la que la Comisión aplica al caso de autos, el Derecho de la Comunidad Económica Europea en materia de prácticas colusorias. Como el Tribunal de Justicia ya conoce, se trata de la negativa a aplicar a un acuerdo entre las partes demandantes, la exención prevista en el artículo 85 del Tratado.

Ante todo se expone la parte de los hechos que debe recordarse.

El 1 de abril de 1957, «Grundig Verkaufs-GmbH» (sociedad de responsabilidad limitada alemana «Establecimiento de venta Grundig»), con domicilio en Nuremberg (es decir, la sociedad comercial de la entidad Grundig), celebró con la sociedad comercial francesa Établissements Consten, con domicilio en Courbevoie, en la región parisina, un contrato de duración indeterminada mediante el que se concedía la exclusiva a esta última para Francia, el Sarre y Córcega, de la venta de receptores de radio, magnetófonos, dictáfonos y televisores Grundig, así como sus accesorios y piezas de recambio. Los Établissements Consten se comprometieron a adquirir unas cantidades mínimas determinadas, cursar regularmente pedidos con carácter anticipado, mantener un taller de reparaciones con existencias de piezas de recambio, prestar servicios de garantía y de posventa así como a abstener-

se de vender productos de empresas competidoras similares y realizar suministros directos o indirectos destinados a mercados de otros países. El reconocimiento del derecho de venta en exclusiva a favor de los Établissements Consten suponía para la sociedad Grundig la obligación de confiarles la venta al por menor en el territorio objeto de la concesión y de no efectuar suministros, ni directos ni indirectos a otras personas establecidas en dicho territorio. Ya anteriormente, la sociedad Grundig había impuesto a sus mayoristas alemanes y a los concesionarios que había designado en otros países, la obligación de abstenerse de efectuar suministros desde su territorio a otros territorios concedidos por contrato.

El 3 de octubre de 1957, los Établissements Consten obtuvieron el registro a su nombre en Francia de la marca GINT («Grundig International»), que es objeto de un registro de carácter internacional a favor de la sociedad Grundig. Dicha marca se aplica sobre todos los aparatos Grundig en el momento de su fabricación en Alemania. Sobre el particular, el 13 de enero de 1959, los Établissements Consten efectuaron una «declaración» a tenor de la cual la marca «GINT» se utilizaría solamente para los aparatos Grundig; a partir del momento en que Consten dejara de ser el distribuidor exclusivo de Grundig, los derechos franceses referidos a la marca se transferirían a esta última, o bien se cancelaría el registro.

Habiendo observado que, desde abril de 1961, mayoristas alemanes suministraban aparatos Grundig a otra empresa comercial francesa, la sociedad UNEF de París, la

cual los importaba en Francia, los *Établissements Consten* interpusieron contra la misma una acción por competencia desleal y por violación del derecho de marca. La *cour d'appel* llegó a conocer del asunto, pero en esta situación, dado que el 5 de marzo de 1962 UNEF dirigió una solicitud a la Comisión de la CEE con el fin de que se declarara contrario al Tratado el acuerdo celebrado entre Consten y Grundig, dicho Tribunal resolvió la suspensión del procedimiento hasta que se emitiera la decisión de la Comisión.

Igualmente relacionada con la competencia desleal, en 1961 los *Établissements Consten* entablaron una acción ante el tribunal de grande instance de Strasbourg contra un vendedor de aparatos receptores de radio cuyo domicilio de hallaba en dicha ciudad (la sociedad *Leissner*): igualmente a esta sociedad le suministraba aparatos Grundig en Alemania para su reventa en Francia, sin tener en cuenta los derechos de exclusiva que ostentaba Consten. También se suspendió el curso del procedimiento en relación con este asunto (aunque *Leissner* no haya presentado ninguna denuncia ante la Comisión).

Con arreglo a lo prescrito en el Reglamento nº 17 en materia de prácticas colusorias, mediante notificación de 29 de enero de 1963, Grundig comunicó a la Comisión los contratos que había celebrado con Consten y con los concesionarios domiciliados en otros países de la CEE. Se inició un procedimiento en relación con las prácticas colusorias, con audiencia de las empresas interesadas e intervención de los organismos nacionales. En el marco de dicho procedi-

miento, el 23 de septiembre de 1964, con respecto al contrato Grundig-Consten se produjo una Decisión que se notificó a las empresas interesadas y se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del mismo año (p. 2545). Se declara en la misma que el contrato de concesión en exclusiva de 1 de abril de 1957 y el acuerdo (accesorio) sobre el registro y la utilización de la marca GINT constituyen una infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE; que debe denegarse la declaración de inaplicabilidad prevista en el apartado 3 del artículo 85 y que las sociedades Grundig y Consten están obligadas a abstenerse de cualquier medida con la que se pueda entorpecer u obstaculizar la adquisición por terceras empresas, cuando lo deseen, de mayoristas o minoristas domiciliados en la Comunidad, de los productos referidos en el contrato, con el fin de revenderlos en el territorio indicado en el mismo.

Las sociedades Consten y Grundig, cada una por su lado, recurrieron contra dicha Decisión para pedir su total anulación. El 29 de junio de 1965, el Tribunal de Justicia acordó la acumulación de los dos asuntos a efectos del procedimiento y de la sentencia de modo que hoy nos corresponde examinar la totalidad de los argumentos de Grundig y de Consten.

Por último, se admitieron varias demandas de intervención durante el procedimiento, con la particularidad de que las sociedades UNEF y *Leissner*, ya citadas, intervinieron en el proceso como coadyuvantes de la Comisión, mientras que el Gobierno de la República Italiana y el de la República

Federal de Alemania (principalmente mediante argumentos jurídicos de carácter general) apoyaron el punto de vista de las partes demandantes.

A la hora de abordar el examen de este voluminoso asunto, que ha adquirido proporciones inhabituales a causa de la importancia económica y jurídica de los problemas tratados y del número de partes implicadas, me parece apropiado empezar por esbozar un plan de trabajo.

No se ha puesto en duda la admisibilidad de los recursos sin que esta cuestión tampoco se plantee de oficio: por ello es inútil que nos entretengamos en la misma. En cuanto a la admisibilidad de algunos motivos, sobre la que la Comisión ha formulado oposición, procederé a su examen a medida que vayan surgiendo.

Al principio mismo del examen, deben abordarse tres cuestiones de carácter general. Se refieren a los problemas de forma relativos a la Decisión en su conjunto, así como al problema de si es posible aplicar el artículo 85 antes de que se adopte un Reglamento sobre las exenciones por categorías

Posteriormente, mi examen se efectuará en el orden de algunos artículos de la parte dispositiva de la Decisión: en primer lugar, se referirá a la interpretación y aplicación de apartado 1 del artículo 85 (artículo 1 de la Decisión); posteriormente, deberé verificar la forma cómo la Comisión hace uso de su facultad para conferir exenciones con arreglo al apartado 3 del artículo 85 (artículo 2 de la Decisión), y, por último, será

preciso que me ocupe de las órdenes dirigidas a las sociedades Grundig y Consten en el artículo 3.

Discusión jurídica

A. Cuestiones preliminares de orden general

I. Problemas de forma suscitados por los Établissements Consten

Ante todo paso a examinar los dos problemas de forma que planteó la sociedad Consten, dado que los mismos pueden resolverse rápidamente. Se refieren al modo cómo se tituló el acto impugnado y al alcance de la obligación de motivar.

1. Denominación del acto impugnado

De este modo los Établissements Consten censuran el hecho de que, en la versión francesa publicada en el Diario Oficial, la medida impugnada lleve el nombre de «Directiva», lo cual indica que se trata de un acto que no puede aplicarse a las empresas.

No obstante, parece claro que esta circunstancia carece de importancia ya que (con razón la Comisión lo asegura) resulta patente que se trata de un error de imprenta. La sociedad demandante debería haberse dado cuenta de ello aunque no se tome en consideración la versión alemana (que igualmente da fe), que contiene la denominación correcta de «Entscheidung» (Decisión). En efecto, en la copia que se notificó a los Établissements Consten, certificada conforme por el Secretario ejecutivo de la Comisión y que, con carácter primordial, es fehaciente para la demandante, aparece la denominación de «Decisión». Además, el

texto de la parte dispositiva indica claramente que se trata de una Decisión.

En consecuencia, el error que se encuentra en la edición francesa del Diario Oficial, por lo demás, rectificado con posterioridad (aunque sólo haya sido después de la interposición del recurso) carece de importancia jurídica desde cualquier punto de vista, incluso con respecto a lo que decida el Tribunal de Justicia sobre las costas.

2. Obligación de motivar

En segundo lugar, los *Établissements Consten* censuran el hecho de que la Decisión impugnada no menciona ni todos sus argumentos esenciales ni sus observaciones tendentes a la continuación de la investigación, sin que los considerandos indiquen las razones por las que la Comisión no los acogió.

Tampoco sobre este punto (más tarde volveré a referirme a otros aspectos de la insuficiencia de motivación) es posible estar de acuerdo con la demandante. Las decisiones en materia de prácticas colusorias, tales como la que se impugna, se adoptan en el marco de un procedimiento administrativo y no en el de un procedimiento de carácter judicial; por lo tanto, es indudable que las mismas constituyen decisiones administrativas. Sobre el particular, el Derecho comunitario sobre prácticas colusorias va en el mismo sentido que la legislación pertinente en la mayoría de los Estados miembros, como ampliamente lo demostró la Comisión. Por consiguiente, a las decisiones adoptadas en materia de prácticas colusorias se aplica tan sólo la obligación general de motivar en el sentido del Derecho administrativo, al menos cuando, como en el caso

de autos, no contienen disposiciones sancionadoras. Con ello viene a decirse (como se desprende de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia) que la obligación que incumbe a la Comisión se reduce al enunciado de los elementos de hecho y de Derecho esenciales para comprender su razonamiento. Sin embargo, la Comisión no está obligada a dar explicaciones acerca de la opinión contraria de un demandante ni acerca de otras posibles opiniones contrarias; ni éstas ni las observaciones que las partes hayan presentado en el curso del procedimiento deben reflejarse en su Decisión. Así pues, para mí carecen de importancia las influencias de motivación del tipo de las que ha planteado Consten.

II. *Problemas planteados por Grundig*

¿Podría, en principio, la Comisión ampararse y aplicar el apartado 1 del artículo 85, mientras no exista ningún Reglamento relativo a las exenciones por categorías? Es ésta la cuestión que, en su escrito de réplica, formuló Grundig en unos términos procedentes (en otras palabras, sin realmente alegar ninguna excepción). En su opinión, al aplicar por analogía los principios elaborados en el asunto 1/58~ en relación con el artículo 65 del Tratado CECA, se puede considerar que la prohibición de determinadas prácticas colusorias que establece el apartado 1 del artículo 85, tan sólo puede aplicarse a partir del momento en que se hayan promulgado todas las disposiciones necesarias para la aplicación del apartado 3 del artículo 85 (lo cual comprende la adopción de un Reglamento sobre las declaraciones de inaplicabilidad por categorías).

Contra esta argumentación la Comisión invoca ante todo el artículo 42 del Regla-

mento de Procedimiento del Tribunal de Justicia según el cual, en el curso del proceso no es posible invocar motivos nuevos a menos que se funden en razones de hecho o de Derecho que hayan aparecido durante la fase escrita del procedimiento. Es evidente que en el caso objeto de examen no se cumplen dichos requisitos. Lo que importa sobre el particular no es el hecho de que se haya adoptado el Reglamento nº 19/65 en una fecha (2 de marzo de 1965) posterior a la interposición del recurso (11 de diciembre de 1964). El hecho decisivo es el siguiente: la idea de que para adoptar Reglamentos en materia de exención por categorías la Comisión precisa de una habilitación adicional del Consejo de Ministros que ya discutió de un modo exento de equívoco mucho antes de la presentación del recurso. Finalmente culminó la presentación por parte de la Comisión al Consejo de una propuesta en tal sentido (publicada en el Boletín de la CEE de abril de 1964). Por consiguiente, el motivo de que se trata, que se formuló tan sólo en fase de réplica, ya pudo haberse alegado en la demanda. Su manifestación extemporánea carece de justificación.

Pero incluso dejando aparte dichas objeciones de carácter procesal, no puede prosperar el razonamiento jurídico de la demandante. Un primer motivo para desestimarla se encuentra en la sentencia Bosch (asunto 13/61), en la que se señala que, desde la entrada en vigor del Reglamento nº 17, el artículo 85 es aplicable en su integridad y, por consiguiente, la negativa de la Comisión a conceder una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 supone la nulidad de la práctica colusoria comprendida en el

ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. Pero, por otra parte, es inevitable la desestimación del razonamiento de la demandante, aunque se ostente el criterio de que, en el momento del proceso Bosch, todavía no se planteaban los problemas particulares de la exención por categorías y de que, por ende, no puede tenerse en cuenta la sentencia de que se trata para la resolución del presente asunto. En efecto, examinándolo más de cerca, resulta evidente que los principios elaborados en el asunto 1/58 en relación con el artículo 65 del Tratado CECA se justifican en razón de una situación apreciablemente distinta de la que presenta el caso de autos. Es cierto (como a la sazón ya lo manifestara el Tribunal) que no tiene sentido aplicar una norma que prohíba las prácticas colusorias en tanto que, por razones de técnica administrativa, resulta imposible la aplicación de las mismas posibilidades de exención previstas en el mismo contexto de la prohibición. Pero si existen las posibilidades de exención, como es el caso desde la adopción del Reglamento nº 17, la inexistencia de una modalidad especial de aplicación (adopción de Reglamentos relativos a exenciones por categorías) no puede paralizar la totalidad del sistema. Hasta el establecimiento de esta modalidad de aplicación (y en otra ocasión he subrayado que era totalmente de desear), era posible en cada caso, tener en cuenta los intereses de las partes en buena medida. Por lo tanto, la argumentación expuesta por Grundig no puede servir a las partes demandantes en el presente asunto para invocar una violación de sus intereses legítimos. No obstante, esta observación no basta para decidir si, en otros sentidos, el Reglamento nº 19/65 ofrece argumentos jurídicos eficaces en favor de las partes demandantes. Posteriormente volveré a tratar este tema.

Una vez terminado el examen de estas tres cuestiones preliminares de orden general, puedo abordar el de los diversos artículos de la Decisión impugnada.

B. Los diferentes artículos de la Decisión impugnada

I. *Artículo 1*

Aún tengo en mente el texto del artículo 1: dispone que el contrato de concesión en exclusiva celebrado entre Grundig y Consten así como el acuerdo sobre el registro y la utilización de la marca GINT constituyen una infracción de la prohibición que establece el apartado 1 del artículo 85. Ello indica el plan a seguir para mi examen. En primer lugar, me referiré al acuerdo de exclusiva para la venta y posteriormente al acuerdo relativo a la marca.

Sin embargo, un motivo de impugnación del Gobierno federal alemán, parte coadyuvante, requiere, con carácter previo, una observación de índole general.

