

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. JEAN-PIERRE WARNER

presentadas el 12 de marzo de 1980 *

Indice

— Introducción	702
— Acontecimientos que dieron lugar a la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1977	705
— La Decisión de 20 de diciembre de 1977	715
— Reacción de DCL ante la Decisión de 20 de diciembre de 1977	715
— Los extremos controvertidos en el presente recurso.	716
— La falta de notificación de las condiciones de precios por parte de DCL.	717
— El fondo de la solicitud de DCL para acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85	720
— Las cuestiones de procedimiento	728
— Conclusión	736

* Lengua original: inglés.

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Introducción

El asunto que nos ocupa hoy tiene por objeto un recurso interpuesto con arreglo al artículo 173 del Tratado CEE por la sociedad «The Distillers Company Limited» (en lo sucesivo, «DCL») contra una Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1977 (78/163/CEE, DO 1978, L 50, p. 16). Mediante dicha Decisión, la Comisión declaró que ciertas restricciones impuestas por DCL a la exportación de sus productos (whisky escocés, ginebra, vodka y Pimm's) a partir del Reino Unido a otros Estados miembros de la CEE constituyen infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y que no podían acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

DCL fue creada el 1877 mediante la fusión de 6 destiladores de whisky escocés. Cuenta hoy en día con más de 70 filiales y compañías asociadas cuyas actividades van más allá de la fabricación de bebidas alcohólicas; si bien la mayor parte de las operaciones comerciales del grupo sigue consistiendo en la producción y distribución de bebidas espirituosas.

38 de las filiales de DCL producen bebidas alcohólicas en el Reino Unido, de las cuales 32 destilan whisky escocés, 4 fabrican ginebra, 1 vodka y otra Pimm's. El volumen de negocios total del grupo DCL durante el

ejercicio clausurado el 31 de marzo de 1977 alcanzó las 847.172.000 UKL, de las cuales 732.053.000 UKL corresponden a la venta de bebidas (es decir, 507.473.000 UKL netas).

Las filiales de DCL que producen whisky escocés son propietarias de más de 50 marcas diferentes. Existen marcas corrientes entre las cuales las más importantes y las más conocidas son Johnnie Walker Red Label, Black & White, Haig White Label, Dewars, White Horse y Vat 69; también hay marcas de lujo, en particular Johnnie Walker Black Label, Haig Dimple y the Antiquary; hay igualmente whiskeys de malta. Del total de las ventas de whisky escocés realizadas por el grupo DCL, aproximadamente el 15 % lo son en el mercado del Reino Unido, cerca del 15 % en los otros Estados miembros de la CEE y el resto lo constituyen las exportaciones efectuadas al resto del mundo.

Según la Comisión, la cuota de mercado de whisky escocés de DCL representaba entre el 40 y el 50 % durante el período comprendido entre 1973 y 1977. DCL cuestiona dichas cifras. El cuadro que figura en la página 11 de su réplica indica que su parte de mercado acusó durante dicho lapso de tiempo una tendencia a la baja, pasando del 50 % al principio del período a poco más del 30 % a su término. En los demás países de la CEE, las respectivas cuotas del mercado correspondientes a DCL en 1975 eran las siguientes: 54 % en Bélgica y Luxemburgo, 47 % en Dinamarca, 35 % en Francia, 33 % en Italia y Alemania, 32 % en Irlanda y 29 % en los Países Bajos.

En el Reino Unido, los principales competidores de las marcas de whisky escocés propiedad de DCL y de hecho, las marcas más vendidas en el país, son Bell's (propiedad de Arthur Bell & Sons Limited, sociedad independiente) y Teacher's propiedad de una filial de Allied Breweries Limited). En la parte continental de la CEE, los principales competidores de Johnnie Walker Red Label, la marca más vendida, son Ballantine's (propiedad de una multinacional americano-canadiense, Hiram Walker & Company Limited) y J & B (propiedad del Grand Metropolitan Hotels Limited, que ejerce sus actividades en el sector de la industria cervecera y de la hostelería).

En cuanto a la ginebra, las principales marcas producidas por las filiales de DCL son Gordon's, Booth's y High and Dry. La cuota del mercado británico de la ginebra correspondiente a dichas filiales durante el período comprendido entre 1973 y 1975 alcanzaba aproximadamente el 70 %. En los demás países de la CEE, sus respectivas cuotas de mercado fueron estimadas del modo siguiente: 44 % en Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca; 30 % en los Países Bajos; 27 % en Alemania; 20 % en Francia e Italia y 10 % en Irlanda.

La filial de DCL que produce vodka es propietaria de la marca Cossack, que ocupa en el Reino Unido el segundo lugar entre las marcas más vendidas y que allí representa aproximadamente una cuarta parte del mercado del vodka, que constituye aproximadamente un 2 % del total del mercado de las bebidas alcohólicas. Las ventas de dicha marca en otros países de la CEE parecen

limitarse a Irlanda y a los Países Bajos, donde representan —según DCL, cuyas cifras la Comisión no cuestiona— respectivamente el 0,43 % y el 0,02 % del mercado de las bebidas alcohólicas considerado en su conjunto.

El Pimm's es un producto único en su género, vendido solamente por Pimm's Limited, filial de DCL. De acuerdo con esta última, su cuota en el conjunto del mercado británico de las bebidas alcohólicas representa únicamente el 0,133 % y tropieza con dificultades considerables para implantarse en otros mercados dentro de la CEE. DCL menciona cuotas de mercado del 0,077 % en Francia (país para el que ha debido prepararse una fórmula especial, dado que el tipo de limonada con el que normalmente se mezcla Pimm's no se vende en ese país); 0,061 % en Irlanda; 0,031 % en Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos; 0,008 % en Italia; 0,006 % en Alemania, y 0,005 % para Dinamarca. La Comisión tampoco cuestiona estas cifras, pero ha sugerido que quizá Pimm's no debería considerarse en absoluto como una bebida alcohólica.

Cada una de las 38 filiales de DCL es responsable de la comercialización de su propia marca o de sus propias marcas de bebidas alcohólicas. El sistema de distribución varía según se trate del Reino Unido o de otros Estados miembros de la CEE.

En el Reino Unido, las filiales de DCL no se sirven normalmente de distribuidores, sino que venden directamente a los mayoristas.

Estos son aproximadamente un millar. El comercio al por mayor se compone de un sector «vinculado», constituido esencialmente por grandes cerveceras propietarias de comercios al por menor (tanto tiendas como «public houses») y de un sector «libre» dentro del cual las cerveceras y otros mayoristas aprovisionan a un amplio abanico de minoristas que incluyen comercios independientes, hipermercados, hoteles, etc. [...] El sector «vinculado» y el sector «libre» representan cada uno aproximadamente la mitad del mercado.

y reducciones, que en algunos momentos revistieron las formas siguientes:

- un «descuento al por mayor», concedido a los clientes que compran una cantidad mínima;
- una «deducción sobre la cantidad global», concedida en función de la cantidad de bebidas alcohólicas que un cliente haya comprado a filiales de DCL durante un año determinado;

En el resto de la CEE, es habitual que cada filial de DCL designe para cada país un distribuidor exclusivo de sus marcas. Los distribuidores exclusivos, que son casi 200 en toda la Comunidad, revenden habitualmente a mayoristas. Los distribuidores de las diversas marcas DCL compiten entre sí. La mayor parte también vende una amplia gama de otros vinos y bebidas alcohólicas.

- una «deducción especial diferida» (suprimida a partir del 31 de marzo de 1978); de hecho, una prima por fidelidad;

El método aplicado por las filiales de DCL para fijar los precios que aplican a los mayoristas que componen su clientela en el Reino Unido es muy anterior a la adhesión de dicho país a la Comunidad en 1973 [véase la circular sobre los precios practicados para la venta de whisky escocés en el Reino Unido (Home Trade Scotch Whisky Prices), de 31 de julio de 1970, y el escrito similar relativo a los precios de venta de la ginebra en el Reino Unido (Home Trade Gin Prices), de 16 de septiembre de 1972, anexo a la réplica]. Este método consiste en fijar un precio bruto y sustraer, en su caso, una serie de deducciones, descuentos

- una «bonificación por rendimiento», que en realidad era una prima objetivo, únicamente aplicable a las compras de whisky escocés efectuadas entre marzo de 1977 y marzo de 1978, si las compras de las diversas marcas de DCL durante el año habían alcanzado al menos el 95 % del total del año anterior;

- un «descuento por pago al contado» concedido sobre las bebidas alcohólicas que han satisfecho los impuestos a los clientes que pagan al contado en el momento del pedido;

- «rebajas de promoción» concedidas por ciertas filiales DCL en forma de contribuciones financieras a las campañas de promoción de sus marcas.

Se emplea un método similar para fijar los precios que se aplican a los distribuidores exclusivos de bebidas alcohólicas DCL en otros Estados miembros de la CEE. Se fija un precio bruto uniforme para cada marca, del que se deduce una prima de distribuidor y, en su caso, un descuento por pago al contado. Las filiales de DCL también contribuyen, en algunos casos, a los gastos soportados por sus distribuidores exclusivos en el marco de campañas de publicidad o de promoción de sus marcas.

Antes de relatar los acontecimientos que dieron lugar a la adopción de la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1977, debo mencionar aún dos hechos relativos a la situación en el Reino Unido.

El primero es que, hasta hace muy poco, todos los precios de las bebidas alcohólicas que se vendían en el mercado británico estaban controlados por una Comisión de precios creada bajo la Counter-Inflation Act 1973 (Ley de 1973 sobre la lucha contra la inflación). Los precios practicados a la exportación no estaban sujetos a dicho control.

El segundo, es que los impuestos especiales británicos sobre las bebidas alcohólicas son exigibles en el momento en que estos abandonan el depósito aduanero. Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación circulan en régimen de depósito aduanero hasta que pasan la aduana. No existe ningún

sistema de reembolso de los impuestos especiales satisfechos a la salida del depósito si el producto es exportado a continuación.

Acontecimientos que dieron lugar a la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 1977

Los acuerdos que las filiales de DCL celebraron con sus clientes en el Reino Unido y sus distribuidores exclusivos en otros Estados miembros respectivamente fueron objeto de procedimientos separados ante la Comisión.

El procedimiento relativo a los acuerdos celebrados con los distribuidores exclusivos sólo presenta un interés marginal en este asunto. Fue un procedimiento muy largo. Ya el 31 de enero de 1963 DCL notificó a la Comisión un acuerdo tipo. A partir de 1965, al parecer, el acuerdo existente entre White Horse Distillers Limited y su distribuidor en Francia (actualmente Corima SA) se consideró representativo de los demás acuerdos. La Comisión sugirió aportar una serie de modificaciones a dicho acuerdo, cosa que DCL aceptó. DCL se quejó en diferentes ocasiones a la Comisión de que ésta no concluyera el procedimiento. Al parecer, se dio a entender a DCL, en agosto de 1976, que la aprobación del acuerdo dependía de la aptitud que la Comisión adoptara en relación con las condiciones de precios que aplicaba en el Reino Unido, las cuales estaban siendo examinadas en aquel momento. Los últimos hechos que se produjeron en el marco del procedimiento White

Horse/Corima fueron que la Comisión notificó un pliego de cargos el 7 de julio de 1977 y que DCL formuló una «respuesta» escrita a dicho pliego el 2 de agosto de 1977.

Volvamos a los acuerdos celebrados entre las filiales DCL y sus clientes británicos.

El 30 de junio de 1973, DCL, actuando en nombre de sus filiales, notificó a la Comisión un ejemplar tipo de las «condiciones de venta» y solicitó para éstas una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Se trataba de una notificación formal presentada por medio de un «formulario A/B» tal y como prescribe el Reglamento (CEE) n° 1133/68 de la Comisión. Dichas condiciones incluían la cláusula 5 (b), con arreglo a la cual los productos, si se vendían embotellados para entregarse en Gran Bretaña, no debían revenderse para ser entregados fuera de dicho país. La cláusula debía inscribirse en todos los contratos de reventa. Esto constituía, en efecto, una prohibición expresa de exportar aplicable, entre otros, a los países de la CEE. Esta se completaba con la cláusula 6, que preveía que las mercancías vendidas en régimen de depósito aduanero no podían ser revendidas ni transmitidas de otro modo por el comprador excepto tras el despacho aduanero una vez que el comprador hubiera satisfecho los derechos al tipo entero aplicables a los productos destinados al consumo en el Reino Unido. Los tipos de los derechos aplicables en el Reino Unido eran y son tan altos que prohibir la reventa de productos en régimen de depósito aduanero privaba a la exportación de todo atractivo económico.

