

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 11 de diciembre de 1980 *

En el asunto 31/80,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Rechtbank van koophandel de Amberes, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

NV L'Oréal, de Bruselas,

SA L'Oréal, de París,

y

PVBA «De Nieuwe AMCK», de Hoboken,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE,

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: J. Mertens de Wilmars, Presidente; P. Pescatore y T. Koopmans, Presidentes de Sala; A.J. Mackenzie Stuart, A. O'Keefe, G. Bosco y A. Touffait, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Reischl;
Secretario: Sr. A. Van Houtte;

dicta la siguiente

Sentencia

(No se transcriben los antecedentes de hecho.)

Fundamentos de Derecho

- 1 Mediante resolución de 17 de enero de 1980, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de enero, el Rechtbank van koophandel de Amberes planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado.
- 2 Dicha cuestión se suscitó con ocasión de una acción entablada por la sociedad belga L'Oréal NV y la sociedad francesa SA L'Oréal contra la sociedad «De Nieuwe AMCK» ante el Presidente del Rechtbank van koophandel de Amberes, que conoce del asunto en procedimiento sobre medidas cautelares. Las sociedades L'Oréal establecieron en Bélgica una red de distribución selectiva para productos de cuidados capilares Kérastase. La sociedad De Nieuwe AMCK no forma parte de esta red de distribución. La acción entablada se dirige, en particular, a que se declare que el hecho de que la demandante ofrezca a la venta o venda productos Kérastase en los que figura la mención expresa de que sólo pueden venderlos peluqueros-asesores Kérastase, y que,

llegado el caso, el hecho de abastecerse de tales productos contribuyendo a un incumplimiento contractual constituyen actos contrarios a los usos leales en materia comercial. Dicha acción se dirige, además, a que se prohíba a la demandada ofrecer a la venta, vender los mencionados productos o abastecerse de ellos.

3 La parte demandada en el procedimiento principal invocó, ante el órgano jurisdiccional nacional, la ilegalidad de la red de distribución selectiva de L'Oréal, que consideraba contraria a las normas comunitarias sobre la competencia. Las partes demandantes en el procedimiento principal aportaron en la réplica un escrito remitido por la Comisión a SA L'Oréal el 22 de febrero de 1978. Mediante este escrito, la Comisión informó a la sociedad de que, habida cuenta que la cuota de mercado de L'Oréal en el sector de los productos de perfumería, belleza y tocador era de escasa magnitud y dada la gran cantidad de empresas de similares dimensiones que compiten en este mercado, la Comisión consideraba que debía abstenerse de intervenir, basándose en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, respecto al sistema de distribución de L'Oréal y que, por consiguiente, se había procedido al sobreseimiento del asunto.

4 A la vista de tales alegaciones, el Rechtbank van koophandel decidió suspender el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Puede ser objeto de una exención con arreglo al artículo 85 del Tratado de Roma el sistema de acuerdos paralelos de distribución exclusiva entre productor e importador exclusivos, canalizado a través de redes de distribución selectiva entre los importadores nacionales y los minoristas escogidos por ellos, basado en pretendidos criterios de selección cualitativa y cuantitativa, en beneficio de algunos artículos de perfumería de toda una gama? Y, en particular, ¿sería éste el caso, desde el punto de vista del Derecho comunitario, de L'Oréal NV (Bruselas) y L'Oréal SA (París)?

2) ¿Tiene fuerza obligatoria una decisión de sobreseimiento que emana de un funcionario de la Comisión de las Comunidades Europeas, como la contenida en el escrito de 22 de febrero de 1978, firmado por el Director J.E. Ferry, de la Dirección General de la Competencia, Dirección

acuerdos entre empresas y abusos de posición dominante y dirigido a la primera demandante en el litigio principal?

- 3) ¿Deben considerarse las exenciones concedidas con arreglo al apartado 3 del artículo 85 como una tolerancia o bien crean un derecho que, desde la perspectiva del Derecho comunitario, es oponible frente a terceros? ¿Es éste el caso de L'Oréal?
- 4) ¿Pueden considerarse los comportamientos de L'Oréal respecto a terceros como un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 86 del Tratado de Roma?»
- 5 En primer lugar, es preciso recordar que en el marco de la misión que le confía el artículo 177 del Tratado, el Tribunal de Justicia no es competente para conocer de la aplicación del Tratado a un caso concreto. Por consiguiente, no procede que este Tribunal responda a la segunda parte de la primera cuestión. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con ocasión de los litigios que se le someten y a la vista de los hechos del asunto y en su caso de las respuestas a las cuestiones de interpretación que haya juzgado necesario plantear al Tribunal de Justicia, decidir si procede aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado.
- 6 No obstante, puesto que la acción de la Comisión puede influir en la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, es preciso examinar prioritariamente la segunda cuestión relativa a la naturaleza jurídica y a las consecuencias que se desprenden del escrito remitido por la Comisión a la SA L'Oréal.