1. El carácter declarativo que presenta el artículo 1

Si entiendo bien, el Gobierno federal considera inadmisibile, o en cualquier caso, censurable, la inserción en la parte dispositiva de la Decisión impugnada, de un artículo cuyo texto consiste en una declaración. Esta no tiene cabida en el sistema del Derecho europeo en materia de prácticas colusorias, dado que, de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento nº 17, la prohibición prevista en el apartado 1 del artículo 85 es eficaz sin que sea necesaria una decisión previa, y porque, de acuerdo con el artículo 3 de dicho Reglamento, la única misión de la

Comisión consiste en obligar, mediante Decisión, a poner fin a las infracciones del apartado 1 del artículo 85. Por consiguiente, si la parte dispositiva de la Decisión contiene una declaración, ello debe redundar en incertidumbre para las partes. En principio no comparto este punto de vista. Cuando la Comisión debe pronunciarse sobre la aplicación del artículo 85 del Tratado, debe empezar por preguntarse si se cumplen los criterios que señala el apartado 1 de dicho artículo. Si el resultado de su examen fuera positivo, no debe prohibírsele manifestar su opinión en forma de declaración, en la parte dispositiva de su Decisión. En principio, la situación jurídica de las empresas interesadas no resulta más afectada por este motivo que en el caso de que la parte dispositiva se limitara a exigir que se pusiera fin a las infracciones, dejando a la motivación la declaración sobre el cumplimiento de los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85.

No obstante, lo que acabo de decir constituye tan solo una apreciación de principio en relación con el problema planteado. De modo más especial, en un momento posterior de mi exposición, tendré que decir algo más sobre si es posible considerar que la declaración en el caso que nos ocupa es *totalmente* conforme a Derecho.

2. ¿Está comprendido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 el acuerdo de exclusiva celebrado entre Grundig y Consten?

a) Problemas generales de interpretación

En el asunto Italia/Consejo (asunto 32/65--) y en el que ha sido objeto de remisión por la cour d'appel de Paris (asunto 56/65--), ya

manifesté mi opinión en cuanto a la interpretación de los criterios que, con carácter general, señala el apartado 1 del artículo 85. Hoy puedo referirme esencialmente al examen al que procedí entonces, y ello especialmente por el hecho de que, en dichos casos, hice todo lo posible para tener en cuenta, no sólo los razonamientos formulados por las partes, sino también las consideraciones de principio cuyo examen de oficio era necesario. También me limitaré a recordar las siguientes conclusiones:

– El artículo 85 se aplica igualmente a lo que se ha dado en llamar los acuerdos verticales, especialmente en la medida en que contienen prohibiciones de exportar. Sobre el particular, procede referirse a la sentencia recaída en el asunto Bosch (asunto 13/61–), porque en la misma el Tribunal de Justicia señala que no es posible llegar a formular un criterio general sobre la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 a las prohibiciones de exportación, sino que resulta necesario examinar todos los elementos del caso de que se trate. (Entre paréntesis debo resaltar, sobre el particular que, contrariamente a lo que cree Consten, no era posible esperar de la Comisión una *justificación teórica* de dicha conclusión. En realidad, la obligación de motivar no exige el desarrollo de teorías por parte de la Comisión; lo único que debe hacer es demostrar que en el caso de autos se cumplen los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 85.)

– Los contratos de venta en exclusiva que llevan anejas obligaciones de suministro y de compra en exclusiva pueden tener por efecto la limitación de la competencia, especialmente si van acompañados de una protección territorial absoluta, circunstancia que no cabe poner en duda en el caso que

nos ocupa (lo único que niegan las partes demandantes es que la protección territorial tenga su origen en el propio contrato de exclusiva).

– Por el contrario, considero que no es necesario admitir, como regla general, que a falta de la exclusiva de venta, sea imposible acceder al mercado (lo que equivale a una reducción de la competencia) o que, a falta de garantía de protección territorial absoluta no sea posible esperar que nunca un concesionario acepte la exclusiva de venta. Tampoco considero convincente en todos los casos la tesis de Grundig, de acuerdo con la cual la concesión de la exclusiva de venta de algunos productos a favor de un concesionario no tiene el efecto de modificar las condiciones del mercado, dado que, sin esta concesión, el productor sería el único «ofertante». ¿No es precisamente Grundig quién alegó la imposibilidad de que los productores estuvieran directamente presentes en todos los mercados? Además debe considerarse que en caso de supresión de la protección territorial absoluta, se podrán efectuar lícitamente importaciones paralelas en el territorio objeto de concesión, lo cual demuestra que también el concesionario exclusivo tiene competidores potenciales en su fase económica. Por último, en otros asuntos hemos visto que no parece que pueda admitirse la equiparación desde el punto de vista del Derecho que regula las prácticas colusorias entre los comerciantes que disfrutan de la exclusiva y que actúan por su propia cuenta y riesgo y los agentes de un fabricante (al menos en el caso de que estos últimos desempeñen tan sólo un papel accesorio en la distribución). En general, las legislaciones nacionales distinguen claramente entre estos fenómenos. La sentencia del Bundesgerichtshof de

1958¹ que citó la parte demandante Grundig no facilita ningún argumento decisivo en sentido contrario, ya que, de acuerdo con esta sentencia, la aplicación analógica de determinadas disposiciones válidas para los representantes de comercio a los comerciantes que actúan por cuenta propia, se justifica tan sólo cuando estos últimos se hallan en una posición económica débil y dependiente y cuando, por consiguiente, necesitan la protección de las Leyes sociales en sus relaciones con las otras partes contratantes.

— Además los contratos de venta en exclusiva pueden afectar el comercio entre los Estados miembros si redundan en una orientación desfavorable de las corrientes comerciales interestatales. Sobre el particular, tampoco es posible sostener de forma general que el comercio entre Estados miembros tan sólo es posible en virtud de los contratos de exclusiva y que, por consiguiente, su *inexistencia* debe desembocar en una afectación del comercio entre Estados miembros.

b) Problemas concretos del caso de autos

No obstante, queda claro que las observaciones generales que acabo de exponer no permiten apreciar de forma exhaustiva un caso de aplicación del Derecho de prácticas restrictivas de la competencia. Ya expuse esta idea en el asunto prejudicial Maschinenbau Ulm contra la sociedad La Technique Minière. Por tanto debo examinar si,

habida cuenta de las particularidades del presente asunto, la Comisión aplicó correctamente el artículo 85.

aa) *Criterio relativo a la restricción de la competencia*

Los considerandos de la Decisión y las observaciones hechas durante el procedimiento muestran que la Comisión se limitó a señalar que el acuerdo de referencia *tiene por objeto* restringir la competencia, puesto que su finalidad consiste en liberar a los Établissements Consten de la competencia de los demás mayoristas para la venta de los aparatos Grundig. Para aplicar el artículo 85 bastaría comprobar que éste es el objetivo del acuerdo; sin que fuera necesario tomar en consideración los efectos concretos sobre el mercado.

Considero que existen algunos motivos que no permiten mantener este punto de vista.

Ante todo debo decir que aquí no parece que la Comisión sea perfectamente consecuente consigo misma: en efecto, en otros casos, al menos, ha dado la *impresión* de que renunciaba a la pura teoría del objeto, la cual da importancia tan sólo a la finalidad del acuerdo, por cuanto exigía que la competencia sufriera perjuicios *tangibles*. En mi opinión, si se considera dicho concepto con imparcialidad, el mismo supone un examen de los efectos producidos sobre el mercado, y no comprendo como, al mismo tiempo, la Comisión puede resaltar el hecho de que no debe proceder a realizar verificaciones cuantitativas (por ejemplo, sobre las cuotas de mercado) y que no está obligada a observar el mercado *in concreto*.

¹ BGHZ (Recopilación de sentencia del Tribunal Supremo federal alemán, asuntos civiles), tomo 29, pp. 83 y ss.

Por lo demás, en otro asunto he señalado que el Derecho norteamericano («White Motor Case»)² para situaciones semejantes a la nuestra, exige un amplio examen de sus repercusiones económicas. Es evidente que no quiero decir que en todos los sentidos debamos imitar los principios del procedimiento norteamericano en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Es correcto afirmar que ello carecería de justificación, dado que existen diferencias esenciales entre los sistemas (prohibición «per se» en Derecho norteamericano; posibilidad de exención de acuerdo con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE). No obstante la referencia que acabo de hacer es útil en la medida en que demuestra que también para el apartado 1 del artículo 85 no es posible abstenerse de observar el mercado «in concreto». No me parece correcto tener en cuenta esta observación tan sólo al objeto de aplicar el apartado 3 del artículo 85, dado que este último apartado requiere un examen desde otros puntos de vista completamente particulares y diferentes. Pero sobre todo (lo demuestra el asunto Maschinenbau Ulm contra la Technique Minière), sería artificial proceder a la aplicación del apartado 1 del artículo 85, sobre la base de consideraciones meramente teóricas, a situaciones respecto de las cuales un examen más profundo demostraría que no suponen un notable menoscabo para la competencia, para conceder después la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

Por consiguiente, en realidad, el apartado 1 del artículo 85 requiere que se haga una

comparación entre las dos situaciones del mercado: la que se presenta después de la celebración de un acuerdo, y la que se habría desarrollado a falta de acuerdo. Este examen concreto puede revelar que es imposible que un productor pueda comercializar en una parte del mercado si no concentra la oferta en las manos de un único concesionario. Ello significaría que, en una situación determinada, un acuerdo de distribución en exclusiva sólo tiene efectos que pueden *promover* la competencia. Semejante situación puede presentarse especialmente al tratarse de problemas de apertura y penetración del mercado. Es evidente que la Comisión no ha tenido en cuenta este tipo de consideraciones en lo que a las relaciones entre Grundig y Consten se refiere, aunque las mismas debían imponerse en relación con la apertura del mercado, habida cuenta de que tan sólo en los años 1960-1961 se adoptaron las medidas destinadas a la liberalización del comercio francés de importación. Nada descarta que semejante examen del mercado hubiera llevado a señalar que, en el caso Grundig-Consten, la *supresión* de la exclusiva de venta habría supuesto una disminución apreciable de la oferta de productos Grundig en el mercado francés y, por consiguiente, habría influido desfavorablemente en las condiciones de competencia reinantes en el mismo.

Un segundo punto es aun más importante. Como ya sabemos, el Gobierno federal ha combatido, sobre todo, con insistencia, la opinión de acuerdo con la cual, para poder aplicar el apartado 1 del artículo 85 es suficiente apreciar que el acuerdo excluye la competencia entre varios importadores de productos *Grundig*, sin que existan «verdaderas posibilidades de elección» en las fases comerciales posteriores a no ser en caso de

² Véase Beier, en «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», 1964, p. 87.

competencia interna entre los productos Grundig en el ámbito territorial objeto de concesión. Por el contrario, el Gobierno federal considera que es necesario examinar la situación de la totalidad del mercado y tener en cuenta, igualmente, la competencia de productos *similares* de otros productores.

Este punto de vista merece una completa aprobación.³ Es, sin duda, innegable que, dada una determinada situación del mercado, también la competencia entre varios vendedores de un único producto puede revestir una gran importancia y ser indispensable para el normal juego de la competencia en el mercado. Sin embargo, la Comisión se equivoca cuando, *a priori*, tiene en cuenta *exclusivamente* esta competencia interna a la que acabamos de referirnos y cuando, en sus considerandos ignora completamente la competencia con los productos similares. En efecto, es completamente posible que entre diferentes productos, o más bien, entre diferentes productores, la competencia sea tan intensa que no quede margen apreciable para lo que se ha dado en llamar, la competencia interna de un producto (por ejemplo, en razón del precio y del servicio posventa). La Comisión considera que sólo debe tomar en consideración dicha competencia entre distintos productores en lo tocante a los simples artículos producidos en serie: ello no parece correcto si se quieren apreciar los fenómenos económicos de una forma realista. Incluso para aparatos muy especializados, como los receptores de radio, que se

venden con una marca singular y que se distinguen unos de otros por características exteriores y técnicas, es perfectamente posible una competencia auténtica y apreciable.⁴ No tiene relevancia en relación con el presente asunto la objeción de acuerdo con la cual, en este caso, los compradores no tendrían verdaderas posibilidades de apreciación y comparación, por carecer de conocimientos suficientes, por el simple motivo de que aquí, la competencia debe apreciarse en el ámbito de los mayoristas, que negocian con minoristas competentes desde el punto de vista técnico. Así pues, en realidad, debía exigirse a la Comisión una apreciación de las condiciones de la competencia en su totalidad, como exige el artículo 18 de la Ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia, también de forma general para los contratos de venta en exclusiva, al referirse a una importante restricción contra la competencia en el mercado *de los productos de que se trata o de otros productos*. Es posible que una observación de tal naturaleza de los efectos en el mercado (que, contrariamente a la opinión de Consten, no debe confiarse necesariamente a una Comisión de expertos independientes, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad en materia de prácticas colusorias) llevara a una conclusión favorable para las partes demandantes. Podría ser así, por ejemplo, en razón del porcentaje muy débil de ventas de Grundig en el mercado francés de magnetófonos y de dictáfonos (alrededor del 17 %) (sabemos que la Comisión no ha realizado ninguna investigación en relación con los demás productos) o en razón de la afirmación de las partes

³ En el mismo sentido: Schapira, en «Journal de droit international», 1964, pp. 512 y ss.

⁴ Véase el artículo 16 de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia.

demandantes de que el mercado de los televisores (para el cual, motivos de carácter técnico impedían las importaciones paralelas de aparatos Grundig) y el mercado de los transistores estaba sometido a una competencia tan intensa de los diversos productores de la Comunidad y de países terceros (algunos de los cuales eran muy poderosos) que en varias ocasiones hubieron de reducirse considerablemente los precios de los aparatos Grundig.

Habida cuenta de que no tuvo lugar dicho examen a causa del juicio estricto que mantiene la Comisión sobre el concepto «de restricción de la competencia», y que no puede obligarse al Tribunal de Justicia a proceder a ello en el curso del procedimiento, tan sólo me queda señalar que las conclusiones a las que llegó la Comisión al examinar el criterio de «restricción de la competencia» deben considerarse insuficientemente fundadas, y, por consiguiente, deben ser rechazadas.

bb) *Criterio relativo a la «afectación del comercio entre Estados miembros»*

El modo cómo, en principio, la Comisión comprendió y aplicó el criterio de los «acuerdos que pueden afectar el comercio entre Estados miembros» se desprende de los considerandos de la Decisión (párrafo séptimo del apartado 2 del Título II). En su opinión, es suficiente que, como consecuencia de un acuerdo que restrinja la competencia, el comercio entre Estados miembros se desarrolle *bajo distintas* condiciones de aquéllas en las que se habría desarrollado a falta de un compromiso recíproco. Al reprochar a esta tesis las partes demandantes el

hecho de que, prácticamente, llega a identificar el criterio de la «restricción de la competencia» con el de «la posibilidad de afectar al comercio», cuando se trata de contratos de alcance internacional (es decir, cuando no se trata de acuerdos con efectos únicamente sobre el mercado de un solo Estado miembro o sobre mercados situados fuera de la Comunidad), la Comisión contesta que, efectivamente sólo es posible atribuir al criterio de «la posibilidad de afectar al comercio» el cometido de un *criterio de competencia*; en otras palabras: desde el momento en que los acuerdos en materia de competencia se refieren a diversos Estados, su licitud debe apreciarse de acuerdo con el Derecho comunitario.

Estoy convencido de que ya el texto del apartado 1 del artículo 85, por sí mismo, impide justificar esta opinión. Como lo manifestó en otra ocasión, entre el criterio de los «acuerdos que pueden afectar al comercio» y el de la restricción de la competencia, existe una diferencia semántica tan evidente que se le debe reconocer un sentido propio. Sobre todo parece imposible mantener que basta que un acuerdo en materia de competencia ejerza una influencia cualquiera sobre el comercio entre Estados miembros porque con ello se ignoraría el texto inequívoco del artículo 85 en sus versiones neerlandesa, italiana y alemana, que exige una *influencia desfavorable*, cuyo sentido, además, reviste también a menudo el término francés «afectar».