En la notificación no se mencionaba el método de fijación de los precios de venta en el Reino Unido. En respuesta a la cuestión III (1) del formulario A/B que, en la medida en que es relevante para el presente asunto, rezaba: «indicar si, y en qué medida, el acuerdo [...] se refiere [...] al cumplimiento de ciertos precios de compra o de venta, descuentos u otras condiciones de mercado», DCL declaró: «las condiciones no se refieren a ninguno de estos extremos, exceptuando lo mencionado en respuesta al apartado II 3 (d) anterior». En respuesta a la cuestión II 3 (d), había declarado:

«Las condiciones se proponen definir las modalidades con arreglo a las cuales tienen lugar las ventas de productos en el Reino Unido. Algunas de estas modalidades están diseñadas para completar los compromisos adquiridos por la sociedad con vistas a la distribución de los productos en otros mercados y, de este modo, permitir a los distribuidores utilizar los medios de distribución más económicos y más eficaces y, simultáneamente, responder a las exigencias de los consumidores y competir con las numerosas marcas de bebidas espirituosas».

Se nos ha explicado en nombre de DCL que en aquel tiempo el método de fijación de los precios de venta en el Reino Unido no se consideraba relevante en el marco del artículo 85, ya que únicamente se aplicaba a las ventas efectuadas en el Reino Unido y las condiciones de venta impedían las exportaciones a partir del Reino Unido por parte de los clientes que compraban a dichos precios.

La recepción de la notificación por la Comisión fue seguida de un intercambio de correspondencia entre esta última y DCL, así como de reuniones entre los representantes de cada una de las partes. Los detalles carecen de relevancia.

El 24 de junio de 1975, DCL envió a los clientes británicos de sus filiales una circular titulada «Home Trade Conditions of Sale and Price Terms» (condiciones de venta y de precios aplicables en el Reino Unido). Esta carta es tan importante que es preciso leerla casi íntegramente. DCL decía:

«A raíz del referéndum relativo al mercado común, les escribimos en nombre de nuestras filiales con el objeto de comunicarles una modificación de las condiciones de venta que regulan las ventas de bebidas alcohólicas que dichas sociedades llevan a cabo con ustedes y con sus otros clientes nacionales, y también para clarificar y confirmar la base sobre la cual las sociedades pertenecientes a nuestro grupo ofrecen a ustedes y a dichos clientes los diversos descuentos, deducciones y reducciones.

Condiciones de venta

Las condiciones de venta que se han aplicado en el mercado nacional desde una fecha anterior a la adhesión del Reino Unido al mercado común implican una prohibición de exportar. Dichas condiciones, incluyendo dicha prohibición, han sido notificadas a las autoridades de la CEE [...]

A raíz del referéndum, modificamos las condiciones de venta con el fin de autorizar a los revendedores en el mercado nacional a exportar a otros países del mercado común. Les rogamos observen, no obstante, que las exportaciones sólo están autorizadas para el consumo dentro del mercado común: las exportaciones fuera del mercado común siguen estando prohibidas.

Adjuntamos (Anexo I) una copia de las condiciones de venta modificadas que serán aplicables de ahora en adelante y hasta nueva orden a todas las ventas en el mercado nacional [...]

Condiciones de precios

Es importante precisar que si bien las condiciones de venta modificadas autorizan las exportaciones de productos destinadas al consumo en otros países del mercado común, las diferentes deducciones, descuentos y reducciones están destinadas a responder a las particulares exigencias del mercado nacional y los compradores sólo tendrán derecho a ellas cuando los productos sean efectivamente consumidos en el Reino Unido.

Por lo tanto, si desea comprar para exportar a otros países del mercado común, deberá mencionarlo en su pedido y la compra deberá efectuarse al precio bruto.

Esperamos poder contar con la colaboración de todos nuestros compradores para que

pueda ponerse en práctica un sistema simple y práctico. No obstante, si un cliente obtiene o solicita descuentos, deducciones o reducciones cuya concesión se reserva al caso de reventa en el mercado nacional y cualquiera de los productos comprados aparece en cualquier otro país que no sea el Reino Unido, todas las filiales del grupo DCL tendrán el derecho a venderle en lo sucesivo únicamente al precio bruto.

Adjuntamos (Anexo II) una nota con ciertas disposiciones contractuales que ratifican y desarrollan los mencionados principios que, hasta nueva orden, formarán parte de todo contrato celebrado de ahora en adelante entre cualquier sociedad del grupo DCL y cualquier comprador nacional (como ustedes) relativo a la compra de bebidas alcohólicas por parte de este último.»

Como se indicaba en el escrito, se adjuntaban dos Anexos.

El Anexo I exponía las nuevas «Condiciones de venta». En esta versión modificada, la prohibición formulada en la cláusula 5 (b) se limitaba a las exportaciones fuera de la CEE y la antigua cláusula 6 relativa a las ventas en régimen de depósito aduanero había sido suprimida.

El Anexo II se titulaba «Algunas disposiciones contractuales (relativas a los precios) que completan las condiciones de venta». Después de recordar que DCL no vende

personalmente los productos, el Anexo definía el concepto de «vendedor» refiriéndose de hecho a toda filial de DCL y el de «comprador» refiriéndose a todo cliente de cualquiera de dichas filiales. Continuaba en los términos siguientes:

«(2) Todas las deducciones, reducciones y descuentos (inmediatos o diferidos) consentidos o pagados por el vendedor al comprador o a su nombre en forma de una reducción del precio bruto sobre todo producto objeto de un contrato entre el comprador y el vendedor (en lo sucesivo designadas bajo el término "deducciones") están destinados a responder a las particulares circunstancias del mercado británico. En caso de que existan motivos fundados para que el vendedor crea que una determinada cantidad de dichos productos ha sido o será consumida fuera del Reino Unido, el vendedor estará facultado (sin perjuicio de sus otros derechos) para aplicar al comprador, por toda remesa de productos que le entregue (ya sea con arreglo al contrato antes mencionado o a un contrato posterior a aquél) el precio bruto sin ningún tipo de reducción a menos que, hasta que y en la medida en que el comprador pruebe de modo suficiente al vendedor que dichos productos serán consumidos en el Reino Unido, siempre que, una vez presentada dicha prueba, el vendedor garantice al comprador que recibirá puntualmente las deducciones correspondientes a dichos productos, más un interés razonable calculado por los períodos durante los cuales el comprador hubiera gozado de las deducciones de que se trata, de no existir las disposiciones anteriores de este apartado (2).»

El apartado (3) definía, a efectos del apartado (2), la prueba de los «motivos fundados del vendedor» para creer que una determinada cantidad de dichos productos sería consumida fuera del Reino Unido.

Por último, el apartado (4) establecía: «Las disposiciones precedentes completan las condiciones de venta del vendedor (objeto del Anexo I).»

En este procedimiento nos hemos referido al contenido del Anexo II bajo la denominación «condiciones de precios». Como este Tribunal puede ver, dichas condiciones instauraban un sistema dual de precios, con arreglo al cual se aplicaban a los clientes británicos que compraban bebidas alcohólicas destinadas al consumo en el Reino Unido precios inferiores a los que se les aplicaban si éstas se destinaban a la exportación.

El intercambio de correspondencia entre DCL y la Comisión continuó. El 3 de julio de 1975 y, de nuevo el 8 de julio de 1975, DCL escribió a la Comisión en respuesta a los extremos suscitados por esta última. En el segundo escrito DCL se refería a las nuevas condiciones de venta. Afirmaba lo siguiente:

«Con el fin de conformar tales condiciones con el artículo 85 del Tratado de Roma, se ha estado considerando su revisión desde hace un cierto tiempo. A raíz del reciente referéndum sobre la adhesión al mercado común, se han notificado a los clientes

británicos de las filiales de DCL las nuevas condiciones de venta que serán aplicables en el futuro a todas las ventas que se les efectúen. Adjuntamos como anexo a la presente una copia de las nuevas condiciones de venta, que les permitirá comprobar que la prohibición de exportar del Reino Unido a otros países de la CEE ha sido suprimida. Creemos que las nuevas condiciones son enteramente conformes con el artículo 85.»

El anexo de la carta contenía el texto del Anexo I de la circular de DCL de 24 de junio de 1975. DCL no daba ninguna indicación a la Comisión sobre la existencia de la propia circular ni de la de su Anexo II.

Pero entre tanto, el 27 de junio de 1975, se publicó un artículo en el Financial Times titulado «"Unofficial" whisky exports scotched» (exportaciones «no oficiales» de whisky suprimidas), refiriéndose a la circular y describiendo las grandes líneas del sistema dual de precios instituido por aquélla.

Dicho artículo alertó a la Comisión, que escribió, el 4 de julio de 1975, una carta a DCL que parece haberse cruzado con la carta de DCL de 8 de julio de 1975. La Comisión llamaba la atención de DCL sobre el artículo y le solicitaba que le hiciera llegar sus comentarios, informaciones y documentos. Se indicaba que la solicitud se hacía de conformidad con el artículo 11 del Reglamento nº 17.

DCL respondió mediante escrito de 11 de julio de 1975, a la cual adjuntó el texto íntegro de la circular y de sus dos Anexos. La opinión expuesta por DCL y que ha mantenido durante el presente procedimiento, era que nada había cambiado en lo referente a las diversas deducciones ofrecidas a los clientes británicos de sus filiales. Escribió lo siguiente:

«La carta de 24 de junio, dirigida a dichos clientes, se propone clarificar y confirmar la base sobre la que se ofrecían dichas deducciones anteriormente, en particular, que se aplican al whisky escocés que se venda para ser consumido en el Reino Unido.»

La Comisión, al acusar el recibo del escrito de DCL de 11 de julio de 1975, lo que hizo mediante escrito de 19 de agosto de 1975, solicitaba a DCL que le hiciese llegar toda la correspondencia ulterior relativa a sus condiciones de venta bajo la referencia IV/28.282. A continuación, refiriéndose a las nuevas disposiciones de las condiciones de venta de 24 de junio de 1975 relativas a la concesión de deducciones, reducciones y descuentos, afirmaba que éstas parecían dirigidas a impedir las exportaciones paralelas destinadas a otros países de la CEE y que, en esta medida, eran contrarias al apartado 1 del artículo 85 del Tratado y solicitaba informaciones complementarias de conformidad con el artículo 11 del Reglamento nº 17.

Una de las cuestiones sobre las que este Tribunal deberá pronunciarse es la de si en estas circunstancias, DCL puede solicitar

una exención para las condiciones de precios con arreglo al apartado 3 del artículo 85, a pesar de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 4 y en el apartado 1 del artículo 6 del Reglamento nº 17, sobre la notificación, y en el Reglamento nº 1133/68, sobre la forma de dicha notificación.

El 18 de mayo de 1976, la Comisión recibió una denuncia presentada con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17 por un grupo de distribuidores de whisky escocés de la región de Glasgow compuesto por una sociedad irregular, A. Bulloch & Co., y cuatro sociedades de responsabilidad limitada, A. Bulloch (Agencies) Limited, John Grant (Blenders) Limited, Inland Fisheries Limited y Classic Wines Limited, que pertenecen y son administradas predominantemente por miembros de la misma familia (me referiré a ellas con el nombre colectivo de «Bulloch». Son, como este Tribunal ya sabe, partes coadyuvantes en el presente procedimiento). La denuncia afirmaba que las condiciones de precios aplicadas por DCL eran contrarias a los artículos 85 y 86 del Tratado y que ello había perjudicado los negocios de Bulloch.

