

# Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Bajo la coordinación de

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid

y

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Deusto

Recibido: 17.12.07

Aceptado: 21.12.07

---

**Resumen:** En esta sección se analiza una selección de casos de Derecho antitrust europeo. Los temas que se abordan son ententes, abuso de posición dominante y concentraciones. Se prosigue con la numeración consecutiva que se inició en el volumen 54/1 (enero-junio 2006). Existe un índice cumulativo de los casos tratados en esta sección disponible en <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.

**Palabras clave:** Derecho europeo de la competencia, Derecho antitrust europeo, ententes, abuso de posición dominante, concentraciones.

**Abstract:** *This section analyses a number of selected cases on European antitrust law, including Judgements and Decisions on European Antitrust Law, abuse of a dominant position, unlawful arrangements (cartels) and mergers. The cases commented on this section maintain their consecutive numeration initiated on the vol. 54/1 (January-June 2006). There exists an on-line cumulative index listing all the cases commented on this section available on <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.*

**Key words:** *European Antitrust Law, abuse of a dominant position, unlawful arrangements, cartels, mergers.*

---

**Sumario:** I. Introducción.—II. Ententes. Caso N.º 43. Peróxidos Orgánicos (As. T-120/04, STPI 16.11.2006). Caso N.º 44. Asnef-Equifax/Ausbanc (As. C-238/05, STJCE 23.11.2006). Caso N.º 45. Brünsteiner (Ass. C-376/05 y C-377/05, STJCE 30.11.2006). Caso N.º 46. FNCBV/Comisión (Ass. T-217/03 y T-245/03, STPI 13.12.2006). Caso N.º 47. Westfalen Gassen (As. T-303/02, STPI 5.12.2006). Caso N.º 48. Cipolla (As. C-94/04 y C-202/04, STJCE 6.12.2006). Caso N.º 49. CEE-ES/CEPSA (As. C-217/05, STJCE 14.12.2006). Caso N.º 50. Raiffeisen Zentralbank (Ass. T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, STPI 14.12.2006). Caso N.º 51. City Motors (As. C-421/05, STJCE 18.01.2007). Caso N.º 52. Auto Peter Petschenig (As. C- 273/06, STJCE 26.01.2007). Caso N.º 53. Danone/Comisión (As. C-3/06 P, STJCE 8.02.2007).—III. Abuso

de posición dominante. Caso N.º 54. France Telecom. (As. T-340/03, STPI 30.01.2007). Caso N.º 55. British Airways (As. C-95/04 P, STJCE 15.03.2007).—IV. Concentraciones. Caso N.º 56. Cementbouw (As. C-202/06 P, STJCE 18.12.2007).

## I. Introducción

Tal como se anunció en el Número 54/1 Enero-Junio de 2006, y en reflejo de la creciente importancia en los mercados nacionales del Derecho Europeo de la Competencia, los coordinadores de esta sección, en colaboración con el equipo de investigación de la Universidad de Deusto «Diversas implicaciones del Derecho Transnacional» y otros expertos profesores de diversas Universidades españolas, presentan la entrega anual de comentarios sobre casos escogidos de *Derecho antitrust europeo*.

Todos los casos comentados en este número se han resuelto o han sido publicados entre finales del año 2006 y durante el año 2007. Los temas que se abordan son ententes, abuso de posición dominante y concentraciones. En cada epígrafe se ha seguido un orden cronológico en la presentación de los casos. Existe un índice cumulativo de los casos tratados en esta sección disponible en <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.

Los profesores que participan en estos comentarios son Alfonso-Luis Calvo Caravaca (Universidad Carlos III de Madrid), María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto), Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto), Manuela Eslava Rodríguez (Universidad de Extremadura), Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra), Carmen Herrero Suárez (Universidad de Valladolid), Juliana Rodríguez Rodrigo (Universidad Carlos III de Madrid) y Mercedes Sabido Rodríguez (Universidad de Extremadura).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

## II. Ententes

*Caso N.º 43. Ententes: STPI 16 noviembre 2006, As. T-120/04, Peróxidos Orgánicos, S. A./Comisión*

### NOTA

1. La presente resolución tiene base en la Decisión 2005/349/CE de la Comisión, de 10 de diciembre de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE (Asunto COMP/E-2/37.857 – Peróxidos Orgánicos) (DO 2005, L 110, p. 44). La Decisión se refiere a un cártel acordado y puesto en práctica en el mercado europeo de los peróxidos orgánicos, pro-

ductos químicos utilizados en la industria del plástico y del caucho, en particular, por el grupo AKZO, y las sociedades Atofina SA, sucesora de Atochem, y Peroxid Chemie GmbH & Co. KG, sociedad controlada por Laporte plc., posteriormente transformada en Degussa UK Holdings Ltd. Este cártel se aplicó en España bajo la forma de un subacuerdo, en el que participaron la demandante y, directa o indirectamente, las sociedades mencionadas.