Sobre la naturaleza jurídica del escrito objeto de controversia

- 7 Tal como declaró este Tribunal de Justicia en sus sentencias de 10 de julio de 1980, Lancôme (99/79, ↔ Rec. p. 2511); Giry y Guerlain (asuntos acumulados 253/78, 1/79, 2/79 y 3/79, ↔ Rec. p. 2327); Marty (37/79, ↔ Rec. p. 2481), el apartado 1 del artículo 87 del Tratado habilita al Consejo para adoptar los Reglamentos o Directivas apropiados para la aplicación de los principios establecidos en los artículos 85 y 86. Conforme a esta habilitación, el Consejo adoptó una serie de Reglamentos, en particular el Reglamento n° 17 del

Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), que autorizaron a la Comisión para adoptar diversas categorías de Reglamentos, Decisiones y Recomendaciones.

- 8 Entre los instrumentos de que dispone la Comisión para cumplir su misión figuran las Decisiones de declaración negativa y las Decisiones de aplicación del apartado 3 del artículo 85. Por lo que se refiere a las Decisiones de declaración negativa, el artículo 2 del Reglamento nº 17 del Consejo establece que la Comisión podrá certificar a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado. Por lo que se refiere a las Decisiones de aplicación del apartado 3 del artículo 85, los artículos 6 y siguientes del Reglamento nº 17, antes citado, establecen que la Comisión puede adoptar decisiones declarando que las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 son inaplicables a un acuerdo determinado siempre que éste le haya sido notificado, a menos que se halle dispensado de notificación en virtud del apartado 2 del artículo 4 del citado Reglamento. Los destinatarios de este tipo de decisiones ven así reconocido su derecho a aplicar, en las condiciones que pueda fijar la Comisión, un acuerdo, una práctica colusoria o una práctica concertada, y pueden oponer este derecho frente a todo tercero que, ante los órganos jurisdiccionales nacionales, invoque la infracción del apartado 1 del artículo 85 por el acuerdo, práctica colusoria o práctica concertada de que se trate.
- 9 El Reglamento nº 17 y sus Reglamentos de aplicación determinan las normas que debe seguir la Comisión para la adopción de las Decisiones antes citadas. Cuando la Comisión se proponga expedir una declaración negativa en virtud del citado artículo 2, o tomar una Decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, está obligada, con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17, a publicar lo esencial del contenido de la solicitud o de la notificación de que se trate, invitando a los terceros interesados a que le transmitan sus observaciones en el plazo que ella fije. Como establece el apartado 1 del artículo 21 del Reglamento, se publicarán las Decisiones de declaración negativa y de exención.
- 10 Es evidente que un escrito como el que la Dirección General de la Competencia remitió a la sociedad L'Oréal, que se expidió sin que se hubieran llevado a cabo

las medidas de publicidad previstas en el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y que no fue publicada conforme al apartado 1 del artículo 21 de dicho Reglamento, no constituye ni una Decisión de declaración negativa ni una Decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85, en el sentido de los artículos 2 y 6 del Reglamento nº 17. Como la propia Comisión subraya, sólo se trata de un escrito administrativo que comunica a la empresa interesada la opinión de la Comisión de que no ha lugar a que esta última intervenga, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, respecto a los contratos objeto de controversia, y que, por tanto, el asunto puede ser sobreseído.

- 11 Basada únicamente en los elementos de los que la Comisión tiene conocimiento, un escrito de estas características, que refleja una apreciación de la Comisión y pone fin al procedimiento de investigación por parte de los servicios competentes de la Comisión, no impide que los órganos jurisdiccionales nacionales, ante los que se invoca la incompatibilidad de los acuerdos de que se trate con el artículo 85, lleguen, en función de los elementos de que disponen, a una apreciación diferente sobre los citados acuerdos. Si bien no vincula a los órganos jurisdiccionales, la opinión comunicada en un escrito de estas características constituye un elemento de hecho que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta al examinar la conformidad de los acuerdos o comportamientos objeto de controversia con las disposiciones del artículo 85.
- 12 Procede, pues, responder a la segunda cuestión que un escrito firmado por un funcionario de la Comisión, en el que se indica que esta última no ve razón alguna para intervenir, en virtud del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, contra un sistema de distribución que se le notificó, no es oponible frente a terceros y no vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales. Constituye solamente un elemento de hecho que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta al examinar la compatibilidad del sistema objeto del litigio con el Derecho comunitario.