Mediante escrito de 26 de mayo de 1976, la Comisión informó a DCL de la existencia de la denuncia.

DCL notificó un cambio en las condiciones de precios a los clientes británicos de sus filiales mediante escrito de 23 de febrero de 1977. En lo sucesivo, el precio del whisky destinado al consumo en los demás Estados miembros de la CEE debería ser el precio

bruto aplicable a los distribuidores exclusivos en dichos Estados («precio bruto de exportación CEE») en lugar del precio bruto nacional. DCL informó a la Comisión de esta modificación (entre otras muchas cosas) en un escrito de 25 de febrero de 1977.

Puede que sea útil que nos detengamos un instante en la que en aquel momento era la estructura de precios para las marcas corrientes de whisky escocés pertenecientes a DCL. Me baso en las cifras obtenidas por las verificaciones de la Comisión y recogidas en su Decisión. (Dichas verificaciones se referían expresamente a Johnnie Walker Red Label, pero el asunto fue debatido sobre el fundamento de que eran típicas). El precio bruto nacional (sin IVA ni Impuestos Especiales) era de 13,61 UKL por caja de 12 botellas. Las deducciones que se aplicaban a las ventas a los mayoristas destinadas al mercado británico eran de 5,41 UKL de media por caja, lo que arroja un precio medio neto de 8,20 UKL. El precio bruto de exportación CEE era de 13,51 UKL por caja, precio sobre el cual un distribuidor exclusivo recibía habitualmente un descuento de distribuidor de 4,62 UKL y podía beneficiarse de una reducción de 54 peniques por pago al contado. Si obtenía los dos, entonces el precio neto era de 8,35 UKL. Por lo tanto, DCL ganaba una media de 15 peniques menos por caja en sus ventas destinadas al mercado británico que en las ventas a los distribuidores exclusivos en otros Estados miembros. No obstante, lo más relevante a efectos del presente asunto, es que un mayorista británico que deseara exportar a otros Estados miembros debía pagar 5,16 UKL más por caja que un distribuidor exclusivo en cualquiera de dichos

Estados (es decir, la diferencia entre 8,35 UKL y 13,51UKL).

El 7 de marzo de 1977, la Comisión recibió una nueva denuncia con arreglo al párrafo b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, formulada esta vez por una empresa londinense denominada Madison Benson & Carter Limited y relativa a la dificultad para obtener whisky escocés de DCL destinado a la exportación.

La voluminosa correspondencia intercambiada entre DCL y la Comisión alcanzó su punto culminante cuando la Comisión envió a DCL un pliego de cargos relativo a sus condiciones de venta y de precios, de 22 de abril de 1977. Dicho documento indicaba que la Comisión se proponía:

- a) considerar que la prohibición de exportar y de revender whisky en régimen de depósito aduanero, aplicable hasta el 24 de junio de 1975 en virtud de las cláusulas 5 (b) y 6 de las condiciones de venta, era contraria al apartado 1 del artículo 85 y no podía ser objeto de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85;
- b) considerar que la prohibición de exportar a países terceros era contraria al apartado 1 del artículo 85 y no podía ser objeto de una exención;
- c) considerar que las condiciones de precios eran contrarias al apartado 1 del

artículo 85 y solicitar a DCL que pusiera término a dicha infracción.

En cuanto a la solicitud de DCL relativa a la concesión de una exención para las condiciones de precios con arreglo al apartado 3 del artículo 85, el pliego de cargos recordaba la opinión de la Comisión según la cual no era necesario examinar dicha solicitud, dado que las condiciones de precios no habían sido notificadas de conformidad con las disposiciones del Reglamento nº 17 pero que, de cualquier modo, las condiciones de precios no cumplían los requisitos exigidos para la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

El 13 de mayo de 1977 la Comisión envió a DCL una copia del texto de las denuncias formuladas por Bulloch y por Madison, Benson & Carter Limited. En el caso de la denuncia de Bulloch, casi 19 de las 35 páginas totales fueron omitidas. Aún admitiendo que la Comisión tenía derecho a no difundir pasajes relacionados con los propios secretos comerciales de Bulloch, DCL insistió para obtener un texto más completo. Dicha solicitud fue rechazada por la Comisión por motivos que precisaba en un telex de 27 de mayo de 1977 dirigido a DCL en los términos siguientes:

«[...] Si bien la Comisión está obligada a informar íntegramente a los interesados acerca de las materias relevantes a efectos de una Decisión, no está obligada, fuera de estos límites, a transmitir copia de las denuncias ni en todo ni en parte. El examen llevado a cabo por la Comisión sobre este

asunto está enteramente basado en informaciones que han sido proporcionadas por DCL y exclusivamente en hechos que han sido recogidos en el pliego de cargos. Ya que las denuncias parecen confirmar la opinión de la Comisión según la cual los negociantes en whisky se veían perjudicados por las prácticas de DCL, y con el fin de informar a ustedes de ello se les enviaron los extractos relevantes de dichas denuncias. Las páginas omitidas contienen elementos que son confidenciales o irrelevantes a efectos de la comprensión del asunto. Todos los elementos sobre los que la Comisión se basa o que pueden influenciar su opinión les han sido comunicados [...]»

El 16 de junio de 1977, DCL envió a la Comisión lo que denominó su «réplica» al pliego de cargos. Para evitar toda confusión con la réplica que forma parte de los autos del asunto pendiente entre el Tribunal de Justicia (y para ajustarnos a la terminología del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión) me referiré a este documento con el término «observaciones escritas» de DCL. Dicho documento fue completado en el transcurso de las semanas y meses posteriores por seis suplementos.

DCL no pretendía defender las prohibiciones que figuraban en las antiguas cláusulas 5 (b) y 6 de las condiciones de venta. Admitía, en particular, que dichas prohibiciones no eran «indispensables» [en el sentido de la letra a) del apartado 3 del artículo 85 del Tratado] para alcanzar el objetivo consistente en la mejora de la distribución de sus productos. Por el contrario, DCL cuestionaba la aplicabilidad del apartado 1 del artículo

lo 85 a la prohibición de las exportaciones a países no miembros de la CEE.

DCL admitía que las condiciones de precios estaban comprendidas en el ámbito del apartado 1 del artículo 85, pero mantenía que debían acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Sostenía que la falta de notificación formal de dichas condiciones era irrelevante. En cuanto al fondo DCL mantenía esencialmente, al igual que ante este Tribunal de Justicia, que las circunstancias del mercado británico y la de los demás Estados miembros del continente son hasta tal punto diferentes que requieren métodos de distribución distintos. En el Reino Unido, como el whisky escocés es un producto bien arraigado y como los productores de cerveza controlan una gran parte de las salidas, existe una intensa competencia entre los precios. En los países del continente, por el contrario, el whisky representa una cuota menor del mercado de las bebidas alcohólicas y, por diversos motivos, no puede competir con las precios de las bebidas alcohólicas locales. Por lo tanto, las ventas de whisky necesitan una promoción activa. Ello implica gastos para los distribuidores exclusivos. Estos últimos no pueden hacer frente a tales gastos si sus precios deben competir con los de exportadores paralelos que no tienen que soportar esos mismos gastos. Así pues, una misma marca de whisky escocés no puede distribuirse de modo eficaz en el Reino Unido y en los Estados miembros del continente si los exportadores paralelos no pagan un precio superior que refleje los gastos de promoción que soportan los distribuidores exclusivos. DCL subrayaba que dichos gastos no se limitan a los gastos de publicidad a través

de los medios de comunicación. También comprenden el estudio de mercado, el empleo de vendedores, la distribución de material publicitario en los puntos de venta («optics», etc.), la formación de los barman, el examen de las quejas de los consumidores y, evidentemente, la gestión de las existencias. También engloban la protección de la marca contra los fraudes que, como es sabido, hace estragos en el mercado del whisky adoptando formas múltiples, como el relleno de botella con bebidas alcohólicas adulteradas y el uso de etiquetas falsificadas, además de las infracciones habituales de los derechos sobre las marcas comerciales.

La Comisión celebró una audiencia el 23 de junio de 1977 en la que DCL y Bulloch estaban representadas. En esta ocasión DCL entregó a la Comisión una copia del primer suplemento a sus observaciones escritas consistente en una «valoración económica» llevada a cabo por Lady Hall, insigne economista de Oxford.

A dicho suplemento siguió un segundo, el 28 de junio de 1977, y un tercero, el 26 de julio de 1977.

Consta que en la audiencia y, posteriormente, con ocasión de un encuentro informal entre representantes de DCL y la Comisión que tuvo lugar el 19 de julio de 1977, se planteó la cuestión de si la diferencia entre los precios aplicados por DCL a los exportadores paralelos, por un lado, y a sus distribuidores exclusivos, por otro, reflejaba efectivamente los costes suplementarios de

estos últimos. A consecuencia de esto, DCL procedió a un análisis detallado de los costes de sus distribuidores exclusivos. (Se nos ha dicho en nombre de DCL que es casi seguro que ésta no hubiera podido asegurarse antes la cooperación de sus distribuidores exclusivos en dicho análisis, es decir, sin la presión a la que éstos estaban sometidos debido a la existencia del pliego de cargos de la Comisión).

El 21 de septiembre de 1977, DCL escribió a la Comisión confirmando que los resultados de su estudio sobre dichos costes les serían entregados el 21 de octubre.

Posteriormente llegó a oídos de DCL que su caso podría ser examinado por el Comité Consultivo, con arreglo al artículo 10 del Reglamento nº 17, en una reunión que debía celebrarse del 19 al 21 de octubre de 1977. El 11 de octubre del mismo año DCL escribió nuevamente a la Comisión para expresar su estupor ante la idea de que el Comité Consultivo examinara un proyecto de Decisión sin disponer de los resultados de la investigación, dado que los costes de los distribuidores, que los importadores paralelos no soportaban, revestían una importancia «tan crucial para el problema».

Los resultados de la investigación, en la medida en que se referían a los distribuidores de whisky escocés, se contenían en un cuarto suplemento a las observaciones escritas de DCL. Mostraban que sus costes adicionales se elevaban a 5,07 UKL por caja.

Los suplementos cuarto y quinto, ambos de 20 de octubre de 1977, fueron efectivamente recibidos en la Comisión la mañana del 21 de octubre. El mismo día, el Comité Consultivo se reunió y elaboró su informe sobre el asunto. La Comisión ha dicho (escrito de contestación apartados 172 a 174) que dicho Comité había sido informado, durante su reunión y antes de llegar a una decisión, de que el cuarto suplemento parecía confirmar las cifras proporcionadas por DCL en sus observaciones escritas; que el Comité también había sido informado de la recepción del quinto suplemento y de su contenido, pero que había decidido no aplazar su reunión para examinar más detenidamente dicho suplemento. (El quinto suplemento contenía las respuestas motivadas de DCL a las cuestiones planteadas por funcionarios de la Comisión durante y después de la audiencia sobre la cuestión de si DCL podía modificar su sistema de precios).

También es importante que, en la fecha de la reunión del Comité Consultivo, el acta de la audiencia no estaba disponible, ni siquiera en forma de proyecto. El proyecto de acta fue enviado a las partes el 25 de octubre de 1977 y las propuestas de modificación presentadas por DCL y calificadas de «menores» por la Comisión fueron recibidas por esta última el 15 de noviembre de 1977.

El 24 de noviembre de 1977 DCL presentó a la Comisión el sexto (y último) suplemento. Dicho suplemento contenía los resultados del estudio de DCL sobre los costes de los distribuidores exclusivos de ginebra.

La Decisión de 20 de diciembre de 1977

Aproximadamente un mes más tarde, es decir el 20 de diciembre de 1977, la Comisión adoptó la Decisión objeto del presente recurso. Mediante esta Decisión la Comisión:

- a) declaraba que la prohibición de exportar y la prohibición de revender en régimen de depósito aduanero contenidas en las condiciones de venta de DCL hasta el 24 de junio de 1975 eran contrarias al apartado 1 del artículo 85, y no podían ser objeto de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85;
 - b) afirmaba que las condiciones de precios eran contrarias al apartado 1 del artículo 85 y no podían ser objeto de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, tanto porque no le habían sido notificadas, como porque no cumplían los requisitos del apartado 3 del artículo 85;
- y
- c) exigía a DCL y a sus filiales que revocaran las condiciones de precios en la medida en que limitaban las exportaciones a partir del Reino Unido a otros países de la CEE.