El cártel empezó en 1971 mediante la celebración de un acuerdo escrito, modificado en 1975, entre AKZO, Luperox GmbH, posteriormente transformada en Atochem/Atofina, y Peroxid Chemie. Inicialmente, consistía en varios subacuerdos relativos a diversos productos químicos. El cártel se dividía igualmente en subacuerdos regionales, entre ellos el referido a España, que obedecían las normas esenciales del acuerdo principal. El cártel tenía por objeto, en particular, mantener las cuotas de mercado de las empresas participantes y coordinar sus subidas de precios. Para alcanzar este objetivo, una sociedad consultora establecida en Suiza se encargaba, entre otras cosas, de recabar y procesar los datos detallados de las ventas de las empresas participantes, así como de comunicar a éstas tales datos. Se celebraban con regularidad reuniones para garantizar el buen funcionamiento del acuerdo principal y de los subacuerdos.

La demandante, sociedad española que opera en el sector de la industria química controlada conjuntamente por las sociedades FMC Foret SA y Degussa UK, participó únicamente en el subacuerdo español. El período estimado en la Decisión impugnada para esta participación se extiende desde el 31 de diciembre de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1999.

La Comisión comenzó a investigar el cártel a raíz de una reunión mantenida en abril de 2000 con representantes de AKZO, en la que éstos le informaron de una infracción de las normas comunitarias sobre la competencia, con el fin de beneficiarse de la inmunidad derivada de la Comunicación de la Comisión de cooperación (Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, DO 1996, C 207, p. 4). Atochem/Atofina decidió cooperar igualmente con la Comisión, y le transmitió información adicional. En 2002, la Comisión envió solicitudes de información a los principales participantes en la infracción, entre ellos Laporte, AKZO y Atochem/Atofina, en virtud del artículo 11 del Reglamento n.º 17 (Reglamento 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado [DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22]). Sin embargo, la Comisión no dirigió una solicitud de esta índole a la demandante hasta el 29 de noviembre de 2002.

En marzo de 2003, la Comisión inició el procedimiento de investigación formal y elaboró un pliego de cargos, que notificó seguidamente a la demandante. La demandante envió sus observaciones sobre el pliego de cargos el 17 de junio de 2003 y participó en la audiencia celebrada el 26 de junio de

2003. La Comisión adoptó finalmente, el 10 de diciembre de 2003, la Decisión impugnada, notificada a la demandante el 13 de enero de 2004, por la que se le imponía una multa de medio millón de euros.

2. La primera alegación de las partes se refiere a la cuestión misma de la admisibilidad de la demanda presentada. Sostiene en este sentido la Comisión que, dado que el único motivo invocado por la demandante atañe a la prescripción y no a la declaración de la infracción, las alegaciones formuladas en este contexto son inoperantes e inadmisibles.

Afirma el Tribunal de Primera Instancia que una decisión por la que se declare la existencia de una infracción no constituye una sanción en el sentido del artículo 1, apartado 1, del Reglamento de prescripción y, por lo tanto, no se le aplica la prescripción establecida en dicha disposición. Por consiguiente, la prescripción de la facultad de la Comisión para imponer multas no afecta a su posibilidad implícita para declarar la existencia de la infracción. No obstante, el ejercicio de esta potestad implícita para adoptar una decisión por la que se declara la existencia de una infracción tras la expiración del plazo de prescripción está sujeto al requisito de que la Comisión demuestre la existencia de un interés legítimo para proceder a tal declaración, en el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1983, *GVL/Comisión* (7/82, Rec. p. 483, apartado 24).

3. Tal como ya se ha apuntado, la cuestión que fundamentalmente se aborda en la resolución hace referencia a la apreciación de las normas de prescripción.

Invoca la demandante un motivo de anulación basado en que la Comisión le impuso equivocadamente una multa a pesar de que, transcurridos más de cinco años entre su supuesta última participación en el subacuerdo español y las primeras diligencias de investigación de la Comisión, el procedimiento había prescrito en virtud de las normas sobre prescripción. A este respecto, la demandante sostiene que la Comisión erró al desestimar su alegación de prescripción debido, por un lado, a que la demandante desconocía el acuerdo principal y, por otro, a la falta de claridad en cuanto al momento preciso en que concluyó su participación en el subacuerdo español.