Por consiguiente no basta como cree la Comisión basándose en su punto de vista erróneo, señalar que existe una ordenación del comercio entre Estados miembros, que se ejerce una influencia sobre los flujos comerciales, y renunciar, en supuestos de

acuerdos que suponen una protección territorial absoluta, a apreciar el hecho de que *queda afectado* el comercio entre Estados miembros. En realidad, también para apreciar este criterio, es preciso tener en cuenta las repercusiones sobre el mercado que razonablemente pueden preverse (y ello aunque sea preciso reconocer que la Comisión tiene razón cuando manifiesta que, en sí misma, no basta la prueba de un incremento de los intercambios comerciales para afirmar que el comercio no queda afectado).

Así, por ejemplo (lo he expuesto en otra ocasión), es posible que, sin que la oferta se halle concentrada en una sola mano, es decir, a falta de puesta en el mercado planificada y centralizada, una empresa determinada no tenga esperanza de poder implantarse en un mercado extranjero. Las ofertas de empresas competidoras relativas al mismo producto pueden implicar una importante regresión de la venta e incluso un cese de las ventas en una situación dada del mercado, y ciertamente sería artificial tener en cuenta el efecto desfavorable infligido al comercio, cuya amenaza se manifiesta de este modo, sólo con ocasión del examen de los requisitos de exención previstos en el apartado 3 del artículo 85. Es igualmente posible que en caso de dispersión de la oferta, proceda temer que las repercusiones sobre un programa de producción razonable interrumpen la evolución de los precios favorable a los intercambios comerciales internacionales. Por último, es precisamente la supresión de la exclusiva de venta lo que puede obstaculizar la integración de los diversos mercados nacionales, ya que, en su caso, la consecuencia de tal supresión puede ser que los mercados extranjeros se exploren en menor medida y con menos intensidad (por ejemplo, en relación con el servi-

cio posventa) que el mercado nacional, al que el productor puede acceder con más facilidad.

En el caso de autos, para refutar este razonamiento, no basta referirse a la importancia del volumen de negocios que Consten haya realizado, dado que ello no facilita información alguna sobre lo que representa dicho volumen en relación con el de otros importadores, comerciantes y productores franceses. La comparación (que, por lo demás, se ha hecho simplemente a título indicativo) entre los precios de los aparatos Grundig en el mercado francés y alemán no supone ninguna aclaración adicional, dado que, en el actual estado de integración, las condiciones del mercado todavía son extremadamente diferentes.

Por consiguiente, en relación con el segundo criterio del apartado 1 del artículo 85 igualmente procede censurar a la Comisión una insuficiencia en la apreciación de la situación económica; sin que pueda zafarse de esta crítica destacando el hecho de que las partes no han demostrado que a falta de exclusiva de venta las condiciones de venta serían menos favorables en Francia, pues dicha Institución está obligada a proceder de oficio a dicho examen.

Las anteriores consideraciones serían suficientes para anular el artículo 1 de la Decisión impugnada, y ello en relación, no sólo con el contrato de venta en exclusiva a que se refiere dicho precepto, sino también al acuerdo sobre la marca GINT, ya que su único objetivo consiste en garantizar la protección territorial absoluta, que ya he tenido en cuenta en mi anterior argumentación.

No obstante, debo proseguir el examen del artículo 1 de la Decisión para estudiar algunos otros razonamientos jurídicos que se han expuesto en el curso del procedimiento y que, en mi opinión, tienen importancia en lo que a los principios se refiere.

c) Alcance de la declaración contenida en el artículo 1

El artículo 1 de la Decisión impugnada declara que, *en su totalidad*, el contrato de exclusiva del 1 de abril de 1957 es incompatible con el apartado 1 del artículo 85 (posteriormente me referiré nuevamente al acuerdo relativo a la marca GINT). Sin embargo, la Comisión sólo examinó y consideró contrarias al Tratado algunas cláusulas del contrato, especialmente el compromiso de Grundig de suministrar a Consten con carácter de exclusiva (lo que comprende la concesión de la protección territorial absoluta) así como la prohibición de exportar impuesta a este último. Por el contrario, los considerandos de la Decisión nada expresan acerca del compromiso de compra suscrito por Consten ni se refieren a las numerosas restantes cláusulas del contrato relativas a las condiciones de venta, de suministro y de pago, sobre la reserva de dominio, la garantía y los riesgos así como sobre el Derecho aplicable y la sumisión procesal.

Para justificar su postura, la Comisión manifestó que el artículo 85 se refiere a acuerdos y no a cláusulas de un acuerdo (se trata de una distinción que hace por ejemplo el Reglamento nº 19/65). Si es patente que en determinados elementos de un acuerdo concurren los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85, en consecuencia, la misma está facultada para decla-

rar pura y simplemente su incompatibilidad con el Tratado. Por otra parte, es a menudo extremadamente difícil delimitar con precisión qué estipulaciones de un contrato son importantes desde la óptica del Derecho de la competencia y cuáles son irrelevantes sobre el particular, por ejemplo, cuando la restricción de la competencia se produce solamente a causa de la acción combinada de diversas cláusulas. El hecho de imponer a la Comisión un examen de conjunto exhaustivo de cada acuerdo comportaría importantes retrasos en la tramitación del procedimiento administrativo. Por último, la apreciación hecha en el ámbito administrativo sobre la incompatibilidad de un contrato con el apartado 1 del artículo 85, no prejuzga, en Derecho civil, la validez o nulidad de determinadas cláusulas, en relación con las cuales, la Comisión no se hubiera pronunciado.

Las partes demandantes y el Gobierno federal alemán consideran que este punto de vista es erróneo, por cuanto implica una incertidumbre jurídica inadmisibles para los interesados. Por consiguiente, debería declararse la nulidad del artículo 1 de la Decisión, redactado en unos términos generales y amplios, por violación del principio de la proporcionalidad (es decir, de la limitación de la intervención de la Administración a lo estrictamente necesario), a cuyo principio debe atenerse igualmente el procedimiento comunitario relativo a las prácticas colusorias.

De esta forma, aparece un problema importante para el Derecho de la competencia, y para resolverlo de un modo satisfactorio, no es suficiente la simple exégesis del Tratado. Ante todo, es posible objetar a las argumentaciones literales que expuso la Comisión

que el apartado 1 del artículo 85 utiliza el mismo término «acuerdo» que el apartado 2 del artículo 85, relativo a la nulidad de los acuerdos en materia de competencia según el Derecho civil. Ello parece indicar claramente que el apartado 1 del artículo 85 prohíbe solamente las partes del acuerdo que revisten importancia desde el punto de vista del Derecho de la competencia, ya que sólo para éstas debe tenerse en cuenta la nulidad de Derecho civil prevista en el apartado 2: es asimismo la opinión de la Comisión. En cualquier caso, la Comisión no pudo proponer al Tribunal de Justicia una solución satisfactoria para los problemas que plantea su punto de vista, según el cual, si la prohibición de Derecho público de un acuerdo de colusión debe extenderse a la totalidad de sus cláusulas, la nulidad de Derecho civil debería aplicarse únicamente a las partes relacionadas con el Derecho de la competencia. No alcanzo a comprender qué tipo de validez tendrían las partes de un acuerdo que, aunque estuvieran prohibidas, no fueran nulas en Derecho civil.

Dejando aparte lo anterior, se imponen las consideraciones siguientes.

Cuando la Comisión declara que un acuerdo es incompatible, en su totalidad, con el apartado 1 del artículo 85, aunque aprecia tan sólo algunas de sus cláusulas en los considerandos de su Decisión, las empresas interesadas se preguntan sobre qué ocurre con las demás partes del acuerdo que no hayan sido examinadas. Esta cuestión puede plantearse en un proceso civil ante un Juez nacional, ya que, según la tesis de la Comisión, éste no debe considerar que el acuerdo es nulo en su integridad. Puede intentar, por sí mismo, formarse una opinión sobre la

aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 a las partes del acuerdo que no hayan sido examinadas, lo que supone el riesgo no sólo de divergencias en la aplicación del Derecho comunitario sino también de que el Juez nacional considere que una cláusula de un contrato, para la cual el artículo 6 del Reglamento nº 17/62 no le permite otorgar la exención, se halla comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. Del mismo modo, puede considerar la posibilidad de suspender el curso del procedimiento y plantear una cuestión al Tribunal de Justicia, el cual, en cierta medida, dilucidará las cuestiones dudosas (aunque, necesariamente con una precisión menor que en el supuesto de aplicación del Derecho). Sin embargo, dicha remisión redundaría en una dilación que la Comisión quería evitar al dejar de examinar exhaustivamente todas las cláusulas del acuerdo relativo a la competencia.

Existe otra posibilidad: que las empresas interesadas intenten averiguar el modo cómo podrían modificar el acuerdo que la Comisión considera incompatible con el apartado 1 del artículo 85 para eliminar dos puntos censurables desde la perspectiva del Derecho de la competencia. En tal caso, en opinión de la Comisión, en evitación de cualquier riesgo, las mismas están obligadas a iniciar un segundo procedimiento de notificación. Sin embargo, ello implica igualmente dilación (sin tener en cuenta que, en tal caso, el efecto retroactivo de la exención sería limitado), pero, además, si la Comisión mantiene su práctica actual, los interesados no podrían conseguir toda la claridad deseada sobre la totalidad de sus contratos en relación con el apartado 1 del artículo 85.

Todas las consideraciones anteriores demuestran que, efectivamente, la opinión que defiende la Comisión implica una incertidumbre jurídica intolerable y el desconocimiento de intereses fundamentales de las empresas que participan en la actividad económica. Pienso que, precisamente al principio del desarrollo del Derecho comunitario en materia de prácticas colusorias, existe interés en conseguir de la forma más rápida posible que la claridad reine sobre la mayor parte posible de puntos controvertidos. Por lo tanto, no debería considerarse admisible que la Comisión declarara que un acuerdo está comprendido en su totalidad en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, sin delimitar con precisión, aquellas de sus partes que son importantes desde la perspectiva de las normas sobre competencia que establece el Tratado, y las que no lo son. Esto es así, en cualquier caso, cuando no sea seguro que, sin las cláusulas que hayan sido objeto de una apreciación expresa, las partes se nieguen a mantener el acuerdo en cuanto al resto. No es demasiado exigir que la Comisión proceda a esta delimitación, aun en el caso de que las repercusiones perjudiciales sobre la competencia resulten únicamente del efecto conjunto de varias cláusulas del contrato. ¿No debe preguntarse la Comisión en todos los casos cuáles son las cláusulas de un contrato que pueden tener importancia desde el punto de vista del Derecho de la competencia? Entonces, no debería encontrarse con dificultades insuperables para manifestar su opinión.

Según la lógica de este sistema, igualmente deberá exigirse a la Comisión que motive su apreciación con rigor. En realidad, dicha Institución puede cumplir suficientemente su obligación de motivar, cuando el contex-

to general de la Decisión ofrece las indicaciones suficientes sobre su opinión (al menos en la medida en que determinadas cláusulas del acuerdo no exijan la inclusión de motivos particulares en razón de su propia naturaleza).

Por consiguiente, el artículo 1 de la Decisión impugnada igualmente se reputaría ilícito (y ello de una manera imposible de subsanar por iniciativa propia del Tribunal de Justicia), aún en el supuesto de que la Comisión no hubiera cometido los errores de interpretación que ya he citado, al aplicar los criterios de «la restricción de la competencia» y de los «acuerdos que puedan afectar al comercio».

d) La declaración de que la prohibición de exportar impuesta a los *Établissements Consten* está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85

Todavía deben hacerse algunas observaciones particulares en relación con la declaración de la Comisión sobre la prohibición de exportar impuesta a los *Établissements Consten*, que los considerandos de la Decisión indican como expresamente incompatible con el apartado 1 del artículo 85.

Aquí deben distinguirse varios puntos de vista. No obstante, sobre el particular no me ocuparé de si la Comisión estuvo en lo cierto al interpretar la prohibición de exportar en el sentido de que comporta para *Consten* la obligación de procurar que sus compradores no exporten a otros territorios objeto de concesión. Del mismo modo, no abordaré el hecho de que el artículo 3 de la Decisión no contiene mandatos particulares relativos a la prohibición de exportar impuesta a *Consten*, aunque esta circunstancia,

juntamente con la declaración de que la prohibición se halla comprendida en el apartado 1 del artículo 85, puede suponer algunas incertidumbres para la sociedad de referencia.

Aquí igualmente, observo ante todo que la Comisión llegó a decidir en el sentido apuntado atendiendo únicamente al objetivo abstracto de la prohibición de exportar, sin examinar sus repercusiones concretas sobre el mercado. Al hacerlo así, en mi opinión, la misma no aplicó correctamente el apartado 1 del artículo 85: lo ha demostrado extensamente. Precisamente sobre el particular, Consten invoca con razón la sentencia del Tribunal de Justicia recaída en el asunto Bosch, de la que se desprende la imposibilidad de defender las consideraciones puramente teóricas y abstractas sobre la compatibilidad de una prohibición de exportar con el apartado 1 del artículo 85.

Posteriormente, la Comisión declaró que la prohibición de exportar es contraria al Tratado en su globalidad (incluso en la medida en que tiende a proteger los mercados situados fuera de la Comunidad). Este proceder es censurable porque, en principio, la Comisión no es competente para apreciar lo que ocurre en los mercados situados fuera de la Comunidad, a no ser que se demuestre que ello tiene repercusiones sobre las condiciones de la competencia dentro del mercado común. Por lo tanto, para actuar debidamente, como mínimo, la Comisión debería haber limitado su declaración (por ejemplo, empleando la expresión «en la medida en que»). De ninguna manera es inaceptable que se considere tan sólo una parte de una cláusula contractual. Por el contrario, ello correspondería a la

actitud que adoptó la Comisión en el artículo 3 de su Decisión y que igualmente se encuentra en los Derechos nacionales sobre prácticas colusorias (véase el artículo 1 de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia).

Por último, en la medida en que la declaración de la Comisión sobre incompatibilidad con el Tratado de la prohibición de exportar se refiere a los mercados de los Estados miembros, se ha censurado la falta de *audiencia* de los comerciantes protegidos por dicha prohibición.

Contrariamente a lo que cree la Comisión, puede tomarse en consideración dicha imputación en el curso del procedimiento judicial, aunque no se trate de la audiencia de las partes demandantes. A pesar de que pueda exigirse la prueba de un interés personal para la exposición de determinadas argumentaciones, este principio podría muy bien no aplicarse a los vicios sustanciales de forma, que el Tribunal de Justicia examina de oficio. Además, el Gobierno federal, parte coadyuvante, también formuló esta imputación.

Pero el problema consiste en determinar su procedencia. Si se atiende únicamente a los Reglamentos de ejecución del Derecho comunitario de la competencia, la respuesta no ofrece ninguna dificultad, porque, evidentemente, estos se refieren tan sólo a la audiencia de las personas parte de un acuerdo. No obstante, en mi opinión, lejos de tener que limitar mi examen en tal sentido, debemos preguntarnos cuáles son, en realidad, en el Derecho de la competencia, los principios que deben aplicarse para la obligación de audiencia.