La Comisión no estimó que las condiciones de venta violaran el Tratado en la medida en

que prohibían las exportaciones a países terceros. Tampoco impuso ninguna multa a DCL.

Reacción de DCL ante la Decisión de 20 de diciembre de 1977

DCL reaccionó a la Decisión anunciando que renunciaba de inmediato al sistema de diferenciación de precios, adoptando al mismo tiempo ciertas medidas que obedecían, según explicó, al convencimiento de que ya no sería posible en el futuro que una misma marca de whisky escocés compitiera eficazmente en el Reino Unido y a la vez recibiera el grado de promoción necesario para competir eficazmente en los países continentales de la CEE. Dichas medidas consistieron en retirar de la venta en el Reino Unido una marca corriente de whisky, Johnnie Walker Red Label, y una marca de lujo, Haig Dimple, y en solicitar a la Comisión de Precios del Reino Unido una autorización para aumentar el precio de otras cuatro marcas corrientes, Black & White, Vat 69, Dewars y White Horse a razón de 5,94 UKL la caja, y el precio de 2 marcas de lujo, Antiquary y Johnnie Walker Black Label, a razón de 3,00 UKL por caja. Haig White Label debía seguir a la venta en el Reino Unido a su precio habitual de entonces. La Comisión de Precios concedió la autorización solicitada por DCL excepto en lo referente a Dewars, cuyo aumento se limitó a 3,00 UKL por caja y en lo referente a White Horse, para la cual no se autorizó ningún aumento. Una de las filiales de DCL introdujo una nueva marca corriente de whisky escocés, denominada «John Barr», que se vende en la botella cuadrada

que antes se asociaba a la marca Johnnie Walker. DCL no adoptó medidas similares para las demás bebidas alcohólicas.

La Comisión declaró que, por el hecho de que DCL hubiera adoptado dichas medidas, no debía presumirse que aceptaba que se hubiera ajustado debidamente a su Decisión. Esta es una cuestión que la Comisión podrá discutir con DCL, en función del resultado de este procedimiento. De todos modos, no puede surtir ningún efecto sobre aquél.

Los extremos controvertidos en el presente recurso

Mediante el presente recurso, DCL solicita que se declare que la Decisión de 20 de diciembre de 1977 es nula en su totalidad y, subsidiariamente, que se declare que dicha Decisión es nula en la medida en que se refiere a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a las condiciones de precios.

No obstante, se nos ha precisado en nombre de DCL que la impugnación de la Decisión en su totalidad se fundaba únicamente en los vicios sustanciales de forma que, en opinión de DCL, se cometieron durante el procedimiento que condujo a la adopción de la Decisión. Dichos vicios eran los siguientes:

«a) algunos documentos importantes no fueron adecuadamente considerados, o en absoluto considerados, por el Comité Consultivo, y en particular:

- i) la “valoración económica” de Lady Hall, la cual, como consta en la dúplica de la Comisión (apartado 66), no se contaba entre “los documentos más importantes” enumerados por la Comisión cuando envió la convocatoria de la reunión del Comité con arreglo al apartado 5 del artículo 10 del Reglamento nº 17;
- ii) los suplementos cuarto y quinto a las observaciones escritas de DCL que, como este Tribunal recordará, no se recibieron hasta la mañana del día en que se reunía el Comité;
- iii) el sexto suplemento y el acta de la audiencia de 23 de junio de 1977, que sólo estuvieron disponibles en una fecha posterior a la de la reunión del Comité Consultivo;
- b) la Comisión proporcionó a DCL una copia de la denuncia de Bulloch que había sido censurada en una medida inadmisibile;
- c) en cuando al Pimm's, la Decisión de la Comisión se basó en motivos “insuficientes y/o contradictorios”».

DCL no cuestiona la corrección sustancial de la Decisión de la Comisión en la medida en que ésta consideraba que la prohibición

de exportar y de revender en régimen de depósito aduanero que figuraba en las condiciones de venta de DCL, tal y como estaban redactadas inicialmente, era contraria al apartado 1 del artículo 85 y no podía ser objeto de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, o en la medida en que consideraba que el apartado 1 del artículo 85 era aplicable al sistema de diferenciación de precios practicado a partir del 24 de junio de 1975. El único motivo que DCL alega sobre el fondo es que la Comisión no hubiera debido denegar la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 para las condiciones de precios. Por consiguiente, las principales cuestiones que se controvierten en este asunto son:

- i) si, y en qué medida, la Decisión puede haber contenido vicios en el marco del procedimiento administrativo;
- ii) si la falta de notificación formal de las condiciones de precios imposibilitaba la exención de éstas con arreglo al apartado 3 del artículo 85; y
- iii) en caso negativo, si la afirmación de la Comisión de que las condiciones de precios no cumplían las condiciones requeridas para que pudieran ser objeto de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, puede mantenerse.

Propongo dejar las cuestiones de procedimiento para el final y empezar examinando la cuestión de la notificación.

La falta de notificación de las condiciones de precios por parte de DCL

DCL admite que «por tratarse de una cuestión técnica» las condiciones de precios no fueron notificadas de conformidad con las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 17 y del Reglamento nº 1133/68, aplicables en la materia.

En un intento de evitar las consecuencias de dicha omisión, formuló lo que parecían ser esencialmente cuatro alegaciones.

La primera era que la notificación de las condiciones de venta cubría las condiciones de precios, en la medida en la que el objetivo de las condiciones de precios era el mismo que el de la prohibición de exportar, a saber, proteger a los distribuidores exclusivos en los Estados miembros del Continente contra las exportaciones paralelas efectuadas a los precios del Reino Unido. Las condiciones de precios, en opinión de DCL, eran un medio menos drástico de conseguir dicho objetivo.

A mi parecer, dicha alegación no resiste el análisis. A efectos del presente asunto, es irrelevante que las condiciones de precios constituyeran o no una medida menos drástica para conseguir el objetivo (cuestión sobre la que DCL y la Comisión disentan). No son los objetivos, sino (en la medida en que aquí nos interesa) los «acuerdos» los que deben notificarse con arreglo al apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 17. Si se considera objetivamente la notificación de DCL tal y como se efectuó mediante el

formulario A/B el 30 de junio de 1973, no cabe mantener que constituya una notificación del método de DCL relativo a la fijación de los precios aplicables a sus clientes en el Reino Unido. Antes al contrario, las respuestas que se dan en dicha notificación a las cuestiones II, (3), (d) y III, (1), que hemos leído, estaban redactadas de manera que se evitara revelarlo. DCL puede tener razón al decir que no tenía ninguna obligación en aquella época de revelar el método, por los motivos que hemos recordado anteriormente, pero no puede mantener ahora que al proceder a dicha notificación reveló efectivamente dicho método.

En segundo lugar, DCL mantuvo que no era necesario notificar separadamente las condiciones de precios en 1975 porque dichas condiciones siempre se habían aplicado a las ventas efectuadas en el Reino Unido. En mi opinión, esta alegación tampoco puede acogerse. Suponiendo que DCL tuviera razón al decir que las condiciones de precios no debían notificarse necesariamente en 1973, éstas adquirieron un significado diferente en 1975, cuando se suprimió la prohibición de exportar y se convirtieron en el único medio de que DCL disponía para limitar las exportaciones paralelas. Yo añadiría que, en mi opinión, el tenor de la circular de 24 de junio de 1975 y de su Anexo II muestran que DCL era consciente del cambio de la función de las condiciones de precios. Si dicho cambio no se hubiera producido, ya no hubiera sido necesario invitar a los revendedores a cooperar «para que un sistema simple y práctico pudiera funcionar», ni introducir nuevas cláusulas concebidas para penalizar a los clientes en caso de «tener motivos fundados para creer»

que los productos comprados por éstos a los precios de mercado nacional británico se hubieran encontrado en el extranjero, ni decir que dichas nuevas cláusulas completaban las condiciones de venta.

En tercer lugar, DCL mantuvo que una vez que la Comisión había recibido su escrito de 11 de julio de 1975 con el texto completo de la circular de 24 de junio y sus anexos, cumplir la «mera formalidad» consistente en notificar las condiciones de precios mediante el formulario A/B carecía de sentido para DCL y la Comisión no hubiera ganado nada con ello. A primera vista, es un argumento atractivo. Pero sigue siendo cierto que la Comisión tuvo noticias de la existencia de las condiciones de precios a través de un artículo de prensa y que las obtuvo mediante una solicitud de información con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17. Está claro que no es el tipo de «notificación» que los autores del Reglamento nº 17 previeron. En efecto, incluyeron en la exposición de motivos del Reglamento considerandos redactados en los términos siguientes:

«Considerando que las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 85 deben ser determinadas teniendo en cuenta, por un lado, la necesidad de asegurar una vigilancia eficaz y por otro, la necesidad de simplificar en la medida de lo posible el control administrativo;

[...] que se revela necesario, por tanto, someter, en principio, a las empresas que deseen alegar las disposiciones del apartado

3 del artículo 85 a la obligación de notificar a la Comisión sus acuerdos, decisiones y prácticas concertadas.»

Sería difícilmente compatible con los objetivos allí enunciados afirmar que una empresa que no ha cumplido el Reglamento tiene derecho al mismo trato que otra que sí que lo haya hecho. Además, aparte de comunicar el acuerdo de que se trate a la Comisión, la notificación formal surte un triple efecto: prueba que, en el caso de que el acuerdo estuviera comprendido en el ámbito del apartado 1 del artículo 85, se solicita una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85; indica los fundamentos de dicha solicitud de exención y fija, de conformidad con el apartado 1 del artículo 6 del Reglamento nº 17, la fecha más próxima a partir de la cual la exención puede surtir efecto.

No se ha suscitado la cuestión de si en caso de que la Comisión tenga noticia de la existencia de un acuerdo contrario al apartado 1 del artículo 85 a través de la prensa y ejerza por ello las facultades que le corresponden con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17, una parte en el acuerdo pueda, sin embargo, solicitar una exención de conformidad con el apartado 3 del artículo 85, cumplimentando a continuación un formulario A/B. Los hechos del asunto tampoco plantean dicha cuestión, así que no me referiré a ella.

Queda la cuarta alegación de DCL que consiste en que la Comisión renunció en

este caso a la notificación formal y que, por lo tanto, no puede insistir en ella. Se ha mantenido, en nombre de la Comisión, que dicha renuncia excedía de sus facultades. No creo que sea necesario pronunciarme sobre la pertinencia de esta alegación, porque no creo que pueda considerarse que la Comisión renunció a la notificación en este asunto. El Abogado de DCL se refirió al escrito de la Comisión de 19 de agosto de 1975 en el que ésta solicitaba que se utilizara en lo sucesivo la misma referencia para toda correspondencia relativa a las condiciones de venta y a las condiciones de precios y manifestó que, seguidamente, en el marco del procedimiento administrativo, la Comisión examinó las condiciones de venta y las condiciones de precios conjuntamente. No creo que el que la Comisión eligiera proceder así equivalga a renunciar a la notificación formal de las condiciones de precios. En el pliego de cargos la Comisión afirmó claramente que las condiciones de precios nunca habían sido debidamente notificadas y su opinión al respecto no ha cambiado desde entonces.

Por lo tanto, concluyo que las alegaciones relativas a la cuestión de la notificación no pueden acogerse.