Por lo que respecta a la prescripción en virtud del artículo 1, apartados 1, letra b), y 2, del Reglamento de prescripción, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que, en el caso de una infracción continua o continuada, es preciso que transcurran cinco años desde el día en que haya finalizado la infracción para que prescriba la facultad de la Comisión para imponer multas (Reglamento [CEE] n.º 2988/74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea [DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41]). Ahora bien, en virtud del artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento, este plazo puede quedar interrumpido por cualquier acto de la Comisión encaminado a la instrucción de la infracción, en particular, por las solicitudes de información

escritas. La interrupción surte efecto el día en que dicha solicitud se notifique al destinatario y su consecuencia, a tenor del artículo 2, apartado 3, de dicho Reglamento, es que la prescripción se cuenta de nuevo a partir de esta fecha.

Para determinar la efectiva aplicación de la prescripción, resulta necesario abordar la cuestión de la prueba y el reparto de su carga.

A este respecto se destaca que incumbe a la parte o autoridad que alegue una infracción de las normas sobre competencia aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción, y, por otro lado, incumbe a la empresa que invoque el amparo de una excepción frente a la constatación de una infracción probar que se reúnen las condiciones necesarias para acogerse a dicha defensa, de modo que la citada autoridad deba recurrir entonces a otros elementos de prueba (STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 58, y de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 78).

La duración de la infracción es un elemento constitutivo del concepto de infracción a efectos del artículo 81 CE, apartado 1, elemento cuya prueba incumbe, con carácter principal, a la Comisión. A este respecto, la jurisprudencia establece que, si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe invocar al menos pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (STPI de 7 de julio de 1994, *Dunlop Slazenger/Comisión*, T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 79).

En el presente caso, el principio general según el cual la Comisión debe probar todos los elementos constitutivos de la infracción, incluida su duración, que puedan tener una incidencia sobre las conclusiones definitivas en cuanto a la gravedad de la infracción, no queda menoscabado por el hecho de que la demandante haya formulado en su defensa un motivo basado en la prescripción, cuya prueba incumbe, en principio, a esta última. En efecto, aparte del hecho de que este motivo no está relacionado con la constatación de la infracción, es evidente que la invocación de tal motivo implica necesariamente que la duración de la infracción, así como la fecha en la que ésta finalizó, estén acreditadas. Pues bien, estas circunstancias no pueden justificar, por sí mismas, un traslado de la carga de la prueba a este respecto en detrimento de la demandante. Por un lado, la duración de la infracción, que implica que se conozca la fecha de terminación de ésta, constituye uno de los elementos esenciales de la infracción, cuya prueba incumbe a la Comisión, independientemente de que la impugnación de estos elementos forme parte igualmente del motivo basado en la prescripción. Por otro lado, esta conclusión está justificada habida cuenta de que la inexistencia de prescripción de la actuación de la Comisión, a efectos del Reglamento de prescripción, cons-

tituye un criterio legal objetivo, derivado del principio de seguridad jurídica, confirmado por el segundo considerando de dicho Reglamento, y, por tanto, un requisito de la validez de toda decisión sancionadora. En efecto, la Comisión está obligada a respetarlo aun cuando la empresa no formule en su defensa un motivo a este respecto.

Este reparto de la carga de la prueba puede variar, no obstante, en la medida en que los elementos de hecho que invoca una parte pueden obligar a la otra a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha aportado la prueba.

El Tribunal de Primera Instancia valora la existencia de indicios favorables a las alegaciones de la Comisión y analiza a este respecto si la demandante en este caso aporta alegaciones o elementos de hecho que sirvan para refutar tales indicios o disminuir su valor probatorio. Se basa para ello en las alegaciones de las partes, en las afirmaciones de terceros y, fundamentalmente, en el comportamiento de las empresas en el mercado analizando en este punto si resultan acordes a la lógica los comportamientos de la demandante y sus competidoras en relación con los supuestos acuerdos. Emplea para alcanzar sus conclusiones la existencia de «indicios concordantes».

Se refiere también la demandante a la jurisprudencia según la cual el hecho de no distanciarse públicamente de una infracción en la que haya participado la empresa de que se trate o de no denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra, de manera que esta aprobación tácita puede calificarse de complicidad o de un modo pasivo de participar en la infracción. Recuerda en este punto el Tribunal que para beneficiarse de esta jurisprudencia resulta necesario para la demandante demostrar el eventual distanciamiento público de su comportamiento infractor tras su supuesta retirada de la infracción sin que en este caso se llevara a cabo esa muestra y ni siquiera alegó haber informado a los demás participantes a este respecto, ni ofreció una explicación convincente en cuanto a las razones de que continuaran los intercambios de datos sensibles a través de Peroxid Chemie y de AC Treuhand.