El estudio de las legislaciones nacionales en materia de prácticas colusorias pone de relieve que las mismas no ofrecen medios decisivos de interpretación sobre el particular. En general, de acuerdo con estos ordenamientos, solamente debe oírse a las empresas a las que una Decisión afecte directamente, y se observa que, aunque es posible la audiencia *a instancia de parte* (que existe igualmente en el Derecho de la Comunidad), la tendencia dominante consiste en mantener dentro de unos límites reducidos el círculo de personas que deben oírse (véase el Comentario de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia de Müller-Henneberg-Schwartz, 2.^a ed., p. 950).

Pero, a fin de cuentas, en el caso de autos, lo que me parece esencial es que, contrariamente a lo que expone la Comisión, la controvertida prohibición de exportar origina para los demás concesionarios, no sólo una protección de hecho, sino una verdadera protección jurídica. No debe olvidarse que estamos ante un *sistema* internacional de contratos de venta en exclusiva, que supone prohibiciones recíprocas de exportar y otras obligaciones, y que resulta imposible eliminar un elemento importante sin que se produzcan efectos jurídicos.

En consecuencia me inclino a considerar que la declaración de la Comisión en cuanto a la prohibición de exportar impuesta a Consten es directamente perjudicial para la situación jurídicamente protegida de otros concesionarios y que la misma es imposible sin previa audiencia de los mismos. Dado que el número de personas interesadas es limitado, la interpretación de la obligación de audiencia en tal sentido no causa irrazonables dilaciones del procedimiento referen-

te a las prácticas colusorias. De todos modos, es preferible el breve retraso que resultaría de lo indicado que el desconocimiento de los intereses de los medios económicos interesados.

Dado que no se ha producido la mencionada audiencia, la declaración que hizo la Comisión en relación con la prohibición de exportar impuesta a Consten es igualmente ilícita por este motivo, así como por los demás motivos que ya he expuesto.

3. El acuerdo relativo a la marca GINT

Hasta este punto he examinado tan sólo el acuerdo de venta en exclusiva mencionado en el artículo 1 de la Decisión; ahora debo manifestar algunas palabras sobre el acuerdo relativo a la marca GINT, al que igualmente se refiere el artículo 1. En realidad (ya lo he indicado), podría ser superflua la presentación de observaciones sobre este punto, pues lo que he dicho acerca de la aplicación errónea de los conceptos de «restricción de la competencia» y de «acuerdos que pueden afectar al comercio» se aplica igualmente al acuerdo relativo a los derechos de marca, cuyo único objeto consiste en garantizar la protección territorial absoluta. Pero dada la importancia de la argumentación expuesta en el marco del Derecho de marcas, creo conveniente no limitarnos a pasar por alto los problemas que se plantean sobre el particular.

Debemos recordar que la parte dispositiva de la Decisión impugnada señala que el acuerdo celebrado entre Grundig y Consten sobre el registro y la utilización de la marca GINT constituye una infracción de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85. Sobre el particular, las partes demandantes

formularon, en primer lugar, la cuestión de cuál es el acuerdo que merece la atención de la Comisión. Si la Comisión pensó solamente en la manifestación que hiciera Consten el 13 de enero de 1959, que he señalado en los antecedentes de hecho, su observación apenas tendría sentido, alegan las partes demandantes, porque Consten se limitó a asegurar que a partir del momento en que dejara de ser el distribuidor exclusivo de Grundig, cedería a favor de este último los derechos vinculados a la marca GINT o cancelaría el registro. Es patente que semejante manifestación no puede tener influencia sobre las condiciones de la competencia en el mercado francés.

Sin embargo, observando más de cerca la cuestión, parece necesario corregir esta interpretación que, a primera vista, parece desprenderse de la Decisión impugnada. En efecto, en los antecedentes de hecho se señala que el registro de la marca GINT se basa en un acuerdo, *en parte escrito*, celebrado el 13 de enero de 1959; lo cual indica que, al margen de las manifestaciones de 13 de enero de 1959, y en relación con la marca, deben existir acuerdos adicionales de carácter verbal, y quizá también meramente tácitos. Esta impresión queda reforzada por la referencia que hacen los considerandos de la Decisión a la génesis de la marca GINT. Por consiguiente, en realidad, la Comisión tiene presente un acuerdo a tenor del cual Grundig, a favor de cuya sociedad, la marca GINT es objeto de un registro de carácter internacional, renuncia a sus derechos en Francia sin oponerse al registro de la marca a nombre de Consten y al ejercicio que ésta haga de los derechos inherentes a la misma. Es cierto que semejante acuerdo puede tener su interés en el marco del Derecho de la competencia. Salvo error por mi

parte, tampoco se ha refutado seriamente que entre las partes exista un acuerdo en tal sentido, ya que tan sólo su existencia puede dar un significado a la declaración que hiciera Consten el 13 de enero de 1959 sobre la retrocesión de la marca o sobre la cancelación del registro.

La segunda cuestión que se plantea es la siguiente: ¿Puede aplicársele a semejante acuerdo el apartado 1 del artículo 85? Las partes demandantes consideran que no, porque este acuerdo no tiene por objeto limitar la libertad de acción de los contratantes y porque él no constituye la causa de una restricción de la competencia, sino únicamente el registro de la marca con arreglo a la Ley francesa, lo cual genera un derecho originario sobre la marca, que otorga una protección absoluta a favor del titular, de acuerdo con el Derecho nacional.

No obstante, esta opinión no me parece convincente. Ante todo, es cierto que, para el apartado 1 del artículo 85, el elemento decisivo no es únicamente la limitación de la libertad de acción de las partes de un acuerdo, sino también las repercusiones que puede tener sobre la situación de los terceros en el mercado, un acuerdo de tal naturaleza. Además, es innegable que era indispensable una acción *concertada* de las sociedades Grundig y Consten para originar el derecho de marca, ya que, al haber sido la marca GINT objeto de registro internacional a favor de Grundig, no habría sido posible registrarla libremente en Francia a nombre de Consten sin el consentimiento de Grundig. La Comisión recalca, con razón, que para el artículo 85, lo que importa son no sólo las restricciones de la competencia que los contratos tienen por objeto, sino también aquellas que los mismos tengan por

efecto. Del mismo modo, no deben tenerse en cuenta tan sólo las repercusiones directas del acuerdo, sino que basta que sus efectos, razonablemente previsibles, logren restringir la competencia. Por consiguiente, en principio, nada impide que se aprecie el acuerdo relativo a la marca en función del artículo 85.

Ahora, paso a exponer la otra tesis de las partes demandantes: la adquisición de la marca GINT por Consten ciertamente se produce en virtud de un acuerdo con Grundig que se asemeja al otorgamiento de una licencia; pero ello sólo podría revestir importancia en el marco del Derecho de la competencia si, en tal ocasión, se hubieran asumido compromisos que trascendieran al Derecho de propiedad industrial. No obstante, la Comisión no podría objetar el simple ejercicio de un derecho de propiedad industrial, si desea evitar que se le reproche su intromisión en el régimen nacional del Derecho de propiedad. Ello infringiría el artículo 222 del Tratado (de acuerdo con el cual no se modifica nada del régimen de propiedad en los Estados miembros), su artículo 36 (que contiene una garantía en cuanto al mantenimiento de los derechos de propiedad industrial) y su artículo 234 (de acuerdo con el cual no quedan afectados los derechos y obligaciones que resulten de Convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado entre un Estado miembro y terceros Estados).

¿Qué debe pensarse de esta opinión?

Ante todo, en lo tocante a la referencia al artículo 234, que, por lo demás, ya no vuelve a encontrarse en el escrito de réplica, no cabe duda de que no puede tener ninguna relevancia para el caso de autos. Tiene

razón la Comisión cuando pone de relieve que la única finalidad del artículo 234 consiste en la salvaguardia de los derechos de los Estados *terceros*: es evidente que éstos no están implicados en el presente asunto. Por otra parte, el Convenio de la Unión de París y el Arreglo de Madrid para el registro internacional de marcas, a los que de forma manifiesta se refieren las partes demandantes, no contienen disposición alguna sobre la configuración de los derechos de propiedad industrial, sino un reenvío a las legislaciones nacionales para su ejecución.

En relación con el artículo 36, sin duda con el fin de proteger la propiedad industrial, no obstante lo prescrito en los artículos 30 a 34, según los cuales deben suprimirse las restricciones cuantitativas a la exportación, el mismo autoriza las prohibiciones a la importación, exportación o tránsito. Sin embargo, es posible preguntarse si dicha disposición tiene por objeto introducir en el Tratado una garantía absoluta y general de mantenimiento de los derechos de propiedad industrial, y si, por el contrario, el artículo 36 tiene relevancia tan sólo en el marco de las disposiciones de liberalización que establece el Tratado. En cualquier caso, es posible objetar a la tesis de la garantía absoluta que también el artículo 36 contiene alguna reserva para los casos manifiestos de abuso.

En cuanto al artículo 222 del Tratado, ya recalqué en otra ocasión la evidencia de que su objetivo consiste únicamente en asegurar de forma general a los Estados miembros la libertad de regular el régimen de la propiedad en su seno, pero no garantizar que, de ninguna forma, las Instituciones comunitarias intervengan en los derechos subjetivos de propiedad. Dado que el concepto de

propiedad es extremadamente amplio en los ordenamientos jurídicos nacionales, cualquier otra tesis redundaría, en última instancia, en una paralización de las competencias de la Comunidad. La Comisión nos lo demostró al alegar la aplicación del artículo 92 (revocación de las ayudas) e invocar las cláusulas de salvaguardia en los Reglamentos relativos al mercado agrícola, así como refiriéndose al artículo 86, cuya aplicación a los derechos de propiedad industrial, la parte demandante Consten y el Gobierno italiano, por lo demás, tampoco consideran prohibida. Por consiguiente, es cierto que el Tratado no se propone excluir determinadas intervenciones en los derechos subjetivos garantizados por las legislaciones nacionales.

Pero, por otra parte, en el caso que nos ocupa, según parece, no puede hablarse de lesión de derechos que son merecedores de protección. Múltiples elementos indican que la Comisión tan sólo tomó en consideración una interpretación y una aplicación atinada de los derechos nacionales de propiedad industrial y que, sobre esta base, dio cuerpo a su Decisión en relación con las prácticas colusorias. Al poner de relieve que, por sí mismas, las licencias de marcas constituyen un fenómeno excepcional,⁵ la Comisión intenta demostrar en el caso de autos, la existencia de un abuso de los Derechos nacionales de propiedad industrial con el fin de eludir las disposiciones del Derecho de la competencia. Nos demostró, de un modo que se me antoja convincente, que de acuerdo con el Derecho francés, la marca GINT,

no cumple con total independencia, la función de una marca, es decir, que no se la utiliza como una indicación de procedencia. La indicación del origen de los aparatos vendidos se desprende ya de la marca «Grundig» que se aplica a todos los productos que fabrica dicha sociedad. La marca GINT tampoco puede reputarse como marca de garantía («händler-marke») cuando la utilizan los Établissements Consten, ya que este tipo de marcas debe servir para probar que el comerciante efectuó una determinada elección entre los productos. Por lo tanto, no tiene sentido una marca de garantía cuando se venden los productos de un único productor. Por último, la marca GINT tampoco puede servir para distinguir los conductos de venta, es decir, para demostrar que los productos designados con la misma no llegaron a Francia a través de otros comerciantes, ya que, en realidad, la finalidad de esta marca consiste en impedir, en principio, las importaciones paralelas, de manera que es imposible que desempeñe en el mercado, el indicado papel de signo distintivo.

Sin embargo, si de esta forma se revela que, efectivamente, la única finalidad de la marca GINT consiste en eludir las disposiciones del Derecho de la competencia (lo cual, por otra parte, se demuestra también por la génesis de la marca como consecuencia de una sentencia del Hoge Raad de 14 de diciembre de 1956), la Comisión puede ciertamente tener en cuenta esta situación sin incurrir en una intervención indebida en el Derecho de marcas. Al actuar de esta forma, la misma sigue la línea que trazó en el Derecho alemán de competencia, como lo prueba la cita de Fikentscher («Die Warenzeichenlizenz», pp. 422, 423, 453) y que se encuentra también, de forma similar, en el

⁵ Véase el Fikentscher en «Die Warenzeichenlizenz», 1963, pp. 417 y 454.

Derecho francés, como lo prueba una sentencia de la Cour de cassation de 13 de julio de 1961, ⁶ citada por la sociedad Leissner.

Por consiguiente, es evidente que la Comisión no tenía necesidad de recurrir a las disposiciones de armonización previstas en los artículos 100 y siguientes del Tratado CEE, como preconizan las partes demandantes. En realidad, dicho recurso es necesario únicamente cuando la Comisión no dispone de los medios que le permitan la inmediata decisión sobre la situación fáctica.

Y la consideración siguiente no podía ser determinante para la Comisión: es la que expresa que, en su caso, la situación en materia de marcas no sería distinta si la propia sociedad Grundig se presentara como titular de la marca GINT en Francia. Para el artículo 85, el elemento decisivo consiste en la apreciación de un comportamiento *convenido* y la intención de conseguir reforzar la garantía de la exclusiva de venta mediante una división de los derechos inherentes a la marca (cuyo objetivo, *a priori* no parece imposible de conseguir, habida cuenta de la jurisprudencia italiana y neerlandesa ⁷ sobre el particular).

Por último, no hay nada que objetar al hecho de que la Comisión no haya creído necesario afirmar la consecuencia de una retrocesión de la marca a favor de la sociedad Grundig, sino que se limitó a prohibir que los Établissements Consten la utilizaran

con la única intención de perturbar u obstaculizar las importaciones paralelas, ya que no había necesidad de hacer nada más para resolver el asunto en relación con el Derecho de la competencia.

Por consiguiente, en principio, no plantearé objeción alguna contra la competencia de la Comisión en relación con el Derecho de marcas. No obstante, recuerdo que la declaración que hace la Comisión en el artículo 1 de su Decisión, a propósito del acuerdo relativo a la marca, no está exenta de crítica por los demás motivos que ya he expuesto. Tan sólo para completar este aspecto debo añadir que, por lo demás, se expone a ser objeto de censura, porque aquí también se hace referencia a la totalidad del acuerdo, con inclusión de la declaración de enero de 1959, que carece de la menor importancia desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

4. Conclusión

En resumen, por todo lo expuesto, el artículo 1 de la Decisión impugnada debe ser anulado a causa de sus importantes vicios jurídicos. Al basarse los demás artículos de la Decisión en el artículo 1, en estricta lógica, es superfluo examinarlos pormenorizadamente. Sin embargo, no es ésta mi apreciación y, *con carácter subsidiario*, me ocuparé también de los artículos 2 y 3 de la Decisión.

II. Artículo 2 de la Decisión impugnada

El artículo 2 dispone que debe denegarse la declaración de inaplicabilidad prevista en el apartado 3 del artículo 85 a favor de los acuerdos que se citan en el artículo 1. En los considerandos de la Decisión se mani-

⁶ Dalloz, 1961, 525.

⁷ Véanse las referencias en la dúplica del asunto 58/64-, p. 32.

fiesta que podría conjeturarse que los acuerdos contribuyen a mejorar la distribución y la producción (si bien, con algunas restricciones); pero que es imposible apreciar que los usuarios participan equitativamente en los beneficios (y sobre el particular la Comisión se refiere a una comparación entre los precios franceses y alemanes), y sobre todo no se ha probado que sea indispensable la protección territorial absoluta pactada en beneficio de Consten para conseguir dichos efectos de mejora.