Sobre la aplicación del artículo 85 al sistema de distribución objeto de controversia

- 13 A la vista de la primera cuestión planteada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional y relativa a la posibilidad de que el sistema de distribución de que se trata pueda ser objeto de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, es preciso recordar que según el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº 17 antes citado, la Comisión tiene competencia exclusiva, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia, para declarar la inaplicabilidad de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. La competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales se limita a apreciar la conformidad del acuerdo, práctica colusoria o práctica concertada que se les someta con el apartado 1 del artículo 85, y en su caso a declarar la nulidad, conforme al apartado 2 del artículo 85, del acuerdo, práctica colusoria o práctica concertada de que se trate.
- 14 Así pues, el Juez nacional deberá examinar la validez del sistema de distribución de L'Oréal en relación con estas disposiciones. Corresponde al Tribunal de Justicia facilitarle los elementos de interpretación del Derecho comunitario que le permitirán pronunciarse.
- 15 Como este Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 25 de octubre de 1977, *Metro/Comisión* (26/76, Rec. p. 1875), los sistemas de distribución selectiva constituyen un elemento de competencia compatible con el apartado 1 del artículo 85, si la elección de los revendedores se hace en función de criterios objetivos de carácter cualitativo, relativos a la calificación profesional del revendedor, de su personal y de sus instalaciones, si estos requisitos se establecen de modo uniforme respecto a todos los revendedores potenciales y si se aplican de forma no discriminatoria.
- 16 Para determinar la naturaleza exacta de estos criterios «cualitativos» de selección de los revendedores, es preciso también examinar si las propiedades del producto de que se trata requieren, para preservar su calidad y asegurar su uso apropiado, un sistema de distribución selectiva, y si estos objetivos no se logran ya a través de una normativa nacional reguladora del acceso a la profesión de revendedor o de los requisitos exigidos para la venta del producto

de que se trata. Finalmente, es preciso verificar si los criterios exigidos exceden de lo que es necesario. A este respecto, recordemos que la sentencia Metro/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró que la obligación de contribuir a la implantación de un sistema de distribución, los compromisos relativos a la consecución de volúmenes de ventas, así como las obligaciones de mínimos de compras y de existencias, sobrepasan las necesidades de un sistema de distribución selectiva basado en exigencias cualitativas.

- 17 Cuando el acceso a una red de distribución se supedita a requisitos que van más allá de una mera selección objetiva de carácter cualitativo, en particular cuando se basa en criterios cuantitativos, el sistema de distribución cae en principio en la prohibición del apartado 1 del artículo 85, como declaró este Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (56/65, ↔ Rec. p. 337), dado que el acuerdo reúne diversos requisitos que no dependen tanto de su naturaleza jurídica como de su incidencia por un lado sobre el «comercio entre los Estados miembros» y por otro lado sobre «el juego de la competencia».
- 18 Para apreciar, por una parte, si un acuerdo puede afectar al comercio entre Estados miembros, procede determinar, en base a un conjunto de elementos objetivos de hecho o de Derecho y, particularmente, a la vista de las consecuencias del acuerdo de que se trate sobre las posibilidades de importación paralela, si dicho acuerdo permite prever con un grado de probabilidad suficiente que pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre los flujos comerciales entre Estados miembros.
- 19 Para apreciar, por otra parte, si debe considerarse prohibido un acuerdo a causa de las alteraciones del juego de la competencia que constituyen su objeto o su efecto, es preciso proceder al examen del juego de la competencia en el escenario real en que se produciría a falta del acuerdo objeto de controversia. A tal efecto, procede tomar en consideración la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos que constituyen el objeto del acuerdo, la posición y la importancia de las partes en el mercado de los productos de que se trate, el carácter aislado del acuerdo objeto de controversia o, al contrario, el lugar que ocupa en un conjunto de acuerdos. A este respecto, este Tribunal de Justicia precisó en la sentencia de 12 de diciembre de 1967, *Brasserie de Haecht* (23/67, ↔ Rec. p. 525), que la existencia de contratos similares es una

circunstancia que, junto con otras, puede formar el contexto económico y jurídico en el que se debe apreciar el contrato.