La demandante alega igualmente que sus competidoras tenían un claro interés en declarar en contra de los intereses de la demandante tratando de beneficiarse de la Comunicación sobre cooperación, por lo que habría que desconfiar de las alegaciones realizadas por ellas.

En este sentido afirma el Tribunal que efectivamente puede resultar oportuno albergar cierta desconfianza respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito, dada la posibilidad de que tales participantes tiendan a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de los demás. Sin embargo subraya que el hecho de solicitar la aplicación de ésta para obtener una reducción de la multa no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado,

teniendo además en cuenta que toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación del solicitante y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación.

Todo ello considerado y habida cuenta de la importancia y del número de indicios concordantes que apoyan la pertinencia de las declaraciones de AKZO y de Atochem/Atofina, no cabe acoger la alegación de la demandante.

4. La última alegación realizada por la demandante se refiere a la supuesta discriminación de esta empresa frente a algunas otras empresas que fueron objeto del procedimiento principal.

La alegación se basa en el hecho de que la demandante habría sido objeto de una sanción mayor que alguna de las otras empresas objeto del procedimiento, razón por la cual se alega la ilegalidad de la Decisión recurrida.

El Tribunal considera que el respeto del principio de igualdad de trato debe conciliarse con el respeto del principio de legalidad, lo que implica que nadie puede invocar en su provecho una ilegalidad cometida en favor de otro (STJCE de 4 de julio de 1985, Williams/Tribunal de Cuentas, 134/84, Rec. p. 2225, apartado 14; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, SCA Holding/Comisión, T-327/94, Rec. p. II-1373, apartado 160, y de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 367). Una eventual ilegalidad cometida respecto a una empresa que no es parte en el presente procedimiento no puede llevar al Tribunal de Primera Instancia a apreciar una discriminación y, por tanto, una ilegalidad en relación con la demandante. Semejante postura equivaldría a consagrar el principio de «igualdad de trato en la ilegalidad» y a imponer a la Comisión, en el presente caso, la obligación de ignorar los elementos de prueba de que dispone para sancionar a la empresa que ha cometido una infracción punible, por el único motivo de que otra empresa que eventualmente se halla en una situación comparable ha escapado ilegalmente a tal sanción. Además, según se desprende claramente de la jurisprudencia relativa al principio de igualdad de trato, si una empresa ha infringido con su comportamiento el artículo 81 CE, apartado 1, no puede eludir toda sanción alegando que no se ha impuesto multa alguna a otros operadores económicos, cuando el juez comunitario no ha sido llamado a conocer de la situación de estos últimos, como ocurre en el presente asunto (STJCE de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 197, y STPI de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging loor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, T-5/00 y T-6/00, Rec. p. II-5761, apartado 430).

El principio de igualdad de trato sólo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones dife-

rentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado, situación que, en consideración del Tribunal, no se verifica en este caso.

María Pilar Canedo Arrillaga

*Caso N.º 44. Ententes: STJCE 23 noviembre 2006, As. C-238/05, Asnef-Equifax/Ausbanc*

#### NOTA

1. En 1998, Asnef-Equifax, de la que es socia la Asociación Nacional de Entidades Financieras, presentó, al amparo del art. 4 LDC, una solicitud de autorización del Registro, cuya gestión debía garantizar la propia Asnef-Equifax, y cuyo objeto sería la prestación de servicios de información sobre solvencia y crédito mediante el tratamiento automatizado de datos relativos a los riesgos contraídos por las entidades participantes en el desarrollo de las actividades de préstamo y crédito. Los datos recogidos en el Registro tienen un contenido análogo al previsto en la circular n.º 3/1995, que regula la Central de Información de Riesgos (CIR), gestionada por el Banco de España, accesible a las entidades financieras en España. Los datos se refieren a la identificación y a la actividad económica de los deudores, así como a situaciones especiales como la quiebra o la insolvencia.

El TDC, en aplicación de los criterios de exención previstos en el art. 3 LDC, autorizó dicho Registro, con una duración de cinco años, y con sujeción a los siguientes requisitos: a) ser accesible a todas las entidades financieras previo pago de la correspondiente cuota en condiciones no discriminatorias; b) no desvelar la información sobre los acreedores que almacena. La AN estimó el recurso contencioso interpuesto por AUSBANC contra esa resolución del TDC, al considerar que el Registro incurría en la prohibición del art. 1 LDC, no pudiendo ser autorizada en virtud del art. 3 LDC al no concurrir los presupuestos exigidos para su aplicación.