Esto sería suficiente para resolver el litigio. No obstante, para el caso de que este Tribunal adoptara una visión diferente, examinaré lo que constituye el fondo de la solicitud de DCL para acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

El fondo de la solicitud de DCL para acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85

El apartado 3 del artículo 85 del Tratado prevé, en efecto, cuatro requisitos, dos positivos y dos negativos, para que un acuerdo pueda ser objeto de la exención de la prohibición con arreglo al apartado 1 del artículo 85:

- i) el acuerdo debe (en la medida en que es relevante para el caso de autos) contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos;
- ii) debe reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante;
- iii) no debe imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- iv) no debe ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

En la Decisión relativa al presente asunto, la Comisión no examinó los requisitos (ii) y (iv). Solamente se refirió a los requisitos (i) y (iii).

Por lo que respecta a la cuestión (i), la Comisión rechazó la tesis de DCL, según la

cual la existencia de las condiciones de precios contribuía a mejorar la distribución de los productos de DCL, basándose en un fundamento que sólo puede calificarse de artificial. Consiste en decir que la mejora de la distribución que DCL aducía no resulta directamente de los acuerdos concluidos con los mayoristas británicos, de los que las condiciones de precios son parte integrante, sino que resulta de una serie distinta de acuerdos, a saber, los concluidos con los distribuidores exclusivos en otros Estados miembros. La Comisión desarrolló dicho argumento ante el Tribunal de Justicia. Según la Comisión, el hecho de que un acuerdo, suponiendo que esté comprendido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, pueda contribuir a aplicar otro (supuestamente beneficioso) en el ámbito de la distribución, no es suficiente para que el primer acuerdo pueda acogerse a la exención del apartado 3 del artículo 85. La Comisión también presentó dicho argumento de otro modo, afirmando que las condiciones de precios y los acuerdos celebrados con los distribuidores exclusivos se refieren a mercancías diferentes.

En mi opinión, este fundamento es insostenible. No hay nada en el apartado 3 del artículo 85 que diga que la ventaja a la que se refiere deba derivar directamente de las condiciones del acuerdo considerado y que no puede provenir de los efectos de éste en su contexto económico y jurídico. Dicho contexto es claramente relevante para considerar si el acuerdo recae en principio dentro del ámbito del artículo 85 (véase la sentencia de 12 de diciembre de 1967, *Brasserie de Haecht*, 23/67, Rec. p. 407) y considerar que es irrelevante a efectos del

apartado 3 del artículo 85 convertiría todo el artículo 85 en una disposición extrañamente coja. Además, si las filiales de DCL se hubieran comprometido expresamente, en los acuerdos celebrados con sus distribuidores exclusivos, a protegerles mediante un sistema de diferenciación de precios, la validez de dicho compromiso hubiera dependido exactamente de las mismas consideraciones que las aplicables a las condiciones de precios.

Así llegamos al núcleo del asunto. A este respecto, la Comisión se expresó en su Decisión del modo siguiente [en la letra c) del apartado 2.2.2. de la Parte III]:

«Ni siquiera en caso de que las condiciones de precios debieran considerarse en relación con el sistema de distribución exclusiva instaurado por DCL podrían acogerse a la exención.

La Comisión reconoce que con frecuencia resulta ventajoso designar distribuidores exclusivos en los países de la CEE, encargados de promocionar las ventas de un productor situado en otro Estado miembro. En cuanto a los acuerdos de distribución exclusiva celebrados por las filiales de DCL con los distribuidores establecidos en otros Estados miembros, la Comisión indicó su intención de adoptar una decisión favorable [...]

Si bien hay que admitir que la designación de un distribuidor exclusivo contribuye a una mejora de la distribución, sin embargo

no puede probarse que las condiciones de precios constituyan una restricción indispensable para alcanzar dicho objetivo.»

Así pues, se trata de saber si la Comisión podía razonablemente mantener que las condiciones de precios no eran indispensables para obtener la mejora de la distribución resultante de la aplicación del sistema de distribución exclusiva de DCL. Debo confesar que, tras algunas dudas iniciales, he llegado a la conclusión de que no podía.

El análisis de las diferencias entre las condiciones del mercado en el Reino Unido y en otros Estados miembros efectuado por DCL es, en conjunto, convincente.

Tomemos, por ejemplo, el whisky escocés. Representa más del 50 % de las bebidas alcohólicas vendidas en el Reino Unido. El mercado del Reino Unido ha sido, por lo tanto, correctamente descrito, en mi opinión, en el sentido de que ha alcanzado la fase de «madurez», aquella en que la competencia en materia de precios adquiere la máxima importancia. La prueba de la sensibilidad de dicho mercado en materia de precios consta en el quinto apéndice de las observaciones escritas de DCL. Se refleja, por ejemplo, que cuando Bell's y Teacher's aumentaron sus precios 60 peniques por caja (es decir, 5 peniques por botella) en abril de 1970, la cuota de mercado de DCL pasó a ser del 73 % en 6 meses, hasta el 1 de octubre, cuando sus propios precios aumentaron y esto comparado con una cuota del 51 % durante el período de 12 meses que finalizó el 31 de marzo de 1970. Análo-

gamente, un aumento de 45 peniques por caja (es decir menos de 4 peniques por botella) practicado por DCL el 1 de abril de 1975, que no fue inmediatamente seguido por Bell's y Teacher's, redujo su cuota de mercado al 32 % durante el período de 6 meses que finalizó el 31 de marzo de 1976, y ello comparado con una cuota de mercado del 51 % durante el período de 12 meses que finalizó el 30 de septiembre de 1975. Dichas pruebas no han sido impugnadas. En caso de necesitar una corroboración, ésta podría encontrarse en la pérdida casi total de la cuota de mercado sufrida por Black & White y Vat 69 como consecuencia de las alzas de precios que siguieron a la Decisión, así como en la pérdida de dos tercios de la cuota de mercado de Dewars.

DCL también presentó pruebas relativas a la potencia comercial de las grandes industrias cerveceras británicas, consideradas como compradoras de whisky escocés. Dicha potencia, derivada del hecho de que los productores de cerveza controlan el comercio al por menor, se encuentra adecuadamente atestiguada (entre otras pruebas) en el informe de la United Kingdom Monopolies Commission, adjunto a las observaciones escritas del DCL. Las presiones ejercidas por los productores de cerveza, que poseen sus propias marcas de whisky escocés, ayudan a explicar el bajo nivel de los precios al por mayor en el mercado británico.

En todos los demás Estados miembros excepto, según creo, en Bélgica, el whisky escocés compite con productos locales tradicionales y populares. Pero no puede competir en cuanto a precios.

En cinco de dichos Estados miembros, sólo tiene una cuota modesta del mercado de las bebidas alcohólicas: 3,5 % en Alemania; 5,3 % en Dinamarca; 5,5 % en Francia; 8,2 % en Italia, y 8,9 % en los Países Bajos. El mercado todavía se encuentra allí en una fase de «expansión», en la que los gastos elevados de promoción pueden considerarse normales.

La situación es diferente en Bélgica, donde el whisky escocés representa el 36,6 % del mercado de las bebidas alcohólicas. Quizá pueda considerarse que el mercado del whisky escocés en dicho país se encuentra próximo a la fase de «madurez».

Se nos ha dicho poco acerca del mercado irlandés. Probablemente ocupa una posición intermedia entre el mercado británico y el resto de la Comunidad. Pero está claro que el whisky escocés en Irlanda debe competir, más que en otros mercados, con el whisky irlandés.

DCL ha insistido en las dificultades adicionales con las que se encuentra la comercialización de whisky escocés en Alemania debido a las prácticas discriminatorias del monopolio estatal que el Tribunal de Justicia consideró contrarias a Derecho en la sentencia de 13 de marzo de 1979, Hansen (91/78, « Rec. p. 935), al igual que en Dinamarca, en Francia y en Italia debido a la tributación discriminatoria declarada recientemente contraria a Derecho por el Tribunal de Justicia en los asuntos «aguardientes» (sentencias de 27 de febrero de 1980, Comisión/Francia, 168/78, Rec. p. 347;

Comisión/Italia, 169/78, → Rec. p. 385; Comisión/Dinamarca, 171/78, → Rec. p. 447, y Just, 68/79, → Rec. p. 501). En mi opinión, éste no es el mejor argumento de DCL. Los asuntos Hansen y Just ilustran los medios de impugnación a los que los comerciantes víctimas de tal discriminación pueden recurrir.

Más convincente resulta la argumentación expuesta por DCL en sus observaciones escritas para demostrar que una misma marca no puede competir eficazmente en el Reino Unido y el resto de la Comunidad sino sobre la base de un sistema de precios diferenciados. Dicho argumento decía que si bien las ventas de las principales marcas de DCL estaban uniformemente repartidas entre el Reino Unido y el resto de la Comunidad, sus principales competidores en el Reino Unido, Bell's y Teacher's, vendían poco en otros Estados miembros, mientras que sus competidores principales en los Estados miembros del Continente, Ballantines y J & B, venden poco en el Reino Unido.

DCL resumió su postura afirmando que se planteaban esencialmente tres cuestiones a las que había demostrado deber responderse afirmativamente. Dichas cuestiones eran las siguientes:

«— ¿Es cierto que los distribuidores exclusivos deben gastar una media de aproximadamente 5 UKL por cada caja de whisky escocés que vendan para que el producto pueda competir eficazmente

con otras bebidas alcohólicas en los mercados continentales de la CEE?

— ¿Es cierto que es imposible que el whisky escocés compita eficazmente con otros productos en el Reino Unido a un precio que refleje los gastos de promoción comercial soportados por los distribuidores exclusivos del continente?

— ¿Es cierto que, por consiguiente, es imposible que una marca de whisky escocés compita en el Reino Unido y en la parte continental de la CEE al mismo tiempo sin un sistema de precios diferenciados?»

La tesis mantenida por la Comisión, por otro lado, me ha parecido algo floja.

En la propia Decisión, la Comisión aducía dos razones en apoyo de su postura. La primera era que «las bebidas alcohólicas de DCL no son productos nuevos que necesiten una introducción en el mercado que exija esfuerzos de promoción extraordinaria. Las condiciones del mercado [en los países de la CEE, a excepción del Reino Unido] no son de las que requieren proteger dichos mercados contra la competencia por parte de los comerciantes que compran bebidas alcohólicas de DCL en el Reino Unido».

Dejando de lado la afirmación de que las bebidas alcohólicas de DCL no son «productos nuevos», esto es más una conclusión que

un fundamento. No hay nada en el apartado 3 del artículo 85 ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que permita decir que una restricción no pueda ser indispensable para mejorar la distribución de los productos, a menos que se trate de productos nuevos. Del mismo modo, no hay en principio ninguna razón por la que ello deba ser así. La única cuestión pertinente que puede plantearse en el marco del apartado 3 del artículo 85 es si, sobre la base de los hechos, ya sean los productos tradicionales o nuevos, la restricción de que se trata es indispensable para mejorar su distribución.

La Comisión se ha referido a una serie de sentencias de este Tribunal. Algunas de ellas eran totalmente ajenas a cualquier problema de interpretación o de aplicación del apartado 3 del artículo 85 y no abusaré del tiempo de los Señores Jueces discutiendo acerca de ellas. En cuanto a la jurisprudencia relativa al apartado 3 del artículo 85, la sentencia en la que la Comisión se ha apoyado principalmente es la de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión* (asuntos acumulados 56/64 y 58/64, « Rec. p. 429 »).

Los hechos de dicho asunto se distinguen de los del caso de autos en dos aspectos. En primer lugar, la restricción para la que se solicitaba la exención era una prohibición absoluta de las exportaciones paralelas. En nuestro caso, si bien la Comisión y *Bulloch* mantenían que en la práctica, si no en apariencia, el sistema de diferenciación de precios imposibilitaba las importaciones paralelas, dicha afirmación se veía contradicha por el hecho de que las filiales de

DCL hubieran vendido, en 1977, 340.000 cajas de whisky escocés al precio de exportación bruto CEE, cantidad que representaba, según DCL, casi una décima parte del total de las exportaciones de las marcas de DCL de whisky escocés a los demás Estados miembros durante dicho año. En segundo lugar, los fundamentos con arreglo a los cuales se solicitaba la exención en el asunto *Consten y Grundig*, antes citado, no se parecen en nada a aquellos sobre los que DCL se basa en este caso.