Por distintos motivos, las partes demandantes impugnaron también esta disposición, de lo que derivan algunas cuestiones de hecho, que no son, precisamente, idóneas para simplificar el examen que estoy realizando.

A continuación expongo el plan que me propongo seguir en este capítulo:

- Ante todo debe abordarse ciertas cuestiones preliminares de orden general.
- A continuación examinaré, desde el punto de vista jurídico y de los hechos, los criterios del apartado 3 del artículo 85, que se mencionan en la decisión, y ello en el orden adoptado por la Comisión (aunque, de acuerdo con lo manifestado por esta Institución, tan sólo el elemento del «carácter indispensable» haya desempeñado un papel esencial para la denegación de la exención).
- Por último, me referiré asimismo al problema de si, aun admitiendo el punto de vista adoptado por la Comisión sobre la protección territorial absoluta, al menos, no se debía conceder una exención parcial o sujeta a alguna condición para el resto del acuerdo de venta en exclusiva.

1. Cuestiones preliminares de orden general

a) Violación del principio de audiencia previa

También la aplicación del apartado 3 del artículo 85 provoca la denuncia de la violación del principio de audiencia previa por parte de Consten: en efecto, no se dio vista a las partes demandantes de la totalidad de los documentos relativos a las múltiples cuestiones de hecho suscitadas, que los organismos nacionales y otras partes habían presentado ante la Comisión.

Ahora bien, es evidente que esto es así, como se desprende de las manifestaciones de la Comisión en el curso del procedimiento.

Pero estoy convencido de que esto no es suficiente para demostrar que se ha violado el principio de la audiencia previa. Al comienzo de mi exposición ya he subrayado que, lejos de tener el carácter de procedimiento judicial, el relativo a las prácticas colusorias tiene esencialmente el carácter de procedimiento administrativo, en la medida en que las decisiones que constituyen su culminación son del tipo de la que es objeto de examen. Sin embargo, en los procedimientos administrativos (la Comisión lo demostró sobradamente mediante referencias al Derecho nacional), el único principio que debe aplicarse es que sólo está permitido invocar en contra de los interesados los hechos a cuyo respecto los mismos hayan podido adoptar una postura en un plazo razonable. A tal efecto, no es en absoluto necesaria ninguna comunicación material ni cita literal, de todos los documentos en los que se basa la Decisión: basta con un resu-

men claro de su contenido, lo que permite que los interesados se instruyan sin dificultad sobre las líneas esenciales de opinión de los terceros. Estos son igualmente los principios que regulan el procedimiento ante la Bundeskartellamt (Oficina federal de defensa de la competencia; véase el Comentario de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia de Müller- Henneberg-Schwartz, 2.ª ed., p. 959). Ni decir tiene que sobre el particular debe procederse con mucha cautela y ejercerse la facultad de apreciación de un modo muy escrupuloso.

En relación con el presente asunto, en el que, en principio, la Comisión se limitó a comunicar un resumen de la parte esencial de los documentos presentados por terceros, no obstante, no he tenido la impresión (sin examinar todos los detalles de los hechos) de que haya habido graves lagunas en la información de las partes demandantes. Por lo tanto, los motivos que indicó Consten no me permiten censurar a la Comisión por la violación del principio de la audiencia previa.

b) ¿Se origina la protección territorial absoluta con el acuerdo de exclusiva celebrado entre Grundig y Consten?

La segunda cuestión preliminar se refiere al hecho de que, en el caso que nos ocupa, se denegó la exención prevista en el apartado 3 del artículo 85, principalmente a causa de la protección territorial absoluta concedida a los *Établissements Consten*. Sobre el particular, Grundig alega que, en realidad, la protección territorial absoluta no se desprende del acuerdo de exclusiva, sino de contratos que celebró con sus concesionarios en los demás Estados miembros, a los que impuso prohibiciones de exportar.

Dichos contratos no son objeto del procedimiento; sobre el particular, la Comisión no realizó ninguna declaración en el marco del apartado 1 del artículo 85. Por consiguiente, como tal, debería haberse declarado exento el contrato de venta en exclusiva, sin que, al parecer, la Comisión pueda descalificarlo basándose en el apartado 3 del artículo 85.

Este punto de vista es extremadamente seductor, sin embargo, no creo que existan razones fundadas para mantenerlo.

Puedo ser breve sobre este extremo porque ya he demostrado en otro lugar que el acuerdo relativo a la marca GINT que se menciona en el artículo 1 de la Decisión y cuyo objeto consiste en garantizar la protección territorial absoluta, constituye, igualmente, una parte de los convenios celebrados entre Consten y Grundig, y que es correcto pensar que puede tomarse en consideración desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

Sin embargo, el punto de vista de Grundig requiere hacer otras observaciones.

En mi opinión, es cierto que necesariamente, el conjunto de lo establecido en el contrato de exclusiva, en relación con las circunstancias que acompañaron su celebración y que se consideraron como fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que Grundig está obligada a garantizar la protección territorial absoluta a favor de los *Établissements Consten*. Ello se desprende del apartado 1 del artículo I y del apartado 1 del artículo IV del contrato que resaltan el carácter exclusivo de la actividad de Consten en el territorio objeto de concesión; en razón de todas las circunstancias del asunto,

igualmente debe entenderse en este sentido el compromiso de Grundig de no efectuar suministros indirectos en el territorio concedido a Consten. En cualquier caso, la misma sociedad mencionada en primer lugar no contradujo esta interpretación contenida en el pliego de cargos y tan sólo durante el procedimiento judicial alegó que el único objetivo de dicha prohibición consistía en impedir los suministros realizados a través de hombres de paja o de sociedades controladas. Y no es posible replicar que la finalidad de la protección territorial sólo se alcanza mediante prohibiciones a la exportación impuestas a los demás concesionarios, ya que para poder aplicar el apartado 1 del artículo 85 basta que el acuerdo apunte a un objetivo determinado, al igual que basta con que se de una restricción meramente *indirecta* de la competencia. Tampoco es posible inferir una argumentación decisiva del hecho de que, en el marco de un sistema de compromisos relacionados con los precios, las prohibiciones de exportar impuestas a los demás concesionarios se hallaban en vigor desde 1953, es decir, antes de la celebración del controvertido acuerdo de exclusiva, ya que parece cierto que, posteriormente, las partes demandantes los consideraron como uno de los elementos esenciales del contrato de exclusiva suscrito con Consten.

Por último, puedo aún referirme, sobre el particular, a los principios de la jurisprudencia francesa acerca de la «opposabilité aux tiers», la cual, contrariamente a lo que piensa Grundig, no se aplica únicamente con carácter excepcional contra una acción por «negativa de venta» en el Derecho

económico francés,⁸ sino que constituye también un motivo independiente en el Derecho de la competencia desleal. Si se sigue la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores, resulta patente que, en este ámbito, el Derecho francés (contrariamente a otros ordenamientos jurídicos) va extremadamente lejos, cuando permite que se proceda por incompetencia desleal contra los terceros que, aun a sabiendas de la existencia de un régimen de venta en exclusiva, consiguen suministros de productos con el fin de venderlos en el territorio objeto de concesión, en detrimento de los derechos de los concesionarios designados. Por consiguiente, en Derecho francés, si va acompañado de suficiente publicidad, el contrato de venta en exclusiva ofrece suficientes posibilidades de conseguir la protección territorial y, efectivamente, en múltiples ocasiones y con buen resultado, las partes demandantes del presente asunto se han beneficiado de ello.

Por consiguiente, debe rechazarse la tesis según la cual, el contrato de exclusiva celebrado entre Grundig y Consten no comporta la garantía de la protección territorial absoluta.

2. Diversos criterios del apartado 3 del artículo 85

Habiendo dado fin al examen de estas cuestiones preliminares, puedo dedicarnos al de la argumentación relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 propiamente dicha. He aquí las observaciones que debe-

⁸ Artículo 37 del Decreto-Legislativo nº 45-1483, de 30 de junio de 1945.

rán tenerse especialmente en cuenta sobre el particular (por así decirlo, sirven de hilo conductor para la interpretación y aplicación de este precepto).

- Ya he subrayado en otro lugar que, por su naturaleza, los contratos de venta en exclusiva tan sólo de una forma anodina ejercen una influencia adversa sobre la competencia. Por este motivo, uno de los derechos europeos más rigurosos en materia de prácticas colusorias (el artículo 18 de la Ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia, subsiguiente a las precedentes disposiciones sobre disolución de carteles⁹) dispone que, en principio, los mismos están permitidos y el Bundeskartellamt sólo puede declarar su nulidad cuando limitan injustamente el acceso de otras empresas al mercado o cuando constituyen una *importante* restricción de la competencia. También en sus conclusiones presentadas en el asunto Bosch¹⁰ subrayó nuestro eminente colega el Sr. Lagrange, que para la aplicación del apartado 3 del artículo 85 es justo tener en cuenta las particularidades de los casos de este tipo. Por lo tanto, deberíamos considerar como principio que, para apreciar los delicados criterios del apartado 3 del artículo 85 y su aplicación a los contratos de exclusiva, procede, en general, adoptar una postura liberal,¹¹ ya que debe consi-

derarse que, usualmente, la competencia entre los productos similares de diferentes productores constituye un regulador suficiente del mercado.

- Una segunda observación se refiere a la postura de principio de la Comisión, según figura en sus distintos escritos. La Comisión sostiene que el principio importante consiste en que, en el Derecho comunitario de la competencia, el apartado 1 del artículo 85 constituye la regla, mientras que su apartado 3 constituye la excepción, con la consecuencia de que, en especial, las empresas que reivindican el beneficio de la exención deben demostrar y probar la concurrencia de los criterios del apartado 3 del artículo 85. Contra esta tesis se plantean algunas objeciones cuando equivale a la consideración de que, para la aplicación del apartado 3 del artículo 85, la Comisión adopta una postura más o menos pasiva frente a las alegaciones de las empresas interesadas. No se puede recalcar en exceso que, incluso desde la perspectiva del apartado 3 del artículo 85, la Comisión debe desempeñar un cometido mucho más activo y positivo, particularmente cuando observa que de algunos acuerdos derivan mejoras deseables para el conjunto de la economía. En semejantes casos, la misma tiene una obligación más amplia, que incluye la búsqueda de clarificación: debe suscitar cuestiones por propia iniciativa y proceder a investigaciones minuciosas, conjuntamente con las empresas interesadas. Precisamente porque estamos al comienzo del desarrollo de un nuevo Derecho de la competencia, es preferible que, en este ámbito, la Comisión tenga demasiada actividad antes que poca, en tanto no exista una práctica establecida o unos principios suficientemente definidos. Especialmente lo exige una razón importan-

⁹ Ley norteamericana nº 56; Decreto-Ley británico nº 78.

¹⁰ Asunto 13/61 (→ Rec. 1962, pp. 89 y ss., especialmente p. 138).

¹¹ Véanse también: Beier en «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», 1964, p. 87; Schapira en «Journal de droit international», p. 507.

te: control judicial que, sin dicha actividad de la Comisión, sería más difícil o incluso impracticable, con la consecuencia no deseada de que el asunto debería devolverse a la Comisión, lo que retrasaría su solución.

Posteriormente veremos si, en el presente asunto, la Comisión cumplió su cometido de acuerdo con las exigencias que acabo de precisar o si cometió la equivocación de poner límites a su examen, por el censurable motivo de que las empresas interesadas no hubieran expuesto suficientemente los efectos favorables a su acuerdo.

a) Mejora de la distribución y producción

En relación con el primer criterio que establece el apartado 3 del artículo 85, la Comisión admitió la posibilidad de que el acuerdo celebrado entre Grundig y los Établissements Consten puede mejorar la distribución y la producción. Por lo tanto no sería necesario hacer observaciones particulares sobre este extremo si la Comisión no hubiera hecho una reserva que igualmente puede revestir importancia para el examen del criterio del «carácter indispensable». La Comisión manifiesta que, sin duda, debe reconocerse que un efecto de mejora puede resultar de la organización del servicio posventa previsto en el acuerdo y de la asunción de las prestaciones de garantía por parte de los Établissements Consten, así como del compromiso de éstos de cursar pedidos con carácter anticipado para el mercado francés. Pero no es posible tener en cuenta el hecho de que Consten tomara la publicidad a su cargo.

Si esto significara (según cree, al parecer, la sociedad Consten), que el efecto favorable no deriva del hecho de que sea *esta misma*

sociedad la que asume la publicidad en Francia, sino que, con idéntico resultado, podría Grundig hacer publicidad, o de la misma se podrían encargar empresas especializadas, salta a la vista que dicha tesis debería rechazarse como inexacta. Pero el pensamiento de la Comisión no debe comprenderse de este modo. En realidad, por lo tanto, la única cuestión interesante es la de si es exacto pensar que el hecho de que Consten deba hacer frente a los gastos de publicidad implica un efecto de mejora especial, importante con respecto al artículo 85.

Sin embargo, según parece, sobre el particular la opinión de la Comisión no se halla suficientemente fundada.

Las partes demandantes tienen razón al alegar que habría sido preciso verificar si Grundig está en condiciones de tomar a su cargo los gastos de publicidad (y, evidentemente, habría sido preciso resolver esta cuestión, no sólo para el mercado francés sino también para todos los mercados exteriores). Legítimamente puede ponerse en duda. Es posible que la configuración de la idea de la Comisión (es decir, imponer a Grundig la obligación de cargar con los gastos de publicidad) haga disminuir la intensidad de dicha publicidad, lo que podría tener ciertas repercusiones sobre la venta (es decir, sobre la mejora de la distribución y de la producción). No es posible sencillamente descartar estas objeciones alegando que en la República Federal es la propia sociedad Grundig la que soporta los gastos de publicidad, pues, al parecer, los que van a cargo de Consten se compensan parcialmente por la falta de facturación de las modificaciones técnicas que es preciso incorporar a los aparatos Grundig para el

mercado francés. Tampoco pueden descartarse estas objeciones por la observación, únicamente basándose en la evolución de la cifra de negocios de los *Établissements* Consten, de que la apertura del mercado francés parece que ya ha concluido, lo que justificaría que los gastos de publicidad fueran a cargo del productor. En mi opinión, las cifras globales y aisladas no permiten apreciar con exactitud el problema de la apertura del mercado. En este caso lo que hace falta es considerar tales cifras y compararlas con las de las empresas competidoras. Por otra parte, habría sido apropiado proceder a realizar comprobaciones en relación con la afirmación de Consten de que todavía no puede considerarse terminada la apertura del mercado francés, al menos para ciertas regiones periféricas.

Por consiguiente, considero que, sin indicaciones más claras, no es posible admitir la apreciación que emitió la Comisión sobre este punto controvertido y, considero que, por consiguiente, el efecto de mejora que implica la publicidad que Consten asume, no debe ignorarse, sin más, para la aplicación del apartado 3 del artículo 85.

b) Participación de los usuarios en el beneficio

No concurre el segundo criterio que examinó la Comisión con arreglo al apartado 3 del artículo 85 (la cuestión de la participación equitativa de los usuarios en el beneficio), por la siguiente razón: entre los precios al por menor de los aparatos Grundig en Francia y en la República Federal existen diferencias que superan sensiblemente las especiales cargas impuestas a Consten, incluso si se tienen en cuenta los impuestos franceses. No obstante la Comisión resalta el

hecho de que sólo verificó este criterio con carácter subsidiario y que su negativa se basa principalmente en la observación de que no son indispensables las restricciones de la competencia acordadas para conseguir el efecto de mejora admitido a modo de hipótesis. Pero esto no debe impedir que ya desde ahora, abordemos esta cuestión de la participación en el beneficio.