Al resolver el recurso de casación interpuesto por Asnef-Equifax y la Administración del Estado, el TS considera que existe una duda razonable sobre si, en el escenario de un mercado atomizado, los acuerdos celebrados con vistas a la constitución de registros de información sobre el crédito resultan potencialmente restrictivos para la competencia, en la medida en que puedan promover o facilitar la colusión, y, en su caso, sobre si pueden, no obstante, ser autorizados, por concurrir los presupuestos de exención establecidos en el art. 81.3 CE. El TS decidió suspender el procedimiento y plantear al TJ las cuestiones prejudiciales mediante las que solicita que se dilucide si un sistema de intercambio de información sobre el crédito, como el Registro, incurre en la prohibición del art. 81.1 CE, y, en caso afirmativo, si tal sistema puede acogerse a la exención prevista en el art. 81.3, debido a la

eventual obtención por los usuarios de un beneficio como resultado de la aplicación de ese sistema.

Según AUSBANC, el Registro restringe la competencia, en la medida en que un intercambio de información entre competidores de datos considerados normalmente como secreto de negocios elimina los factores de riesgo que implica toda decisión empresarial y facilita una respuesta homogénea de las entidades financieras frente al solicitante de crédito. No lo consideran así Asnef-Equifax, el Gobierno Polaco y la Comisión.

2. El TJ, con carácter liminar, señala que la Asociación Nacional de Entidades Financieras forma parte, como socio, de Asnef-Equifax, a la que se encomendó la gestión del Registro, y, por otra parte, que la necesaria participación de las entidades de crédito en dicho Registro implica cierta cooperación entre competidores en la forma de un intercambio indirecto de información sobre el crédito, por lo que el art. 81.1 CE podría resultar aplicable a la concepción y al funcionamiento del Registro, sin que sea necesario calificar con precisión qué forma reviste la cooperación entre las referidas entidades, puesto que el art. 81 distingue el concepto de «práctica concertada» del de «acuerdos entre empresas» o del de «decisiones de asociaciones de empresas» con objeto de someter a las prohibiciones de esta disposición diferentes formas de coordinación y de colusión entre empresas (STJCE 8.7.1999, Comisión/Anic Partecipazioni).

#### *A) Sobre la incidencia en el comercio entre los Estados miembros*

3. Para verificar si una práctica colusoria afecta sensiblemente al comercio entre los Estados miembros, recuerda el TJ, es preciso examinarla dentro de su contexto económico y jurídico (S. 27.4.1994, Almelo). Recuerda asimismo que el hecho de que entre los participantes en una práctica colusoria nacional figuren también empresas de otros Estados miembros constituye un elemento importante para su valoración, pero en sí mismo no resulta decisivo para concluir que se ha cumplido el requisito relativo a los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros; y que el hecho de que una práctica colusoria sólo afecte a la comercialización de los productos en un único Estado miembro no basta para excluir que pueda verse afectado el comercio entre los Estados miembros (S. 11.7.1989, Belasco y otros/Comisión). Por su propia naturaleza, una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, y obstaculiza de este modo la interpenetración económica perseguida por el TCE (S. 17.10.1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión).

Es el órgano jurisdiccional nacional quien debe verificar si, habida cuenta de las características del mercado de que se trata, existe un grado de probabilidad suficiente de que el funcionamiento del Registro ejerza una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre la oferta de crédito en

España por operadores de otros Estados miembros y de que tal influencia no resulte insignificante. Pero ello no es obstáculo para que el TJ, en el marco de una remisión prejudicial, pueda aportar precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación (S. 17.10.2002, Payroll y otros). Considera el TJ que, en principio, el Registro está abierto a toda entidad que opere en el sector de las actividades de préstamo y de crédito (un amplio abanico de empresas con los perfiles más diversos). A diferencia del CIR, gestionado por el Banco de España, el Registro no ha previsto umbrales mínimos, de manera que la información sobre el crédito que figura en él versa sobre un número de operaciones de crédito mayor que el de las operaciones contenidas en el CIR. Además, la información que emana del Registro se transmite por vía informática, es decir, de una manera más eficaz que la información que facilita el CIR. La posibilidad de tener acceso al Registro y las condiciones exigidas al respecto pueden revestir una importancia nada desdeñable para la opción de las empresas establecidas en Estados miembros distintos de España de ejercer o no sus actividades en este último Estado.