En cuanto a los principios establecidos en la sentencia *Consten y Grundig*, creo que hay dos aspectos importantes. El primero es que el Tribunal de Justicia insistió en la necesidad de que la Comisión, cuando se le plantea una solicitud de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, proceda a un examen pormenorizado de los hechos. DCL se queja en gran medida, en mi opinión con cierta razón, precisamente porque la Comisión omitió efectuar tal examen. En segundo lugar, la Comisión se basa en la sentencia *Consten y Grundig* para mantener que cuando la Comisión debe llevar a cabo una compleja valoración de factores económicos, el Tribunal de Justicia sólo dispone de una competencia limitada para intervenir en la apreciación de la Comisión. De eso no cabe duda, pero la Comisión ha llevado su razonamiento hasta el punto de dar a entender que la competencia del Tribunal de Justicia en circunstancias similares es virtualmente inexistente. Está claro que la sentencia *Consten y Grundig* no fundamenta dicha argumentación. Ni tampoco las sentencias más recientes citadas por la Comisión. En la medida en que es relevante para el presente caso, la sentencia de 23

de octubre de 1974, Transocean Marine Paint Association/Comisión (17/74, ↔ Rec. p. 1063) simplemente estableció en términos generales que la Comisión dispone de una amplia potestad discrecional a efectos de definir los requisitos para conceder las exenciones con arreglo al apartado 3 del artículo 85; en el asunto en el que recayó la sentencia de 15 de octubre de 1974, Frubo/Comisión (71/74, Rec. p. 563), estaba claro, sobre la base de los hechos, que la Comisión tenía la facultad de decidir como lo había hecho; y el asunto en el que recayó la sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, ↔ Rec. p. 1875), ilustra hasta que extremo el Tribunal de Justicia puede fiscalizar el ejercicio de las competencias de la Comisión.

La segunda razón que la Comisión aduce en su Decisión en apoyo de su opinión sobre esta parte del asunto, es que DCL «está en situación de garantizar, a través de otros medios que no sean la obstaculización de las exportaciones paralelas, que sus distribuidores exclusivos cumplen eficazmente sus funciones». La Comisión cita a continuación dos ejemplos de modos de actuar que DCL hubiera podido seguir:

- a) «DCL podría» afirma, «como hace en el mercado británico, asumir personalmente la responsabilidad de promocionar las ventas en otros mercados de la CEE»; o
- b) DCL podría «tomar en consideración el coste de las actividades de promoción llevadas a cabo por los distribuido-

res exclusivos en los precios que les factura».

Y la Comisión continúa diciendo: «no se ha demostrado que las condiciones del mercado descritas por DCL no permitan recurrir a otros sistemas de precios que no den lugar a una restricción de la competencia». No se desprende con claridad de la propia Decisión si se trata de una conclusión basada en lo anterior o si se trata de una tercera vía que, en opinión de la Comisión, hubiera permitido a DCL superar la dificultad. A la luz de las alegaciones formuladas ante este Tribunal en representación de la Comisión, la última respuesta es la correcta.

La solución según la cual DCL asumiría personalmente la responsabilidad de promocionar las ventas en otros mercados de la CEE no puede aceptarse.

En primer lugar, esta solución ignora las pruebas (contenidas en el Anexo V de las observaciones escritas de DCL) relativas a los vanos intentos de comercializar directamente whisky escocés en el continente realizados por la propia DCL así como por Wm Teacher & Sons Limited (siendo Suiza el mercado en el caso de Teacher). La Comisión intentó rebatir dichas pruebas refiriéndose (en su escrito de defensa) al método seguido por Martini & Rossi para implantarse en el mercado británico, así como al adoptado por Arthur Guinness Son and Company Limited para implantarse en los mercados de «países de la Comunidad a excepción de Francia y Bélgica». DCL demostró de manera convincente (véanse pp.

39 a 42 de la réplica) que la referencia al caso de Martini & Rossi no era pertinente por una serie de razones. En lo referente a Guinness, DCL manifestó principalmente que no sabía mucho sobre dicho asunto y, en particular, que no sabía en qué medida Guinness había conseguido conquistar dichos mercados. La Comisión (en su duplica) cedió en este punto, manifestando que no había tenido la intención de sugerir que las operaciones de Martini & Rossi fueran «idénticas a las de DCL» y pareciendo admitir que todo lo que sabía acerca de Arthur Guinness Son and Company Limited era lo que se desprendía del informe anual de dicha compañía relativo al ejercicio de 1977 que había «creado recientemente filiales en Alemania y en Italia».

No obstante, la principal objeción a dicha solución es que equivale a mantener que DCL debería integrar verticalmente su sistema de distribución, porque «promoción» en el presente caso no significa mera publicidad. DCL debería hacerse cargo de las organizaciones de almacenamiento y de venta de sus distribuidores o crear una propia. Sustituir cerca de 200 distribuidores por una red monolítica gestionada por el productor debe ser perjudicial para la competencia. Ello significaría en particular el fin de la competencia entre las marcas DCL.

A la segunda alegación de la Comisión, según la cual DCL debería tomar en consideración los costes correspondientes a la promoción de las ventas efectuadas por los distribuidores exclusivos en los precios que se les aplican, DCL objetó que en ese caso tendría que venderles a pérdida. La Comi-

sión replicó que ello no era necesario, dado que DCL podría incrementar todos sus precios, incluyendo los aplicados en el Reino Unido. Ahora bien, está claro que DCL no podría hacerlo en medida suficiente sin excluirse por ello del mercado británico. La falta de comprensión por parte de la Comisión de las pruebas que se le presentaron está demostrada por el hecho de que en su escrito de contestación mencionaba que DCL había incrementado algunos de sus precios británicos como reacción a la Decisión, como prueba de que nada impedía a DCL aumentar dichos precios. La Comisión proseguía diciendo:

«Corresponde a DCL decidir si estima que la posible compensación comercial final justifica el intento de penetrar en los mercados continentales de la CEE. Si DCL considera que las potenciales ventajas no justifican los riesgos, probablemente decida no vender en la CEE continental. Si, por el contrario, las potenciales ventajas son convenientes, DCL probablemente esté dispuesta a efectuar los gastos y esfuerzos que sean necesarios para obtener dichas ventajas. Lo que una sociedad de la importancia de DCL, que ofrece un producto tan largamente arraigado como es el whisky escocés, no puede hacer con arreglo a la política comunitaria de la competencia, es intentar encubrirse, obstaculizando, las importaciones paralelas y compartimentando el mercado en la CEE, para así poder practicar precios elevados al penetrar en el mercado.»

En este pasaje, la Comisión parece decir que no le preocupa saber si los productos DCL se distribuyen o no en los Estados

miembros del Continente; que la observancia de su propia política en materia de importaciones paralelas es más importante. Que este era el enfoque de la Comisión, enfoque que, en mi opinión, es incompatible con el correcto ejercicio por parte de la Comisión de las facultades discrecionales que le corresponden con arreglo al apartado 3 del artículo 85, parece quedar confirmado en la siguiente frase de la dúplica:

«Si desde su perspectiva comercial, DCL decide que no puede operar de manera suficientemente ventajosa como para que se justifiquen los costes económicos y de otro tipo que debería asumir, probablemente se retirará y dejará el mercado a otras empresas.»

Consideraré a continuación la tercera alegación de la Comisión, que mantiene que DCL no probó que las condiciones del mercado que describió no permitían aplicar otros sistemas de precios que no produjeran una restricción de la competencia. Ante este Tribunal, la Comisión, en apoyo de dicha afirmación, se basó en las cifras de los costes de los distribuidores que constan en los suplementos cuarto y sexto a las observaciones escritas de DCL. Dichas cifras, en mi opinión, no prueban, como sugiere la Comisión, que la alegación fundamental de DCL sea una falacia. Pero sí que prueban que el importe de la diferencia entre los precios que las filiales de DCL imponían a sus distribuidores exclusivos y a los exportadores paralelos no siempre era apropiado. Esto es concretamente el caso de la ginebra, donde la diferencia alcanzaba las 5,25 UKL de media por caja, mientras que los costes

adicionales de los distribuidores exclusivos alcanzaban únicamente una media de 4,21 UKL por caja. En cuanto al whisky, las cifras eran 5,16 y 5,07 UKL respectivamente, de modo que quizá la diferencia se podría considerar *de minimis* y estimar en efecto la alegación de DCL, según la cual su conocimiento del mercado, incluso antes de haber analizado detalladamente los costes de sus distribuidores exclusivos, le permitió apreciar el importe de dichos costes de manera relativamente precisa.

La Comisión subrayó, no obstante que la cifra de 5,07 UKL era únicamente una media y que los costes de algunos distribuidores eran inferiores, y en algunos casos, muy inferiores. Esto, por supuesto, es cierto. También es cierto que los costes de algunos distribuidores eran superiores y en algunos casos muy superiores. La verdadera cuestión es si adoptar una media general no era recurrir a un método demasiado burdo. Creo que DCL tenía razón al decir que no podía cambiar la cifra en función del país. Aparte de la dificultad práctica que suponía que DCL supiera a qué país se destinaba un pedido al precio de exportación CEE, dicho procedimiento hubiera llevado a compartimentar el mercado común todavía más. Al menos, con el sistema aplicado por DCL, el único compartimento existente era el que separaba al Reino Unido del resto de la Comunidad. Por otro lado, no estoy convencido de que DCL no hubiera debido hacer diferencias entre las marcas. Las cifras parecen demostrar que los costes medios de promoción de algunas marcas son considerablemente superiores a los que ocasiona la promoción de otras marcas.

El hecho de que puedan hacerse dichas críticas de los índices diferenciales de precios de DCL no significa, sin embargo, que la Decisión de la Comisión pudiera mantenerse, ya que la Decisión no se basaba en la crítica de las cifras sino en la condena del sistema de doble precio como tal. En efecto, cuando DCL solicitó una reunión con la Comisión para discutir los resultados de la investigación acerca de los costes de los distribuidores exclusivos, la Comisión expresó su punto de vista en un telex de 24 de octubre de 1977, en el que, si bien daba su acuerdo para la reunión del 15 de noviembre de 1977 u otra fecha posterior, decía que no había «ninguna relación entre la especificación de sus costes de distribución y el procedimiento en curso que pudiera justificar lo más mínimo una ralentización de dicho procedimiento», y añadía: «Por lo tanto, debe quedar claro que nuestra próxima reunión tratará únicamente sobre su futura política de precios». Es significativo que la Decisión, que expone hechos y cifras detalladas en muchos otros aspectos, no diga nada acerca de los costes reales de los distribuidores exclusivos.

De este modo llegamos a las cuestiones de procedimiento.

Las cuestiones de procedimiento

Por lo que a éstas se refiere, hay que examinar en primer lugar la alegación de DCL, según la cual si la Comisión ha incurrido en un vicio sustancial de forma, debe declararse la nulidad de la Decisión en su integridad, sin que DCL tenga necesidad de probar que dicho vicio afectó al resultado del

procedimiento. La única referencia que el Abogado de DCL ha citado en apoyo de dicha sugerencia es un manual de Derecho administrativo francés (La Ferrière: *Traité de la juridiction administrative*, 2.º ed., vol. II, pp. 522-523). No obstante, como indiqué en la sentencia de 16 de octubre de 1975, Deboeck/Comisión (90/74, Rec. pp. 1123 y ss., especialmente pp. 1140 a 1142), el Derecho comunitario difiere a este respecto del Derecho francés. En Derecho comunitario quien impugne la validez de una Decisión administrativa no puede basarse en una irregularidad del procedimiento que condujo a dicha Decisión si no puede demostrar al menos la posibilidad de que, de no ser por dicha irregularidad, la Decisión hubiera sido diferente. Esta norma ha sido aplicada tanto en asuntos de competencia como en asuntos de funcionarios [véanse, en lo referente a los asuntos de competencia, las sentencias «quinina», de 15 de julio de 1970, Chemiefarma/Comisión (41/69, Rec. p. 661), apartados 47 a 53; Buchler/Comisión (44/69, antes citada, p. 733), apartados 15, 35 y 36, y Boehringer Mannheim/Comisión (45/69, antes citada, p. 769), apartados 15, 39 y 40; en cuanto a los asuntos de funcionarios, recordé la jurisprudencia anterior en la sentencia Deboeck/Comisión, y desde entonces la norma se ha visto confirmada en esa misma sentencia en los apartados 11 a 15, en la sentencia de 29 de septiembre de 1976, Morello/Comisión (9/76, Rec. p. 1415), apartado 11, y en la sentencia de 11 de mayo de 1978, De Roubaix/Comisión (25/77, Rec. p. 1081), apartado 22. Así pues, en mi opinión, todo vicio sustancial de forma en que haya incurrido la Comisión o, en este caso, el Comité Consultivo, sólo puede invalidar la Decisión de la Comisión

en la medida en que se refiera a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a las condiciones de precios, ya que DCL no discutió en el procedimiento administrativo la opinión de la Comisión acerca de ningún otro aspecto relevante, de modo que la Decisión no hubiera podido ser diferente en relación a ningún otro aspecto relevante. En efecto, resultaría extremadamente raro que, por ejemplo, el Tribunal de Justicia mantuviera ahora que la Decisión era nula en la medida en que declara que el apartado 1 del artículo 85 es aplicable a las condiciones de precios, mientras que en el procedimiento administrativo DCL (acertadamente, en mi opinión) aceptó que lo era.