Es evidente que se trata de un criterio especialmente delicado y difícil de aprehender; en efecto, es poco probable que pueda considerarse que existe suficiente participación en el beneficio por el hecho de que se observe que los usuarios participan en el efecto de mejora como tal (mediante mayores posibilidades de elección o mayores facilidades de compra), ya que tal interpretación dejaría al criterio de la «participación en el beneficio» desprovisto de su sentido propio. Quizá, por lo tanto, no deba excluirse totalmente una apreciación de los precios. Tampoco considero justificado sostener, como la sociedad Consten, que sólo sea razonable examinar los problemas que plantea el acuerdo de exclusiva de venta al término del período transitorio, ya que, únicamente a partir de este momento se produce la igualdad entre las condiciones económicas en los distintos Estados miembros. Pero, ciertamente, debe reconocerse que en el actual momento de integración, las diferencias en las condiciones económicas todavía no permiten hablar de un mercado común único que presenta características casi idénticas, lo que pone de relieve el gran riesgo que comporta la comparación de los precios de un Estado miembro a otro.

Por tal motivo considero muy atractivo el punto de vista del Gobierno federal sobre esta cuestión. Considera que basta demos-

trar si existe o no una notable competencia entre los productos de diferentes productores en un mercado determinado, a pesar de la existencia de un acuerdo en materia de competencia. Si es así, ello garantiza al mismo tiempo que los usuarios participen equitativamente en el beneficio, ya que éstos tan sólo deberían pagar el precio que se forma en el mercado bajo la influencia de una competencia eficaz. Esto es lo que el Tratado consideraría como la medida óptima de participación en el beneficio a reservar a los usuarios. Con este fin, por otra parte, debe examinarse qué otros efectos produce el acuerdo de exclusividad, aptos para *promover* la competencia, ya que es posible que un acuerdo de tal naturaleza tenga por efecto la reducción de los precios de otros productos similares y que, de esta forma, depare igualmente la participación de los usuarios en el beneficio. Es evidente que la Comisión no procedió a tales averiguaciones especialmente en lo que a la última se refiere (aunque en relación con el apartado 1 del artículo 85 ha subrayado que debían tenerse en cuenta los efectos del acuerdo que pueden promover la competencia a propósito del apartado 3 del artículo 85). Por todos dichos motivos, es pues posible afirmar que estas consideraciones relacionadas con el criterio de la participación en el beneficio son inaceptables y equivocadas.

Sin embargo, si se considera necesario comparar los precios (a pesar de las dificultades que ello presenta), tampoco veo como puede justificarse el punto de vista adoptado por la Comisión.

Se plantea una primera cuestión: ¿fue correcto comparar los *precios al por menor*? y en realidad ¿no habría sido mejor comparar los *márgenes comerciales* que aplica

Consten con los de los mayoristas alemanes? Es evidente que sobre el particular, no puede ser decisivo el conocimiento del punto de vista que defendieron las partes demandantes durante el procedimiento administrativo; lo que resulta determinante son las necesidades objetivas. Confieso que sobre esta cuestión no comparto la opinión de la Comisión. Como debemos apreciar una restricción a la competencia en el ámbito del comercio al por mayor, deben pues compararse los márgenes comerciales aplicables en dicho ámbito, y ello es así tanto más cuanto que, de acuerdo con sus manifestaciones, Consten no puede influir en la formación de los precios al por menor, a falta de compromiso en materia de precios («Preisbindung»). Sin embargo, según las manifestaciones de las partes demandantes, teniendo en cuenta todos los gastos que Consten debe efectuar con motivo de la importación, de una comparación de márgenes resulta el mismo porcentaje tanto para Francia como para Alemania (42 %) (y este porcentaje no es excesivo). Por consiguiente, al aplicar en principio el método en el que se basa la Comisión, pero limitándolo a los márgenes comerciales, no puede negarse que existe una participación equitativa en el beneficio en el caso de autos, o como mínimo, procede señalar que es preciso buscar nuevas aclaraciones sobre el particular (ya que la Comisión niega la certeza de las indicaciones que facilitan las partes demandantes sobre los márgenes comerciales).

Si, por el contrario, se considerara necesario comparar los precios al por menor, la situación apenas sería más favorable para la Comisión.

Ciertamente no se trata del motivo de infracción consistente en la insuficiencia de

motivación que puede considerarse infundado (me abstengo de aportar más prueba sobre el particular), aunque la Decisión contiene tan sólo meras indicaciones de porcentaje; sino que se trata de los elementos de fondo necesarios para dicha comparación. Debo señalar que las partes se hallan en desacuerdo sobre casi todos los factores, ya se trate de indicaciones de precios facilitadas por Leissner o de cálculos de precios efectuados por la Comisión. De este modo, se discrepa sobre los costes salariales, los porcentajes de los gastos financieros necesarios, los gastos de publicidad y del servicio de garantía, los gastos de almacenamiento y de transporte (todos los cuales van a cargo de Consten) y también sobre la cuestión de si, en relación con los precios alemanes, estaba permitido tener en cuenta, y en su caso, en qué medida, los descuentos que concedían los minoristas, por ejemplo, en la venta de una clase determinada de magnetófono, contrariamente a lo afirmado por Grundig. Los elementos que tengo a mi disposición no me permiten dilucidar, con exactitud, todas estas cuestiones controvertidas, todas ellas igualmente importantes, hasta tal punto que sería necesario acordar la práctica de una prueba pericial, si fuera imposible resolver el asunto sobre otras bases (y esto es lo que creo).

Así pues, por ejemplo, no parece que exista discrepancia alguna sobre el hecho de que los precios al por menor sean los mismos en Francia para los aparatos Grundig, tanto si su suministro lo realiza Consten como los importadores paralelos. Por consiguiente, la existencia de importaciones paralelas, que la Comisión considera necesarias, no supone que los precios al consumo sean más favorables; tiene incluso por consecuencia

que se sirva a los consumidores más deficiientemente, si verdaderamente, como afirma Consten (en su caso se debería probar convenientemente), dicha sociedad presta mejores servicios, en razón de un servicio posventa y de garantía seguro, de unas amplias existencias y del abastecimiento de la totalidad del mercado francés. Incluso es posible que si se multiplican las importaciones paralelas, y por lo tanto, si se explota el mercado de un modo menos planificado y menos intensivo de lo que lo explota Consten, las ventas se desarrollen menos favorablemente con lamentables repercusiones sobre las condiciones de producción y la formación de los precios del productor.

Pero incluso dejando aparte lo anterior, considero que son importantes otros dos motivos de infracción de las partes demandantes. Imputan a la Comisión, esencialmente, haber sacado sus conclusiones sobre la participación en el beneficio, de las investigaciones relativas a un magnetófono (el aparato TK 14) que representa un porcentaje insignificante en el volumen de negocios total de Consten (1,9 %). Las averiguaciones de la Comisión se basan esencialmente en una nota bastante general de la Bundeskartellamt alemana, así como en un informe del ministère des affaires économiques francés, que resalta expresamente que se emitió en unas «condiciones de rapidez que pueden ser causa de algunas lagunas». Los únicos elementos diferentes utilizados en el procedimiento consisten en algunas indicaciones de Consten sobre otro magnetófono (el aparato TK 46), un receptor portátil y un radio magnetófono, sobre cuyas indicaciones la parte demandante Grundig manifiesta no haber podido realizar manifestaciones.

Efectivamente, ello constituía una base demasiado limitada para la investigación. Por lo tanto, con razón las partes demandantes se esforzaron, en el curso del procedimiento seguido ante la Comisión, para que se ampliase el ámbito de investigación, llamando la atención, particularmente, sobre las condiciones del mercado de los televisores y de los receptores portátiles, en dónde la competencia es especialmente intensa. Ello no se produjo y debemos considerar que se trata de un error. La Comisión no puede justificarse a sí misma sobre el particular, alegando que la propia Grundig calificó de perfecto «best-seller» al magnetófono TK 14 y que, de acuerdo con la información del Bundeskartellamt, este aparato era el modelo *más común*: en efecto, precisamente ello resalta el hecho de que dicho aparato ocupa un lugar especial en el mercado. Tampoco puede servirle de apoyo la referencia a las manifestaciones del ministère des affaires économiques francés, ya que de la apreciación del mismo a tenor de la cual «ni que decir tiene que los porcentajes revelados se aplican a todos los tipos de aparatos» no es posible inferir que el aparato de que se trate sea efectivamente *representativo* del conjunto de la producción de Grundig.

Esta crítica justificada da lugar a otro motivo de infracción. Debe reconocerse que es raro ver a la Comisión basarse en indicaciones que datan de dos años antes de la adopción de la Decisión. No debe olvidarse que, en el procedimiento relacionado con las prácticas colusorias, dicha Institución debe ofrecer una apreciación igualmente válida para el futuro, es decir, que debe intentar hacer un pronóstico; y para tal fin, evidentemente debería esforzarse en seguir la evolución económica real en el mercado de que

se trate hasta una época más próxima a su decisión que las indicaciones efectivamente tomadas en consideración en el caso de autos. La Comisión no puede replicar que su apreciación igualmente tiene interés para la resolución de dos procedimientos franceses, en relación con los cuales importan las circunstancias existentes en el momento de interponer la acción, puesto que su misión principal no consiste en ayudar a resolver los procedimientos de carácter nacional. Al menos, si lo hace, no debe ignorar los intereses legítimos de las empresas que son partes de un acuerdo, y en su caso, ello puede llevarla a matizar su Decisión. Manifestar que la situación económica general y la estructura del sector examinado no se han modificado desde la investigación tampoco permite descartar el motivo de infracción de las partes demandantes. En realidad, según parece, en el marco de una tendencia generalizada a la baja de los precios de los aparatos Grundig, hubo constantes reducciones de precios, que, en su caso, podían poner de manifiesto, desde otro enfoque, la cuestión de la *equitativa* participación en el beneficio (incluso desde el punto de vista de la Comisión), y ello, aun en el caso de que esta última crea poder apreciar que, no obstante (en 1964) subsistían considerables diferencias de precios en relación con la situación en Alemania (esta vez, por lo demás, en cuanto al magnetófono TK 46). Por otra parte, cuando la Comisión considera que las reducciones de precios no pueden atribuirse ni al contrato de exclusiva ni a la actividad de Consten, su afirmación de un carácter tan general, es ciertamente inaceptable. Es perfectamente posible que la concentración de la oferta en una sola mano, es decir, la explotación intensiva del mercado por Consten, con inclusión de los pedidos con carácter anticipado que el contrato de exclu-

siva obligaba a cursar, haya tenido repercusiones sobre las condiciones de producción y, por lo tanto, también sobre la formación de los precios de Grundig. Si la Comisión hubiera albergado alguna duda, sobre este particular debiera al menos haber accedido a la petición de las partes demandantes de realizar una investigación económica. No podía negarse a ello basándose en el hecho de que dicha evolución de precios podía atribuirse, sobre todo, a la influencia del importador paralelo UNEF, porque, evidentemente, ya habían empezado las reducciones de precios antes de su llegada al mercado francés y principalmente se referían a unos aparatos que debido a su componente técnico concreto, sólo los vendía Consten (televisores). Incluso dejando aparte lo anterior, es imposible que la influencia de UNEF sobre la formación de los precios haya sido importante: una comparación entre las cifras de negocios lo pone claramente de relieve. Por último, la Comisión no podía limitarse a afirmar que la evolución de precios de la que hemos hablado fuera desdeñable, por creer que era de carácter provisional, ya que pensaba que las partes tenían la intención de actuar con flexibilidad en el mercado sólo durante el procedimiento administrativo. Esta manifestación debería haberse podido apoyar sobre una apreciación precisa de la situación del mercado. Además, el Derecho de la competencia ofrece a la Comisión los medios eficaces para hacer frente a estos eventuales temores.

Por consiguiente, también en el marco del criterio de la «participación en el beneficio» debe señalarse que la Comisión cometió un conjunto de errores o de omisiones importantes, que ciertamente deben tenerse en cuenta al apreciar la Decisión impugnada

(en tanto en cuanto puede estar en relación con la aplicación del apartado 3 del artículo 85).

c) Criterio relativo al carácter indispensable

La principal razón alegada por la Comisión para denegar la exención prevista en el apartado 3 del artículo 85, es que las restricciones que resultan del contrato de venta en exclusiva, más concretamente, la garantía de la protección territorial absoluta, no eran *indispensables* para alcanzar los efectos de mejora que son consecuencia del acuerdo.

Examinaré más de cerca tanto esta tesis como las deducciones destinadas a servirle de apoyo.

Ante todo (lo ha manifestado el Gobierno federal), debe reconocerse que la Comisión planteó el problema indebidamente, es decir, interpretó erróneamente el criterio del «carácter indispensable». En efecto, según los considerandos de la Decisión hay que preguntarse si, incluso sin protección territorial absoluta, Consten estaría en condiciones de *explotar intensivamente* el mercado francés. Esta forma de expresarse parece efectivamente indicar que la Comisión se limitó a apreciar que a falta de protección territorial, sería posible obtener *determinadas* mejoras de la distribución y de la producción. Pero, debe replicarse, con el Gobierno federal, que la única cuestión que puede ser decisiva es la de si, precisamente sin el pacto sobre protección territorial, es posible obtener, de la misma manera, en la misma medida y con la misma intensidad, las mejoras que el acuerdo celebrado permite obtener y que se consideran útiles para el conjunto de la economía y dignas de pro-

tección. Por lo tanto, el tenor literal de la Decisión permite reprochar a la Comisión una concepción errónea de la aplicación del apartado 3 del artículo 85, lo cual basta para afirmar que también es ilícita esta parte de la Decisión.

Sin embargo, no me detendré en esta crítica, por lo que paso a examinar pormenorizadamente las consideraciones de la Comisión, que, en definitiva deben permitir determinar si su apreciación es correcta.

La Comisión reconoció que los factores siguientes podían contribuir a mejorar la distribución y la producción: el compromiso de Consten de cursar pedidos con carácter anticipado, su servicio de garantía y su servicio de posventa. Examinaré pues si estos factores pueden tener sus efectos de mejora incluso a falta de protección territorial.

aa) *Pedidos con carácter anticipado*

Es indudable que los pedidos con carácter anticipado, es decir, los pedidos en firme de ciertas cantidades, cursados en un momento determinado anterior al suministro, son idóneos para mejorar la producción, dado que los mismos permiten un programa juicioso de producción y la explotación racional de los medios de producción. De esta forma, gracias a la disminución de los costes, implican igualmente una formación favorable de los precios. Sin embargo, puede ser puesta en duda, en varios sentidos, la idea de que serían posibles estos pedidos con carácter anticipado en la misma medida y con la misma eficacia a falta de protección territorial absoluta.

Ante todo, sobre el particular no es posible reconocer sin más como decisiva la comparación que la Comisión propone con la situación de otros países. En relación con el mercado *alemán*, las partes demandantes niegan tajantemente que en el mismo exista la práctica de cursar pedidos en firme por adelantado, a falta de protección territorial. De acuerdo con sus manifestaciones, en la República Federal, tan sólo las sucursales de la sociedad Grundig están obligadas a cursar pedidos con carácter anticipado en el sentido propio de la expresión. A cada una de ellas se atribuye un territorio, cuyos límites se respetan. Se protege a las mismas de las influencias exteriores mediante las prohibiciones de exportación que se imponen a los concesionarios extranjeros. El escrito que Grundig dirigió a la Comisión el 23 de abril de 1964 no permite sacar una conclusión distinta, ya que, en relación con las operaciones de los *mayoristas* alemanes, tan sólo se mencionan pedidos («Dispositionen») corrientes en el sentido comercial normal. Por consiguiente, sin otras aclaraciones, no es posible reconocer que la referencia que la Comisión hizo a la situación en Alemania constituya un argumento decisivo.