El art. 81.1 CE no exige que las prácticas colusorias contempladas en dicha disposición hayan afectado de manera sensible a los intercambios comerciales intracomunitarios, pero sí requiere que se demuestre que dichas prácticas pueden tener tal efecto. También incumbe al órgano jurisdiccional remitente tomar en consideración, el eventual desarrollo de actividades transfronterizas y la previsible incidencia de eventuales iniciativas políticas o legislativas destinadas a reducir los obstáculos jurídicos o técnicos al comercio. Si considera que el Registro puede afectar al comercio entre los Estados miembros, deberá examinar si tiene por objeto o efecto restringir la competencia en el sentido del art. 81.1 CE

#### B) *Sobre la existencia de restricción de la competencia*

4. La finalidad esencial de los sistemas de intercambio de información sobre el crédito es poner a disposición de quienes conceden créditos información pertinente acerca de los prestatarios existentes o potenciales, especialmente en lo que atañe al modo en que estos últimos han satisfecho sus deudas con anterioridad. La naturaleza de la información disponible puede variar según el tipo de sistema que se implante. El Registro contiene datos negativos, como la falta de pago, y datos positivos, como saldos acreedores, avales, fianzas y garantías, operaciones de leasing o disposición temporal de activos.

Los registros de ese tipo incrementan la cantidad de información disponible para las entidades de crédito acerca de los prestatarios potenciales, atenuando la disparidad existente entre el acreedor y el deudor en lo que atañe a la posesión de información y facilitando de este modo una mayor previsión de la probabilidad de devolución de los créditos. De esta manera, tales regis-

tros pueden reducir, en principio, el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios y, por lo tanto, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito.

Si un registro, como el controvertido, no tiene por objeto, por su propia naturaleza, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común en el sentido del art. 81.1 CE, corresponderá al órgano jurisdiccional comprobar si no producen tal efecto. Según la jurisprudencia en materia de acuerdos sobre intercambio de información, tales acuerdos son contrarios a las normas sobre la competencia en la medida en que debilitan o suprimen el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trate, con la consecuencia de que restringen la competencia entre las empresas (S. 2.10.2003, Thyssen Stahl/Comisión). Es inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado que todo operador económico determine de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común. De este modo, según esa misma jurisprudencia, tal exigencia de autonomía se opone a toda toma de contacto directo o indirecto entre operadores económicos susceptible ya sea de influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o se pretenda seguir en el mercado, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no se corresponderían con las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado. No obstante, la referida exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores.

Por ello, la compatibilidad de un sistema de intercambio de información con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. Depende de las condiciones económicas en los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como, entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y de participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados, su periodicidad y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación. Registros como el controvertido, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios, pueden, en principio, mejorar el funcionamiento de la oferta de crédito. Si las entidades financieras, debido a la falta de información sobre el riesgo de incumplimiento de los prestatarios, no pueden distinguir, dentro del conjunto de éstos, aquellos cuya probabilidad de incumplimiento es mayor, el riesgo que por esta razón soportan las entidades financieras se verá incrementado y tales entidades tenderán a integrarlo en el cálculo del coste del crédito para todos los prestatarios, incluidos aquellos que presentan el menor riesgo de incumplimiento, con lo que estos últimos habrán de soportar entonces un coste más elevado que si las referidas entidades estuvieran en condiciones de

evaluar con mayor precisión la probabilidad de devolución de los créditos. En principio, estos registros pueden atenuar tal tendencia, y, por otro lado, al disminuir la importancia de la información que las entidades financieras poseen sobre sus propios clientes, pueden incrementar, en principio, la movilidad de los consumidores de crédito. Además, son idóneos para facilitar la entrada de nuevos competidores en el mercado.

Por tanto, el que en el supuesto enjuiciado exista o no una restricción de la competencia en el sentido del art. 81.1 CE depende del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el Registro y, en particular, de las condiciones económicas del mercado, así como de las características propias de dicho Registro. A este respecto, el TJ aporta algunas precisiones de interés: 1.º) Cuando la oferta en un mercado se encuentra fuertemente concentrada, el intercambio de determinada información puede permitir, en función sobre todo del tipo de información intercambiada, que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola. En cambio, cuando la oferta se encuentra atomizada (el TS indicaba la existencia de «un escenario de mercado atomizado»), la difusión y el intercambio de información entre competidores pueden ser neutros, o incluso positivos, para el carácter competitivo del mercado. 2.º) Para que los registros no puedan desvelar la posición en el mercado ni la estrategia comercial de los competidores, es importante que no se revele la identidad de los acreedores, ni directa ni indirectamente (del auto de remisión se desprende que el TDC impuso a Asnef-Equifax, y ésta aceptó, la condición de que la información relativa a los acreedores contenida en el Registro no pudiera divulgarse). 3.º) También es importante que tales registros sean accesibles a todos los agentes económicos activos en el sector de un modo que no resulte discriminatorio. En caso de no garantizarse tal accesibilidad, algunos operadores se verían desfavorecidos, puesto que dispondrían de menos información para evaluar el riesgo asumido, lo que tampoco facilitaría la entrada de nuevos agentes económicos en el mercado.