- 20 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta toda la información pertinente, determinar si el acuerdo cumple los requisitos necesarios para estar comprendido en la prohibición del apartado 1 del artículo 85.
- 21 Procede, por tanto, responder a la primera cuestión que los acuerdos en los que descansa un sistema de distribución selectiva, basado en criterios de admisión que van más allá de una mera selección objetiva de carácter cualitativo, reúnen los elementos constitutivos de la incompatibilidad con el apartado 1 del artículo 85, cuando estos acuerdos, aislada o simultáneamente con otros, en el contexto económico y jurídico en el que se producen y en base a un conjunto de elementos objetivos de hecho o de Derecho, pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. La Comisión tiene competencia exclusiva, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia, para conceder a estos acuerdos una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

Sobre la oponibilidad frente a terceros de una exención en el sentido del apartado 3 del artículo 85

- 22 Ya se ha subrayado, al examinar la naturaleza del escrito mencionado en la segunda cuestión, que una exención con arreglo al sentido del apartado 3 del artículo 85, cuando ha sido concedida por la Comisión, confiere al beneficiario un derecho oponible frente a terceros.
- 23 Procede, por tanto, responder a la tercera cuestión que las Decisiones de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado crean derechos en el sentido de que las partes de una práctica colusoria a la que se ha dado tal tratamiento pueden invocarla respecto a terceros que aleguen la nulidad de la práctica colusoria conforme al apartado 2 del artículo 85, pero que, habida cuenta de la respuesta dada a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del escrito de la Comisión, dicho escrito no constituye una exención de este tipo.

Sobre la aplicación del artículo 86

- 24 El artículo 86 del Tratado prohíbe, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
- 25 Para el examen de la posición, eventualmente dominante, de una empresa, la delimitación del mercado tiene una importancia fundamental, y así lo señaló este Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage Corporation y Continental Can Company/Comisión (6/72, ↔ Rec. p. 215). Las posibilidades de competencia deben apreciarse efectivamente en el marco del mercado de todos los productos que en función de sus características son particularmente adecuados para satisfacer necesidades constantes y son poco intercambiables con otros productos.
- 26 Bajo esta definición de mercado, nos encontramos ante una posición dominante cuando, tal como precisó este Tribunal de Justicia por última vez en la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, ↔ Rec. p. 461), una empresa está en una situación de poder económico que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia dándole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los competidores.
- 27 Por lo que se refiere al concepto de abuso, el Tribunal de Justicia, en la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, antes citada), lo definió como un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de dicha empresa, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que, producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.

- 28 En cuanto al perjuicio del comercio entre Estados miembros, se trata de un concepto común a los artículos 85 y 86 del Tratado que ya ha sido desarrollado más arriba.
- 29 Al igual que sucede con el artículo 85, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo a todos los datos de la conducta objeto de controversia, determinar si debe aplicarse el artículo 86.
- 30 Procede, por tanto, responder a la cuarta cuestión que la conducta de una empresa puede considerarse un abuso de posición dominante a los efectos del artículo 86 del Tratado cuando la empresa tiene en un mercado determinado la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y los consumidores y cuando su conducta en este mercado obstaculiza, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal basada en las prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento o el desarrollo de la competencia y puede afectar al comercio entre Estados miembros.

Costas

- 31 Los gastos efectuados por el Gobierno francés, por el Gobierno del Reino Unido y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Rechtbank van koophandel de Amberes mediante resolución de 17 de enero de 1980, declara:

- 1) **Los acuerdos en los que descansa un sistema de distribución selectiva, basado en criterios de admisión que van más allá de una mera selección objetiva de carácter cualitativo, reúnen los elementos constitutivos de la incompatibilidad con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, cuando estos acuerdos, aislada o simultáneamente con otros, en el contexto económico y jurídico en el que se producen y en base a un conjunto de elementos objetivos de hecho o de Derecho, pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. La Comisión tiene competencia exclusiva, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia, para conceder a estos acuerdos una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.**

- 2) **Un escrito firmado por un funcionario de la Comisión, en el que se indica que esta última no ve razón alguna para intervenir en virtud del apartado 1 del artículo 85 del Tratado contra un sistema de distribución que se le notificó, no es oponible frente a terceros y no vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales. Constituye solamente un elemento de hecho que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta al examinar la compatibilidad del sistema objeto del litigio con el Derecho comunitario.**

- 3) **La conducta de una empresa puede considerarse un abuso de posición dominante a los efectos del artículo 86 del Tratado cuando la empresa tiene en un mercado determinado la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y los consumidores y cuando su conducta en este mercado**

obstaculiza, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal basada en las prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento o el desarrollo de la competencia y puede afectar al comercio entre Estados miembros.

Mertens de Wilmars

Pescatore

Koopmans

Mackenzie Stuart

O'Keefe

Bosco

Touffait

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 11 de diciembre de 1980.

El Secretario
A. Van Houtte

El Presidente
J. Mertens de Wilmars