En mi opinión, lo mismo puede decirse en cuanto a la vaga referencia que hace a las experiencias en otros países de la Comunidad. La Comisión no nos ofreció ninguna precisión sobre el particular; por otra parte, no probó como debía, que la situación de los mercados era comparable.

Si, independientemente de estas importantes objeciones, se pregunta como se desarrollarían los pedidos con carácter anticipado de

un representante exclusivo en el caso en que se admitieran importaciones paralelas (y las últimas podrían muy bien multiplicarse e intensificarse en relación con la situación actual), no me cabe la menor duda de que el representante exclusivo se vería forzado a actuar con gran moderación. Actualmente ya le resulta muy difícil realizar un pronóstico sobre la evolución del mercado, a causa de la mera existencia de productos similares de empresas competidoras y de las fluctuaciones en las preferencias de los consumidores; estas dificultades aún aumentarían considerablemente si aparecieran importadores paralelos, y ello, incluso si entre ellos no se encontraran aventureros siempre dispuestos a pasar de una marca a otra. Ahora bien, la incertidumbre y la moderación en los pedidos con carácter anticipado influyen forzosamente sobre el programa de producción, siendo posible que de esta forma las mismas influyan sobre los precios y la distribución.

Es evidente que el productor no encuentra el perfecto paliativo a estos inconvenientes en los pedidos que cursan otros mayoristas, de los que se abastecen los importadores paralelos, ya que, hasta cierto punto este tipo de relaciones de negocios presenta siempre una falta de estabilidad, que impedirá que el mayorista interesado curse constantes pedidos. Tampoco alcanzo a comprender cómo un descuento que acordara el productor podría hacer que el representante exclusivo mantuviera sus pedidos con carácter anticipado a su nivel original (por lo demás, no es seguro que se pueda efectuar dicho descuento, habida cuenta de que no se toman en consideración algunos gastos referentes al equipo técnico de los aparatos destinados al mercado francés); en efecto, la

valoración de la importancia de los pedidos con carácter anticipado depende exclusivamente de la apreciación de las condiciones del mercado: ahora bien, incluso después de un descuento, éstas se caracterizan por la inestabilidad inherente a las importaciones paralelas. De la misma forma, no se deberá minimizar los riesgos de los pedidos con carácter anticipado afirmando que en caso de error en los pedidos cursados para una temporada (por ejemplo, un ejercicio social), el representante exclusivo puede obtener una compensación mediante la reducción de las compras en firme para la temporada siguiente, dado que semejante compensación no constituye la regla; a menudo resulta imposible por haberse mejorado o modificado el equipo que integra el producto, de forma que los consumidores consideran obsoletos los artículos objeto de anteriores suministros. Por último, tampoco es posible en este ámbito afirmar seriamente la posibilidad de descartar el peligro de importaciones paralelas mediante una reducción de los precios aplicada por el representante exclusivo, dado que en cada formación de precios existirán factores de perturbación. Además, no se sabe hasta que punto pueden ir las reducciones de precios que tengan dicho efecto sin poner en peligro los demás servicios (de garantía y posventa) que están incluidos en el precio de Consten, es decir, un factor que, en opinión de la Comisión, también puede producir un efecto de mejora.

Por consiguiente, entiendo que no son convincentes las consideraciones formuladas por la Comisión sobre el problema de los pedidos con carácter anticipado o que, al menos, exigen aclaraciones adicionales sobre determinados extremos.

bb) *Servicio de garantía y posventa*

Con respecto al servicio de garantía y posventa la Comisión considera igualmente que, incluso si se permiten las importaciones paralelas, es posible realizar dicho servicio de un modo satisfactorio, en otras palabras, que ello no debe ir en detrimento de la reputación de la marca ni de la venta de los productos designados con dicha marca.

Sin embargo, en relación con el servicio posventa y de garantía que presta un importador paralelo que ya esté introducido en el mercado actualmente, al que alude dicha Institución, no sólo se discrepa sobre si se trata de prestaciones equivalentes a las de Consten (las partes demandantes lo niegan rotundamente), sino que el documento emitido por el Ministerio francés ofrece ciertos indicios que permiten afirmar que, desde el punto de vista de la extensión de la garantía, centros de reparación y existencias de piezas de recambio, este importador paralelo (que vende igualmente productos de otros fabricantes) resulta estar en inferioridad de condiciones en relación con los servicios que presta Consten, en una medida tal que no puede carecer de importancia para la reputación de la marca Grundig. Ello podría ser aún más cierto para los importadores paralelos de menor envergadura, que representan varias marcas.

Por lo tanto, lo único que puede preguntarse es si está permitido exigir a un representante exclusivo que, en interés de la marca, preste un servicio posventa impecable y ofrezca una garantía satisfactoria, incluso para los aparatos que no pasan a través de su sistema de ventas. Es patente que la Comisión considera que esto es posible, con

la condición de que los gastos del servicio de garantía vayan a cargo de Grundig, mientras que, para el servicio de posventa que se obtiene mediante contraprestación, considera que para la empresa se trata de una actividad normal, que presta incondicionalmente, incluso para los aparatos que no ha distribuido.

Sin embargo, me parece dudoso que pueda justificarse este punto de vista. Aquí igualmente, ante todo debe preguntarse acerca de las posibilidades objetivas de que Grundig asuma los gastos adicionales, y ello en relación, no sólo con los clientes franceses sino también con los clientes extranjeros en general. Las consideraciones meramente hipotéticas de la Comisión, que no se hallan fundadas en cálculos económicos, no pueden utilizarse aquí para sustituir el régimen de relaciones entre las dos partes demandantes, basado en cálculos de gestión de las empresas. Se plantea una segunda cuestión: Está permitido exigir a Grundig que gratuitamente preste servicios de garantía para los productos cuyo sistema de venta no puede controlar en modo alguno, y que, por lo tanto, pueden haber sufrido un trato inadecuado a causa de la intervención de varios revendedores no especializados. Por último, en relación con el servicio de posventa a título oneroso, que, sin más justificaciones, la Comisión considera «una actividad normal para una empresa», no sólo debería verificarse si, efectivamente, se encuentra ya totalmente desarrollado (por ejemplo, también en las regiones periféricas del mercado francés), sino que particularmente se debería preguntar también si en realidad, en caso de multiplicación de las importaciones paralelas, es decir, en el caso de disminución de su propio volumen de ventas, un representante exclusivo seguirá estando

dispuesto, en las mismas circunstancias, a dedicarse al negocio poco interesante que para él representa el servicio de reparaciones de aparatos que no ha importado.

Por lo tanto, debo señalar que, también en cuanto al problema del carácter indispensable de la protección territorial, se plantean importantes objeciones en relación con los factores examinados por la Comisión.

cc) *Pero a ello se añade el hecho de que las consideraciones de la Comisión son incompletas*

En cuanto a la obligación de Consten de asumir y financiar la publicidad, ya he indicado la posibilidad de que también en el presente asunto este problema revista importancia. Una vez planteada esta cuestión, no cabe la menor duda de que se debilitará el interés de cualquier representante exclusivo en llevar a cabo una eficaz publicidad en cuanto se dé cuenta de que de sus esfuerzos se aprovechan igualmente los importadores paralelos, sin que éstos incurran en costes especiales.

Por otra parte, cabrá aún preguntarse acerca de los problemas de la *observación y apertura del mercado*, y ello a pesar de que las demandantes no los hayan planteado en el curso del procedimiento administrativo: en efecto, por así decirlo, tales problemas constituyen consideraciones económicas evidentes.

Por lo que a la observación del mercado se refiere, es indudable que, dado su carácter técnico, la misma influye sobre la evolución de la producción, es decir, que tiene un

efecto de mejora en el sentido del apartado 3 del artículo 85. Los organismos especializados raramente realizan tal labor de forma tan fiable y económica como la red de ventas de un concesionario exclusivo. Casi no es posible suponer que no se resentirá con la admisión de importaciones paralelas. Un importador paralelo no cumplirá tan bien esta tarea. En cuanto a si el representante exclusivo seguirá imponiéndose el mismo esfuerzo si sus ventas disminuyen, parece dudoso.

Por último, en relación con el problema de la apertura del mercado, ya he dicho que se debería empezar por verificar si realmente se ha concluido la misma en la totalidad del territorio objeto de concesión a favor del distribuidor exclusivo. No debe olvidarse que la cifra de negocios de Consten sólo creció considerablemente después de la liberalización de las importaciones en los años 1961/1962 y que, sólo a partir de dicho momento dio comienzo una publicidad intensa y costosa según las indicaciones aportadas en el curso del procedimiento. Es indiscutible que, a menudo el productor no puede asumir por sí mismo semejante actividad en un mercado ampliado. Sin embargo, un concesionario exclusivo se atreverá a asumir los importantes gastos que la misma implica sólo si tiene satisfactorias perspectivas de amortización [idea que, por ejemplo, la letra f) del artículo 3 del Tratado CECA expresa claramente). Al menos para un determinado período transitorio (pero no a largo plazo, como supone la Comisión), podría igualmente pues justificarse una protección eficaz del distribuidor exclusivo desde este punto de vista. El expediente no contiene ninguna precisión sobre el particular, lo que impide que formulemos otras consideraciones. Pero no queda descartado

que igualmente esté justificado el motivo de infracción de las partes demandantes en relación con este problema.

d) Conclusión provisional

En resumen, no es posible dar un total apoyo al punto de vista de la Comisión para ninguno de los criterios señalados en el apartado 3 del artículo 85, que se han tenido en cuenta para adoptar la Decisión. Ello equivale a afirmar que las conclusiones de mi examen a las que he llegado hasta este punto bastan por sí solas para demostrar igualmente la ilegalidad del artículo 2 de la Decisión impugnada.

3. ¿Debería haber considerado la Comisión una exención parcial o condicional o una exención sujeta a determinadas cargas?

Si se considera (tengo que subrayar, con carácter de mera hipótesis) que no era posible conceder una exención en razón de la protección territorial absoluta establecida en el acuerdo, se plantea la cuestión de si, en la medida en que la Comisión había afirmado que se cumplían los requisitos para la aplicación del apartado 1 del artículo 85, habría sido necesario considerar una exención, bien parcial, bien sujeta a condiciones o cargas (véase el artículo 8 del Reglamento n° 17) para la parte restante del acuerdo.

Sobre el particular debo señalar que desde la perspectiva del apartado 3 del artículo 85 la Decisión no examinó ni los compromisos de compra y de venta contenidos en el acuerdo de exclusiva, ni la prohibición de exportar que se impone a los *Établissements* Consten, lo cual, puede permitir que se

infiera que, sobre el particular, no había nada censurable a juicio de la Comisión (al menos en lo que a los compromisos de abastecimiento y venta se refiere).

a) Falta de motivación

A propósito de esta cuestión, ante todo se puede preguntar si la Decisión adolece de un vicio de forma; en efecto, en realidad la misma no contiene ninguna indicación en relación con la idea de una exención parcial. Me inclino a dar una respuesta afirmativa a dicha cuestión, y ello, tanto si se considera que existe una obligación absoluta de conceder exenciones parciales, como si se reconoce en favor de la Comisión una facultad de apreciación en este ámbito. Precisamente en caso de que se ejerza la facultad de apreciación interesa conocer cuáles son las consideraciones que causaron la determinación de la Comisión para poder comprobar si hizo un uso correcto de dicha facultad.

b) ¿Existían razones imperiosas para que la Comisión considerara una exención parcial o una exención sujeta a cargas o condiciones?

En realidad, el fondo del problema es más importante que su aspecto formal.

Ante todo, en cuanto a la *prohibición de exportar* impuesta a Consten, la Comisión se limitó a manifestar su desconocimiento de factores que le permitieran pensar que, en otros Estados miembros a cuyos mercados se refiere la prohibición, hubieran existido circunstancias que forzosamente debían entrañar una apreciación distinta de la que exigía la situación del mercado francés. Sin embargo, no es ciertamente posible

estar de acuerdo con ella sobre el particular, ya que nada le permitía considerar que la situación era similar en todos los mercados europeos, sin haber efectuado la menor verificación específica y sin haber intentado obtener las mínimas aclaraciones.

Del mismo modo, sobre el particular no debe aceptarse el razonamiento de la Comisión de que en razón de los diferentes procesos nacionales para los cuales su opinión tenía importancia, no tenía obligación de considerar una exención parcial para el acuerdo de venta en exclusiva. Es evidente que dicha Institución debía tener en cuenta el hecho de que algunos Tribunales nacionales acordaron suspender el curso del procedimiento a la espera de su Decisión. Sin embargo, de ser necesario, debería haber matizado su apreciación en dichas circunstancias. En cualquier caso, los procedimientos judiciales nacionales no podían hacer que ignorara sin más los intereses dignos de protección de las empresas que eran parte del acuerdo de exclusiva.

A decir verdad, aún es preciso probar que dichos intereses existían. Sobre el particular la Comisión mantiene la tesis de que durante el procedimiento, las partes interesadas no demostraron suficientemente que tenían interés en que se mantuviera parcialmente el acuerdo de exclusiva, sino que, por el contrario, en todo momento destacaron el interés esencial que para las mismas representaba el mantenimiento de todos los elementos del acuerdo, especialmente la protección territorial absoluta.

Pero esta observación no es suficiente. Carece de toda importancia el hecho de que las partes demandantes, con carácter subsi-

diario, no hayan solicitado una exención parcial. Tan sólo estamos en la fase inicial del desarrollo de un Derecho comunitario en materia de prácticas colusorias, en la que las formalidades de carácter procedimental requieren aún una mayor precisión. Deberá esperarse a que la práctica administrativa se haya desarrollado suficientemente para, en su caso, poder sacar consecuencias decisivas de la falta de solicitudes de carácter subsidiario. Por lo demás, la Comisión no debió sacar consecuencias en perjuicio de las partes demandantes del hecho de que, en el curso del procedimiento administrativo, éstas insistieran sobre la necesidad de la protección territorial absoluta, en otras palabras, de que, en su integridad, defendieran el acuerdo que las mismas celebraron. Es comprensible que se defienda un acuerdo del modo más favorable posible, precisamente a causa de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 85, de acuerdo con el cual, es preciso que las restricciones a la competencia sean *indispensables* para obtener un determinado efecto de mejora. Sin embargo, la postura de las partes demandantes durante el procedimiento administrativo, no significaba necesariamente que, de ninguna forma, las mismas no estuvieran dispuestas en ningún caso a mantener el acuerdo con modificaciones, ni que no les fuera posible hacerlo. Existe un elemento importante que, especialmente, impide creer que ello sea así: el párrafo segundo del artículo IX del contrato de exclusiva, a tenor del cual las partes convienen en mantener el acuerdo incluso en caso de nulidad de algunas de sus cláusulas.

Por consiguiente la *postura de las partes demandantes* no permitía que la Comisión considerara inútil examinar la posibilidad de

conceder una exención de una manera limitada.