Según lo expuesto, por tanto, siempre que el mercado o mercados pertinentes no se encuentren fuertemente concentrados, que el sistema no permita identificar a los acreedores y que las condiciones de acceso y de utilización para las entidades financieras no sean discriminatorias, un sistema de intercambio de información como el Registro no tendrá por efecto, en principio, una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81.1 CE. Aunque en las mencionadas condiciones tales sistemas puedan reducir la incertidumbre en cuanto al riesgo de incumplimiento por parte de los solicitantes de créditos, no pueden disminuir la incertidumbre en cuanto a los riesgos en relación con la competencia. Así, cada agente económico normalmente actuará de manera independiente y autónoma a la hora de adoptar un determinado comportamiento, teniendo en cuenta los riesgos que presenten dichos solicitantes. Contrariamente a lo alegado por AUSBANC, de la mera

existencia de tal intercambio de información no puede inferirse automáticamente que éste conducirá a un eventual comportamiento colectivo contrario a la competencia, como, por ejemplo, el boicoteo de determinados prestarios potenciales.

### C) *Sobre la aplicabilidad del art. 81.3*

5. Únicamente en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente constatará la existencia de una restricción de la competencia, resultará necesario, para resolver el litigio principal, que el TS efectúe un análisis con arreglo al art. 81.3 CE. El órgano jurisdiccional remitente pretendía obtener una respuesta del TJ en relación con la exigencia de reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante del acuerdo, decisión o práctica. Interroga el TS, si, en el supuesto de que no todos los usuarios se beneficien del Registro, podría resultar aplicable a éste la exención del art. 81.3 CE.

El TJ considera que esos registros pueden contribuir a evitar situaciones de endeudamiento excesivo de los consumidores de crédito y a generar globalmente una mayor disponibilidad de crédito. Estas ventajas económicas objetivas podrían compensar los inconvenientes de tal restricción eventual del art. 81 TCE, extremo que incumbiría verificar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente. Aunque, como sugiere AUSBANC, no cabe excluir que, debido a la existencia de tales registros, determinados solicitantes de crédito se vean obligados a soportar tipos de interés más elevados o se encuentren, incluso, con que se les deniegue el crédito, con respecto al art. 81.3 CE, lo que debe tenerse en cuenta es el carácter favorable de la incidencia sobre el conjunto de los consumidores en los mercados pertinentes, y no la incidencia sobre cada miembro de esa categoría de consumidores.

Manuela Eslava Rodríguez

*Caso N.º 45. Ententes: STJCE 30 noviembre 2006, Ass. C-376/05 y C-377/05, A. Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH/Bayerische Motorenwerke AG (BMW)*

NOTA

#### 1. *Hechos*

*A. Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH*, demandantes en el litigio principal, celebraron con la demandada, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW)*, contratos para la distribución de automóviles en Alemania. En sus contratos, a partir de las previsiones recogidas en el artículo 5.3 del Reglamento 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo (81) del Tratado CE a determinadas categorías de acuer-

dos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles, se integraba una cláusula en cuya virtud se permitía su resolución con un plazo de preaviso de un año cuando fuera necesario para la reorganización de la red de distribución o cuando cambiaran en ámbitos esenciales las condiciones-marco jurídicas en las que se basa el contrato.

En el año 2002 BMW resuelve, con un preaviso de un año, los contratos de distribución que tenía concertados basándose en las necesidades que se derivan del nuevo Reglamento 1400/02 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, que sustituye al Reglamento 1475/95, ya citado. Posteriormente, a partir del 1 de octubre de 2003 celebra nuevos contratos de distribución, los contratos de distribución con sus anteriores concesionarios excepto con *A. Brünsteiner GmbH* y *Autohaus Hilgert GmbH*, quienes impugnan la resolución exigiendo que el plazo de preaviso sea de 2 años, siguiendo las consideraciones efectuadas por la Comisión en la guía explicativa del nuevo Reglamento. En apelación se desestiman los recursos planteados considerando que las modificaciones para adaptarse al nuevo Reglamento 1400/02 implicaban, necesariamente, una reorganización de la red de distribución de BMW. Contra esta decisión se interpone recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof* que plantea al Tribunal de Justicia varias cuestiones de las que trae causa la sentencia que analizamos.