También hay que examinar el problema que se plantea acerca de la interpretación del apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Se plantea porque dos de las alegaciones de DCL no fueron expuestas ni en la demanda ni en la réplica, sino que aparecieron por primera vez en un documento titulado «*Addendum* a la réplica» que DCL presentó con posterioridad a la réplica. Contiene afirmaciones de DCL relativas a la apreciación económica de Lady Hall, así como a la denuncia de Bulloch. La razón por la que DCL no expuso la primera de ellas antes, era que DCL no tuvo noticias de que el informe de Lady Hall no se encontraba en la lista de «los documentos más importantes» elaborada por la Comisión para el Comité Consultivo hasta que recibió la réplica. La razón por la que DCL no expuso antes la segunda alegación es que no tuvo conocimiento del contenido íntegro de la denuncia de Bulloch hasta que se le notificó la demanda de intervención de ésta, demanda

que contenía el texto completo de la denuncia en anexo. Dicha demanda fue presentada con posterioridad a la réplica. Solo entonces, según DCL, se dio cuenta de que la copia de la denuncia que la Comisión le había transmitido había sido censurada en un grado inadmisibile. DCL se basa en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 42, el cual, implícitamente, permite que se invoquen «motivos nuevos» en el curso del procedimiento si se fundan «en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante la fase escrita del procedimiento». Creo que estas palabras se ajustan a nuestro caso, pero la Comisión expresó objeciones a la admisibilidad del *addendum*. Con arreglo a los párrafos segundo y tercero del apartado 2 del artículo 42, el Sr. Presidente permitió a las demás partes que respondieran a las cuestiones suscitadas en el *addendum*, y la decisión relativa a su admisibilidad se reservó para la sentencia definitiva.

Dos asuntos recientes en los que se invocó sin éxito el apartado 2 del artículo 42 han sido acertadamente descartados por el Abogado de DCL: se trata del asunto en el que recayó la sentencia de 25 de septiembre de 1979, Comisión/Francia (232/78, Rec. p. 2729) y del asunto en que recayó la sentencia de 18 de octubre de 1979, GEMA/Comisión (125/78, Rec. p. 3173). En estos dos asuntos, el apartado 2 del artículo 42 se invocó como un medio de extender el alcance del recurso.

Me adhiero a la opinión expuesta por el Abogado General Sr. Capotorti en sus conclusiones en el asunto en que recayó la sentencia de 5 de abril de 1979,

Kobor/Comisión (112/78, Rec. pp. 1573 y ss., especialmente pp. 1573 a 1581), opinión implícitamente admitida por el Tribunal de Justicia en dicho asunto. Dijo que «una interpretación demasiado estricta del apartado 2 del artículo 42 no parece justificada; lo importante es determinar si la parte contra la que se invoca el nuevo motivo ha visto perjudicada su defensa debido al comportamiento de la otra parte en el procedimiento». En el caso de autos tanto la Comisión como Bulloch pudieron presentar observaciones, por escrito y en la audiencia, sobre el *addendum*. Además, las alegaciones expuestas por la Comisión contra la admisibilidad del *addendum* (en un largo escrito dirigido al Secretario con fecha de 23 de noviembre de 1978) me parecen mal concebidas, aunque se interpretara estrictamente el apartado 2 del artículo 42. Así pues, consideraré admisible el *addendum*.

Pasamos ahora a la primera de las irregularidades de procedimiento alegadas por DCL, a saber, que un determinado número de documentos importantes no fueron adecuadamente tomados en consideración o no lo fueron en absoluto por el Comité Consultivo.

En los asuntos «quinina», el Abogado General Sr. Gand dijo, aludiendo específicamente al Comité Consultivo, que «la omisión o cumplimiento irregular de un requisito formal del procedimiento o de la consulta de un órgano previstos en una norma antes de adoptar una Decisión puedan constituir en ciertos casos un vicio sustancial de forma que implique la ilegalidad de la Decisión» (véanse las conclusiones del Abogado Ge-

neral Sr. Gand en el asunto en el que recayó la sentencia de 15 de julio de 1979, Chemiefarma/Comisión, antes citada, p. 713). Añadiré que, por lo que a mi respecta, veo el procedimiento del Comité Consultivo con cierta inquietud a causa del secreto que lo rodea. Las empresas afectadas se dejan en la ignorancia acerca de lo que la Comisión cuenta o deja de contar al Comité, así como el contenido del informe del Comité. No tienen oportunidad de dirigirse al Comité. La cuestión de si un procedimiento así es compatible con los principios fundamentales del Derecho comunitario cuya observancia el Tribunal de Justicia está obligado a garantizar, no se ha suscitado ni ha sido planteado en este asunto. No obstante, suponiendo que las disposiciones del artículo 10 del Reglamento nº 17, que prescriben dicho procedimiento, sean válidas, los riesgos de injusticia que acarrea exigen, a mi juicio, que se aplique con un escrupuloso cuidado.

Sin embargo, no imputaré a la Comisión el hecho de no haber incluido el informe del Lady Hall entre «los documentos más importantes». No me parece que dicho informe aporte una contribución sustancial a las observaciones escritas de DCL y creo que la Decisión de excluirlo se inscribe efectivamente en el marco de las facultades discrecionales de la Comisión a tenor del apartado 5 del artículo 10.

En cuanto a los suplementos cuarto y quinto a las observaciones escritas de DCL, albergo más dudas todavía. DCL manifestamente los consideraba importantes y yo creo que lo eran. El cuarto suplemento, como este

Tribunal recordará, contenía los resultados de la encuesta de DCL sobre los costes de sus distribuidores exclusivos de whisky escocés, mientras que el quinto contenía las respuestas motivadas de DCL a dos cuestiones planteadas por funcionarios de la Comisión durante la audiencia: en primer lugar, el hecho de que una solución al problema de DCL podría ser aumentar los precios a los mayoristas británicos y reducir los precios a los distribuidores exclusivos del continente, y en segundo lugar, el hecho de que DCL quizá debiera aplicar precios diferentes a los distribuidores exclusivos de los diferentes países en función de los diferentes costes que cada uno soporta. La Comisión admite naturalmente que el Comité Consultivo no fue informado de la existencia de dichos documentos 14 días antes de la reunión, como el apartado 5 del artículo 10 impone. La Comisión tampoco dice que no considerara importantes los documentos de que se trata. Se defiende manteniendo que el Comité fue informado de su contenido durante la reunión y que éste decidió no posponer la reunión para estudiarlos en profundidad. «Dicha Decisión» afirma la Comisión, «dependía enteramente de la facultad de apreciación del Comité y la Comisión no tenía ningún derecho ni obligación de intervenir. Al informar al Comité de la existencia de los documentos, la Comisión cumplió íntegramente sus obligaciones. La acción subsiguiente del Comité Consultivo no constituye ningún motivo de anulación de la Decisión de la Comisión.» (escrito de contestación, apartado 174). Pero, a mi juicio, la inobservancia de requisitos de procedimiento por parte del Comité vicia tanto la Decisión de la Comisión como su inobservancia por parte de la Comisión.

DCL propuso que si el Tribunal de Justicia albergaba alguna duda al respecto, debería ordenar a la Comisión que le presentara «el acta de la reunión del Comité Consultivo». En este caso, el Tribunal de Justicia solicitó una copia del Acta redactada con arreglo al apartado 6 del artículo 10 del Reglamento nº 17. La Comisión accedió a dicha petición pero solicitó ser oída más detenidamente sobre la cuestión de la confidencialidad de dicha Acta si el Tribunal de Justicia tenía la intención de revelar su contenido a DCL. La Comisión se refería sin duda al procedimiento seguido en la sentencia de 17 de noviembre de 1976, Mills/BEI (110/75, Rec. pp. 1613 y ss., especialmente pp. 1634 y 1635). Si yo hubiera creído que dicho punto podía ser decisivo en este asunto, habría solicitado a este Tribunal que escuchara a las partes al respecto. Pero como no lo creía, ni lo creo, no insistiré sobre la cuestión.

En cuanto al sexto suplemento, que contenía los resultados de la investigación llevada a cabo por DCL sobre los costes de sus distribuidores exclusivos de ginebra, el argumento de la Comisión era, en efecto, con otras palabras, que no era uno de «los documentos más importantes». DCL no rebatió este punto.

Llegamos así a la cuestión del Acta de la audiencia.

DCL alega no sólo que el Acta no se hallaba en la lista de documentos más importantes que la Comisión envió al Comité Consultivo, sino también que ni siquiera existía en

forma de proyecto el 21 de octubre de 1977, cuando tuvo lugar la reunión del Comité. Este Tribunal recordará que el apartado 4 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión exige que se redacte dicha Acta y que se apruebe por los participantes en la audiencia. Cabe preguntarse por qué casi cuatro meses después de la audiencia aún no se había iniciado ninguna acción dirigida a cumplir dicho requisito.

El Abogado de DCL ha mantenido que el Comité Consultivo no puede deliberar válidamente a menos que disponga del Acta de la audiencia. La Comisión ha señalado que los Reglamentos aplicables no contienen ninguna disposición expresa que prevea que el Comité deba disponer de dicha Acta.

En la sentencia de 15 de julio de 1970, Buchler/Comisión (44/69, Rec. p. 733), se mantuvo que tanto el Comité Consultivo como la Comisión habían actuado sobre la base de un proyecto de Acta que no tomaba en consideración las enmiendas propuestas por el demandante. El Tribunal de Justicia estimó que la validez de la Decisión de que se trataba en dicho caso solamente se hubiera visto afectada si dicha versión del Acta hubiera podido inducir a error sobre un aspecto fundamental. Pero no era el caso, ya que todas las enmiendas propuestas se referían a cuestiones no esenciales. El proyecto, por lo tanto, podía «facilitar una información completa sobre el contenido esencial de las declaraciones efectuadas durante la audiencia» (véanse los apartados 16 y 17 de la sentencia). Una objeción similar en la sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión (48/69, Rec. p. 619)

recibió la misma respuesta (véanse los apartados 27 a 33 de la sentencia). Sobre estos precedentes puede basarse la tesis según la cual podría haber un vicio sustancial de forma si el Comité Consultivo recibió un proyecto de Acta incompleto o impreciso hasta el punto de poder ser inducido a error. No contemplan el supuesto de la situación en la que el Acta no existe en absoluto.