Admitiendo lo anterior, antes de preguntarse qué debía impulsar a la Comisión a considerar una exención parcial o sujeta a condiciones o cargas, debe apuntarse la necesidad de aplicar, en toda la medida de lo posible, el Derecho de la competencia con prudencia y moderación al inicio de su desarrollo. En relación con el Derecho de la competencia regulado en el Tratado CEE, refuerza dicha necesidad la posibilidad de una exención retroactiva en caso de notificación hecha a su debido tiempo. En cuanto a lo que se ha dado en llamar los antiguos acuerdos de colusión, puede producirse dicho efecto retroactivo más allá de la fecha de notificación. Sin embargo, en el caso de que se deniegue la exención y de que, posteriormente se notifique a la Comisión un acuerdo modificado a efectos de un nuevo examen, el efecto retroactivo no puede tener lugar en la misma medida. En el caso de autos, a ello se añade el hecho de que se trata de un acuerdo de venta en exclusiva, es decir, de un tipo de convenio con respecto al cual, de forma general, el nuevo Reglamento n° 19/65 prevé la posible exención de la aplicación del apartado 1 del artículo 85, siempre que reúna determinados requisitos. También esta exención puede concederse con efecto retroactivo, si el acuerdo se notifica a su debido tiempo. La exención por categorías puede incluso aplicarse a acuerdos en los que no concurren los criterios específicos previstos para la exención, con la única condición de que se modifiquen las cláusulas en un plazo determinado de la manera que disponga la Comisión (véase el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n° 19/65). A causa de esta situación de hecho y de Derecho, efectivamente

debe considerarse que la total denegación de una exención individual, en el caso del acuerdo de las partes demandantes, las perjudica injustamente.

La Comisión no puede replicar que no quiso imponer a las partes interesadas la obligación de modificar su contrato. No cabe ni hablar de ello, al menos en el supuesto de exención bajo condiciones, que deja a las partes en libertad de ejecutar o no el contrato en su forma limitada. La alegación del hecho de que durante el procedimiento administrativo, se informó a los interesados de un modo suficientemente claro que no podían esperar una exención para la protección territorial tampoco puede servir de justificación para la Comisión. Las manifestaciones a las que se hace referencia proceden exclusivamente de funcionarios: por lo tanto, no constituían una comunicación que emanara de la propia Comisión y que la vinculara. En mi opinión, no está permitido exigir que, basándose únicamente en semejantes indicaciones, las partes renuncien a un tipo de contrato que se considera útil y necesario y que se utiliza en numerosos países. Tal como observó el Gobierno federal, a fin de cuentas, ello redundaría en una disminución de la protección jurídica, ya que, de acuerdo con el planteamiento de la Comisión, la única elección que quedaría en manos de los interesados, consistiría, en adoptar las sugerencias de los servicios de la Comisión (y de esta forma, renunciar a comprobar si su contrato está incluido en el artículo 85, en el supuesto de que no sea modificado), en esforzarse para que la Comisión adopte una Decisión y, entonces aceptar que pueda denegarse la exención para la totalidad del contrato, mientras que tan sólo pueden censurarse algunos de sus elementos desde la perspectiva del Derecho

de la competencia. Por último, sobre el particular, la Comisión no puede referirse a otras manifestaciones públicas (su comunicación relativa a determinados acuerdos de distribución en exclusiva de 9 de noviembre de 1962; su propuesta de Reglamento nº 19/65), de las que cabría deducir que la misma considera desde mucho tiempo que la protección territorial absoluta pactada en los contratos de exclusiva es incompatible con el Tratado. Se trata aquí únicamente de manifestaciones generales que, en parte, no tienen carácter vinculante, sin que una empresa determinada pudiera cerciorarse de su corrección mediante un procedimiento judicial. Por otra parte, no descartan la posibilidad de que la Comisión se aparte de su opinión de principio en el momento de examinar tal o cual supuesto concreto.

Por consiguiente, considero que, aun admitiendo que en todos los casos no hay obligación de conceder las exenciones parciales o exenciones sujetas a cargas o condiciones, no puede aprobarse la postura de la Comisión en el caso de autos, ya que ella ni siquiera pensó en la posibilidad de mantener el contrato de venta en exclusiva que debía apreciar, mediante el reconocimiento de la validez, como mínimo, de algunas de sus partes.

Esta crítica se añade a los demás motivos de infracción articulados con respecto al artículo 2 de la Decisión, y refuerza mi opinión de que también debe anularse esta parte de su dispositivo.

III. *Artículo 3 de la Decisión impugnada*

Por último, siempre con carácter subsidiario (es decir, en el supuesto de que, en principio, el apartado 1 del artículo 85 pudiera

resultar de aplicación al presente asunto), debo abordar el examen del artículo 3 de la Decisión, en cuya virtud la Comisión ordenó determinadas obligaciones en cuanto al comportamiento futuro de las partes demandantes. Como ya sabemos, se les impone la obligación de abstenerse de cualquier actividad «que tienda a perturbar o a obstaculizar las adquisiciones que los terceros puedan hacer, por voluntad propia, de mayoristas o minoristas domiciliados en la Comunidad Económica Europea, de los productos a que se refiere el contrato, para su reventa en el territorio objeto del mismo».

También en dicha prohibición se basan algunos motivos de infracción de las partes demandantes, y de las coadyuvantes que apoyan sus pretensiones, y ello desde diversos puntos de vista.

1. Ante todo debe examinarse el contenido de las facultades que ostenta la Comisión en virtud del artículo 3 del Reglamento nº 17 para, mediante Decisión, obligar a las empresas interesadas, al cese de la infracción de lo dispuesto en el artículo 85, que haya sido declarada. Al parecer, las partes demandantes entienden que sólo el *hecho de celebrar* un acuerdo constituye una infracción a efectos de dicha disposición, y que, por consiguiente, cesar la actividad infractora tan sólo puede consistir en restablecer la libertad de acción de las partes. Sin embargo, es evidente que ello equivaldría a reconocer un sentido demasiado restringido a dicha disposición: en realidad, en última instancia perdería su razón de ser, dado que el restablecimiento de la libertad de acción ya es consecuencia de la declaración de la infracción de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, la cual comporta la nulidad de pleno Derecho a tenor del apartado 2 del

artículo 85. El ejemplo de las prácticas concertadas demuestra que el artículo 3 del Reglamento nº 17 va más lejos: no suponen ningún compromiso de carácter jurídico y por consiguiente, no puede hablarse de restablecer la libertad jurídica de acción. También los problemas que se refieren al Derecho de marcas, que se plantean en el caso de autos demuestran que la mera anulación de un vínculo obligatorio no basta para satisfacer las necesidades del Derecho de la competencia. Por consiguiente, si se entiende bien, el artículo 3 del Reglamento nº 17 permite ordenar la abstención de todo aquello que permita *ejecutar* un acuerdo incompatible con el artículo 85, dado que, el Derecho de la competencia quedaría incompleto si no fuera posible tales órdenes o prohibiciones. Con arreglo a este principio, la norma sancionadora recogida en el artículo 15 del Reglamento nº 17 debe comprenderse en el sentido de que debe considerarse como infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85, no sólo la celebración de un acuerdo sino todos los actos que, sin tener en cuenta la prohibición de la Comisión, se realizan con la intención de permitir la ejecución de un acuerdo que se haya declarado contrario al Tratado.

2. Partiendo de esta interpretación, debemos preguntarnos, en concreto, si la prohibición contenida en el artículo 3 de la *Decisión* sigue estando comprendida dentro de los límites determinados por el objetivo del Derecho de la competencia. Las partes demandantes consideran que en absoluto y que, por el contrario, debe censurarse a la Comisión por no haber puesto límites a su prohibición, dado que se basa simplemente en el efecto y en el resultado de determinados actos y porque de esta forma (al igual que un legislador) regula para el futuro el

comportamiento *individual* de los interesados en el mercado. Si bien es preciso abstenerse de cualquier acción que tienda a perturbar o incluso simplemente a obstaculizar la importación en Francia por las terceras empresas, el texto de la Decisión permite temer que ésta se refiere igualmente a una conducta de las partes que nada tiene que ver con el objetivo de los acuerdos examinados desde el punto de vista del Derecho de la competencia. El Gobierno federal nos ha dado ejemplos de prácticas a las que podría referirse la prohibición (regulación de las ventas una vez terminada la eficacia del acuerdo; cesión del derecho a vender a favor de sucursales propias o de representantes comerciales de Grundig; medidas de ejecución forzosa, justificadas exclusivamente por razones de carácter financiero; actos de utilización de la marca por la sociedad Grundig sobre la de la marca «grundig»; rebajas de precios para luchar contra las importaciones paralelas; reforma del sistema de distribución mediante la utilización tan sólo de comerciantes especializados, etc.). Sin embargo, la Comisión solamente tendría potestad de prohibir semejantes medidas con arreglo al artículo 86, en el supuesto de que existiera una posición dominante en el mercado.

Es efectivamente innegable que el texto de la *parte dispositiva* de la Decisión permite una interpretación tan amplia. Tampoco puede negarse que el artículo 85 no otorga a la Comisión tan amplias facultades para dar instrucciones en relación con la conducta independiente de las empresas en el mercado (la misma, por lo demás, admite este extremo). Manifestó expresamente que simplemente tuvo intención de prohibir los actos que se realizan según el acuerdo previsto para su ejecución. En este sentido

es preciso entender los considerandos de su Decisión, que se limitan a censurar la cláusula de la protección territorial absoluta y las medidas destinadas a asegurar dicha protección. Ciertamente no existe razón alguna para dudar de la sinceridad de estas afirmaciones y de las intenciones ínsitas en las mismas. No obstante, queda por decir que, considerando el categórico tenor del artículo 3 de la parte *dispositiva* de la Decisión, por medio de sus *considerandos* no resulta fácil llegar a la interpretación que la Comisión considera evidente. En cualquier caso, es tal la incertidumbre que se crea con ello para las empresas interesadas que es censurable la forma como se redactó dicha parte dispositiva. En razón de las sanciones que prevé el artículo 15 del Reglamento nº 17 y que deben aplicarse igualmente a las infracciones de las prohibiciones que establezca la Comisión en materia de prácticas colusorias, no se trata tan sólo de motivos de infracción que quedan enervados una vez obtenida la aclaración de la Comisión; al contrario, habida cuenta del principio de la seguridad jurídica, a cuya observancia las partes tienen derecho, en el procedimiento referido a las prácticas colusorias estoy obligado a afirmar que el artículo 3 de la Decisión es ilegal, por los motivos que ya he expuesto.

Por otra parte, sobre el particular es preciso además tener en cuenta las siguientes consideraciones.

El artículo 3 de la Decisión prohíbe a Grundig asegurarse del cumplimiento de las prohibiciones de exportar impuestas a sus concesionarios domiciliados en otros Estados miembros y terceros países. Sobre el particular, la demandante alega que la Comisión no puede exigir que la misma

renuncie a aplicar los pactos que no hayan sido objeto del procedimiento y con respecto a los cuales la Comisión no haya declarado que infringen lo dispuesto en el artículo 85 del Tratado.

Si sobre el particular la demandante aludiera tan sólo a una violación de su propio derecho de audiencia previa, no sería posible aceptar esta tesis: en efecto, es evidente que la protección territorial absoluta garantizada por las prohibiciones de exportación ha sido objeto del procedimiento y, por consiguiente, de una audiencia. Por el contrario, su crítica no parece desprovista de fundamento cuando alude a una violación de las normas de fondo y del derecho a la audiencia previa de otros interesados, que es el caso de los mayoristas alemanes, que, prácticamente son los únicos a tener en cuenta. Efectivamente, debe ser motivo de censura desde el punto de vista del Derecho de la competencia el hecho de que la Comisión renuncie a verificar si determinados pactos son compatibles con el artículo 85, aunque impone la obligación de abstenerse de ejecutarlos y llevarlos a efecto, por lo que queda afectada la existencia de dichos pactos en cuanto al fondo. En mi opinión, como mínimo, ello exige que los concesionarios interesados intervengan en el procedimiento y sean oídos en el curso del mismo. La Comisión no puede replicar alegando que prohibir la aplicación de las prohibiciones de exportar equivale tan sólo a liberar de una carga a los concesionarios establecidos en otros Estados miembros y, por lo tanto, no constituye un perjuicio para sus derechos. Tal como ya lo he destacado en otra ocasión, no debe perderse de vista que los pactos relativos a la prohibición de exportar son elementos esenciales de un sistema de distribución congruente, y que la

supresión de uno de estos elementos esenciales puede tener repercusiones sobre la existencia de la totalidad de los pactos. Al no haberles dado audiencia la Comisión en el caso de autos (cuya circunstancia no sólo debe examinarse a instancia de las partes demandantes sino también de oficio), igualmente la adopción del artículo 3 de la Decisión impugnada adolece de un grave vicio de procedimiento.

Un último motivo de infracción está relacionado con el anterior: se trata de aquel según el cual Consten alude a una discriminación prohibida, en la medida en que se le impone la obligación de no entorpecer las importaciones en Francia de otras empresas, mientras que esta obligación no se impone a los demás concesionarios establecidos en otros países, que, igualmente disfrutaban de una protección territorial absoluta, y a los que, por consiguiente, les es posible impedir que Consten importe en sus territorios concedidos. De esta forma se aplica el principio de la libertad de comercio entre los Estados miembros de un modo unilateral y en detrimento de los *Établissements Consten*. En

efecto es posible que los concesionarios domiciliados en otros Estados miembros, y cuyos acuerdos con Grundig, a pesar de haber sido modificados, todavía la Comisión no los ha examinado, puedan ampararse en dichos acuerdos para entorpecer la venta que Consten pueda realizar en otros Estados miembros. Por consiguiente la forma como se ha decidido en relación con el contrato de exclusiva Grundig-Consten puede tener un efecto discriminatorio. Ello demuestra que, para obrar correctamente, cuando aprecia un sistema de distribución en exclusiva, la Comisión no debe proceder por etapas sino que debe asegurarse de que la totalidad del sistema sea compatible con el artículo 85 (en todo caso, en tanto en cuanto se aplica en los Estados miembros de la Comunidad). En interés del respeto del principio de igualdad de trato, debe aceptarse el retraso que ello implica; además es dudosos que éste pueda ser considerable.

Por consiguiente, también el artículo 3 de la Decisión impugnada presenta vicios de forma y de fondo que exigen su anulación.

C. Recapitulación

En virtud de todo lo expuesto, mi conclusión es la siguiente: los recursos de las sociedades Grundig y Consten contra la Comisión de la Comunidad Económica Europea deben admitirse y declararse fundados. Por los motivos que ya he indicado, debe anularse la Decisión impugnada en todas sus partes y debe remitirse el asunto a la Comisión para un nuevo examen.

Dado que ha prosperado la parte esencial de las pretensiones de las partes demandantes, debe condenarse a la Comisión en las costas de aquéllas. Los gastos en que incurrieron las partes demandantes a causa de la intervención de UNEF y Leissner, que han apoyado las pretensiones de la Comisión, deben ir a cargo de

estas últimas. Por lo tanto, de acuerdo con la forma en que se ha desarrollado el procedimiento, parece indicado repartir el pago de las costas de las demandantes entre la Comisión y las dos partes coadyuvantes, en la proporción aproximada de 8 a 2. Considero que tan sólo la Comisión debe cargar con las costas de los Gobiernos de la República Federal de Alemania y de la República Italiana, que han intervenido en apoyo de las pretensiones de las partes demandantes, dado que no hubieron especiales debates entre dichos coadyuvantes y las sociedades UNEF y Leissner que intervinieron en apoyo de las pretensiones de la Comisión.