Sin embargo, me parece implícitamente previsto en el Reglamento nº 99/63 considerado en su conjunto y a la luz del artículo 10 del Reglamento nº 17, que el Comité Consultivo debe poder disponer del Acta. Me refiero en particular al artículo 1 del Reglamento nº 99/63, el cual impone a la Comisión celebrar una audiencia antes de consultar al Comité Consultivo. Dificilmente puede el legislador comunitario haber querido que los miembros del Comité deban esclarecer lo que se ha dicho durante la audiencia recurriendo a otros medios diferentes al Acta prescrita por el apartado 4 del artículo 9 del mismo Reglamento. Tampoco veo cómo la Comisión podría elaborar adecuadamente los documentos requeridos en el apartado 5 del artículo 10 del Reglamento nº 17, a saber, una exposición del asunto, la lista de los documentos más importantes y un anteproyecto de Decisión sin disponer siquiera de un proyecto de dicha Acta.

Por lo tanto, considero que la inexistencia del Acta constituye a primera vista un vicio sustancial de forma. Digo «a primera vista», porque la Comisión ha mantenido que, suponiendo que fuera así, DCL no ha sufri-

do por ello ningún perjuicio, ya que «durante la audiencia, los testigos y consejeros de DCL se limitaron a repetir cosas contenidas esencialmente en documentos anteriores». Yo no creo que lo que dijeron fuera una mera repetición. Por otro lado, me inclino a creer que no era tan nuevo o distinto de lo que se dijo en las observaciones escritas de DCL y en su segundo y tercer suplementos como para que se hubiera podido modificar el desenlace del asunto. Los nuevos elementos recogidos en el Acta consistían principalmente en una alegación enérgica formulada en nombre de Bulloch. Tampoco a este respecto me parece posible formar una opinión definitiva sin tomar en consideración el contenido del informe del Comité Consultivo, que no fue transmitido a DCL. Así, también aquí, si hubiera creído que este punto podía resultar decisivo para la solución del litigio, habría instado a este Tribunal a oír las alegaciones de las partes sobre si el informe tenía que guardarse secreto en el presente procedimiento.

Me ocuparé ahora de la segunda de las principales irregularidades en el procedimiento alegadas por DCL, es decir, la relativa a la censura de la denuncia de Bulloch llevada a cabo por la Comisión.

La cuestión que se plantea aquí es el alcance de las facultades de la Comisión para amputar una denuncia recibida de una «persona física o jurídica» con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, al transmitirla a la empresa contra la que se formula. (Dicho artículo utiliza de hecho el término «solicitud», pero yo seguiré refiriéndome a «denun-

cia», ya que es el término que ha venido usándose a lo largo de este procedimiento). No tengo la menor duda de que la Comisión tiene la facultad y, de hecho, el deber, de eliminar de dicha denuncia los pasajes que revelen secretos comerciales del denunciante, lo que tampoco discute DCL. Imagino que probablemente también haya casos en que la Comisión deba evitar revelar la identidad del denunciante —lo cual puede incluso requerir suprimir íntegramente la denuncia— con el objeto de proteger al denunciante de posibles represalias; pero nada de esto ocurre en el presente asunto. La cuestión es si las facultades de la Comisión son aún más extensas y, en particular, si, y en su caso, en qué medida, permiten a la Comisión suprimir cuanto considere desprovisto de relevancia.

El principio general no se cuestiona. Todo el que pueda verse afectado por una decisión administrativa que le concierna individualmente tiene derecho a ser oído antes de que se adopte la decisión y, a tal fin, saber cuáles son los cargos formulados en su contra. De nuevo, el principio se aplica en Derecho comunitario tanto en materia de competencia como en materia de funcionarios [por cuanto a competencia se refiere, véanse las sentencias «Quinina» (antes citadas), Transocean (antes citada) y la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461); por lo que a los asuntos de funcionarios se refiere, véase la sentencia de 11 de mayo de 1978, Oslizlok/Comisión (34/77, Rec. p. 1099) y la jurisprudencia anterior que recoge en mis conclusiones en dicho asunto, pp. 1124-1125].

Se nos ha dicho en nombre de la Comisión que las denuncias que reciben a menudo contienen «elementos absolutamente ajenos e irrelevantes, que incluyen informaciones relativas a otras sociedades a las que el pliego de cargos no se refiere en absoluto». No hay duda de que la Comisión puede efectivamente suprimir dichas informaciones. Pero lo que censuró en la denuncia de Bulloch no es de estas características. Dejando aparte los pasajes que DCL admitió haber sido pertinentemente omitidos (ya que revelaban secretos comerciales de Bulloch), la censura de la Comisión incluía capítulos referidos a la producción y a las ventas de whisky escocés en general, a la posición de DCL en el sector industrial de que se trata, a los mercados de whisky al por mayor y al por menor, a la política seguida por DCL en materia de distribución y a la «posición dominante» de la que gozaba DCL según Bulloch. La Comisión afirmó que dichos capítulos eran irrelevantes porque los únicos cargos de los que DCL debía responder eran los que la Comisión le había formulado en el pliego de cargos, el cual se basaba únicamente en hechos cuya existencia DCL había reconocido, y porque el asunto no se basaba en absoluto en el artículo 86 del Tratado. En mi opinión, esto es interpretar la «relevancia» en un sentido excesivamente estricto. La Comisión tampoco ha explicado por qué si consideraba relevantes los pasajes que omitió, no los omitió también en la versión de la denuncia de Bulloch que comunicó al Comité Consultivo como uno de los «documentos más importantes del asunto».

DCL señaló los aspectos en los que se encontraba en desventaja en la presentación de su defensa a la Comisión, y a través de

ésta, al Comité Consultivo, por el hecho de que dichos pasajes le hubieran sido ocultados. No es necesario que abuse del tiempo de este Tribunal examinándolos todos. Me referiré sólo a dos.

El primero es que a DCL se le denegó la oportunidad de rebatir los hechos que Bulloch refirió erróneamente y que daban la impresión de que DCL era una multinacional que poseía o controlaba «filiales o sociedades afiliadas en casi 100 países» y que disfrutaba de una posición dominante en el mercado del whisky escocés. Es cierto que la Comisión desestimó la tesis según la cual DCL disfrutaba de una posición dominante. Pero no podemos estar seguros de la impresión que estos hechos sin rebatir dejaron, consciente o inconscientemente, en los funcionarios encargados del caso, influenciando así su actitud referente a este asunto. DCL puso de relieve un indicio en este sentido. El acta de la audiencia (p. 63) indican que el Dr. Sauter, jefe de la delegación del Bundeskartellamt, formuló cuatro observaciones, una de las cuales era que «DCL pide mucho al solicitar una exención para su sistema de distribución cuantitativa cuando disfruta de una posición monopolística». Creo que el Dr. Sauter no puede haber sacado dicha impresión sino de la versión íntegra de la denuncia de Bulloch. Tampoco la hubiera sacado si DCL hubiera estado en situación de rebatir las afirmaciones de Bulloch oportunamente.

En segundo lugar, DCL declaró que si se le hubiera comunicado la versión íntegra de la denuncia de Bulloch (omitiendo únicamente los secretos comerciales de Bulloch), habría

podido servirse de las declaraciones de Bulloch que corroboraban su propia tesis. Entre estas declaraciones destaca la explicación que dio Bulloch sobre sus razones para querer exportar las marcas de whisky escocés de DCL. Bulloch afirmaba que producía desde hacía muchos años sus propias «blends» de whisky escocés «Glen Catrine» y «Scots Earl», que eran «whiskies corrientes de buena calidad pero no marcas muy conocidas». Bulloch afirmó que había vendido algunas cantidades de Glen Catrine y de Scots Earl en el continente, pero que los compradores se mostraban algo reticentes para tratar con un distribuidor que no podía ofrecerles «las marcas principales». Concluía así: «En el caso de Bulloch, ya que la única alternativa para exportar sus propias marcas de whisky sería que se embarcara en una campaña publicitaria, lo que está por encima de sus posibilidades, sus actividades de exportación no pueden continuar a menos que pueda aprovisionarse de marcas de whisky DCL». Ello muestra, según DCL, que de acuerdo con la propia Bulloch, una marca de whisky no podría distribuirse con éxito en los Estados miembros del continente sin invertir dinero en su promoción. La Comisión desdeñó el argumento manifestando que lo que Bulloch había dicho no añadía nada a «la alegación» que DCL había «formulado constantemente a lo largo del procedimiento». Creo que al hacer esto la Comisión actuó equivocadamente. Un argumento se ve fortalecido cuando las pruebas aportadas por la parte contraria confirman su pertinencia.

Me parece imposible afirmar que si la Comisión hubiera enviado a DCL el texto íntegro de la denuncia Bulloch y recortado

únicamente los pasajes en los que Bulloch revelaba sus secretos comerciales, la Decisión de la Comisión hubiera sido inevitablemente la misma. En mi opinión, la Comisión parece haber perdido de vista que «no solamente debe hacerse justicia, sino que debe resultar manifiesto que se ha hecho». No resulta manifiesto que se haya hecho justicia cuando se ha ocultado a una empresa, por razones no imperativas, una parte del texto de una denuncia presentada en su contra.

El Abogado de DCL expresó durante la audiencia su temor de que el Tribunal de Justicia, aun llegando a la conclusión de que la Comisión había seguido un comportamiento contrario a Derecho al censurar el texto de la denuncia de Bulloch como lo hizo, estimara, sobre la base de su sentencia en el asunto Hoffmann-La Roche (antes citado), que la irregularidad había sido subsanada por el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia, en el cual se había comunicado a DCL el texto íntegro de la denuncia (véanse los apartados 15 a 19 de dicha sentencia). Sostuvo que la parte de la sentencia recaída en el asunto Hoffmann-La Roche de que se trata aquí se oponía a lo que el Tribunal de Justicia había declarado la semana precedente en la sentencia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión (asuntos acumulados 15/76 y 16/76, ⁺ Rec. p. 321) y que, de ambas sentencias, debía prevalecer la última. Yo estoy de acuerdo. En la sentencia Francia/Comisión el Tribunal de Justicia declaró que:

«[...] en el marco de un recurso de anulación con arreglo al artículo 173 del Tratado, debe apreciarse la legalidad del acto impug-

nado en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el acto;

que, por consiguiente, a efectos de dicha apreciación, no se puede tener en cuenta una regularización efectuada con posterioridad a esa fecha.»

(Apartados 7 y 8 de la sentencia).

Creo que esto es correcto, aunque sólo sea porque con arreglo al artículo 173 del Tratado, el Tribunal de Justicia «controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión», que significa que deben ser conformes a Derecho en el momento de su adopción. La sentencia recaída en el asunto Hoffmann-La Roche ha sido criticada por una parte de la doctrina, fundadamente en mi opinión. Considerar que, en un caso como el presente, la violación por parte de la Comisión del derecho de una empresa a ser oída no vicia la Decisión de la Comisión si seguidamente se da a dicha empresa la oportunidad de ser oída ante este Tribunal equivaldría, a mi juicio, a decir que la Comisión puede incumplir impunemente

formas esenciales del procedimiento, bien porque la empresa afectada no recurra al Tribunal de Justicia, o bien porque, en caso de hacerlo, la irregularidad puede subsanarse a lo largo del procedimiento.

Por lo tanto, considero que el motivo aducido por DCL en relación a la censura realizada en la denuncia de Bulloch es procedente.

La tercera alegación relativa al procedimiento formulada por DCL era que, por cuanto al Pimm's se refiere, la Decisión de la Comisión se apoyaba en «fundamentos insuficientes y/o contradictorios». Esta alegación, que no se desarrolló mucho, mantenía que uno de los fundamentos principales que se invocaban a efectos de la Decisión era que «las bebidas alcohólicas de DCL no son productos nuevos», mientras que las pruebas aportadas habían demostrado que al menos el Pimm's era un producto nuevo en la parte continental de la CEE. A mi juicio, esta alegación se refiere más al fondo de la Decisión que al procedimiento. Si es correcto lo que he dicho sobre el fondo del asunto, esta alegación resulta superflua.

Conclusión

En conclusión, aunque creo que la Comisión ha incurrido al menos en un vicio sustancial de forma del procedimiento, y aunque creo que su Decisión no puede mantenerse en cuanto al fondo, considero que, por no haber notificado las condiciones de precios en debida forma, procede desestimar el recurso de DCL y condenarla en costas, incluyendo las de Bulloch.