Las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia se refieren a varios aspectos. En primer lugar se plantea si la entrada en vigor del nuevo Reglamento 1400/02 puede hacer necesario reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red de distribución de un proveedor en el sentido del artículo 5.3 del citado Reglamento 1475/95 y, por tanto, justificar que se aplique el derecho de resolución con el preaviso de un año previsto en dicho precepto. En segundo lugar, siendo negativa la respuesta a la primera cuestión, se plantea si a un contrato de concesión que reúna los requisitos del R. 1475/95 pero que contenga restricciones prohibidas por el nuevo Reglamento pasado el periodo transitorio, la exención por categorías prevista en este último resulta inaplicable a todas las restricciones de la competencia contenidas en dicho contrato. En particular, se cuestiona esta posibilidad cuando la nulidad de la estipulación, restrictiva conforme al Derecho comunitario, implica nulidad de todo el contrato conforme al Derecho nacional.

A la vista de cuanto antecede, la sentencia que comentamos tiene por objeto analizar los problemas relativos a las consecuencias que se derivan para los contratos existentes de la extinción de una exención por categorías, concretamente en el sector del automóvil, y de la entrada en vigor de una nueva exención, cuando una de las cláusulas de resolución de éstos se justifica en la necesidad de una reorganización de una parte o de la totalidad de la red o en la existencia de cambios esenciales del marco jurídico en el que se basa la relación contractual.

## *2. La necesidad de reorganización de una parte o de la totalidad de la red en el artículo 5.3 del reglamento 1475/95*

Por lo que se refiere a la primera cuestión, relativa a determinar si los cambios que se deben introducir para adaptar las relaciones contractuales al nuevo Reglamento implican la necesidad de «reorganización de una parte sustancial o la totalidad de la red» en el sentido del artículo 5.3 del Reglamento 1475/95, el TJCE, siguiendo su jurisprudencia anterior, delimita el concepto de reorganización de una parte sustancial o la totalidad de la red. Como afirmó en la sentencia *Vulcan Silkeborg* (sentencia de 7 de septiembre de 2006, *Vulcan Silkeborg*. As. C-125/05) la «reorganización de una parte sustancial o la totalidad de la red (...) exige una modificación significativa, tanto material como geográfica de las estructuras de distribución del proveedor de que se trata, la cual puede afectar, en particular, a la naturaleza o forma de estas estructuras, a su objeto, al reparto de las tareas internas en el seno de tales estructuras, a las modalidades de suministro de los productos y servicios en cuestión, al número o a la calidad de los participantes en dichas estructuras y a su cobertura geográfica (...). A partir de este concepto, en él pueden estar incluidas las modificaciones de las cláusulas de los contratos de distribución derivadas de la entrada en vigor del nuevo Reglamento 1400/2002 ya que éste introdujo modificaciones sustanciales con respecto al régimen de exención por categorías.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de esta reorganización, requisito exigido en el artículo 5.3 del Reglamento 1475/95, entiende el Tribunal que procede cuando ésta «pueda justificarse de modo plausible por motivos de eficacia económica basados en circunstancias objetivas internas o externas a la empresa del proveedor que, a falta de una rápida reorganización de la red de distribución y habida cuenta del entorno competitivo en el que opera este proveedor, podrían perjudicar a la eficacia de las estructuras existentes de dicha red». No basta que el proveedor considere que resulta necesaria la reorganización, sino que es necesario demostrar la necesidad de tal reorganización. Para ello, será oportuno o eficaz verificar las consecuencias económicas desfavorables que puede sufrir el proveedor si resuelve el contrato de concesión con un preaviso de dos años. En esta línea, corresponde al juez valorar, atendiendo a los elementos del litigio, si la reorganización resulta o no necesaria.

Siguiendo las manifestaciones del Tribunal, la entrada en vigor del nuevo Reglamento 1400/02 no produce por sí misma la necesidad de reorganizar la red de distribución. No obstante, atendiendo a la organización específica de la red de distribución de cada distribuidor, puede resultar necesaria la introducción de cambios que sean calificados como una verdadera reorganización de la totalidad o de una parte sustancial de la red de distribución en el sentido del artículo 5.3 del Reglamento 1475/95. Será el órgano que conoce del litigio principal el que deberá apreciar, a partir de los datos que resulten acreditados, las circunstancias concretas que permitan calificar o no el supuesto como reorganización en el sentido expuesto.

### 3. Restricciones especialmente graves del artículo 4 del reglamento 1400/02

La segunda cuestión planteada se concreta en decidir si el contrato de distribución que, reuniendo los requisitos previstos en el Reglamento 1475/95, contiene restricciones prohibidas por el nuevo Reglamento después del período transitorio, implica que la exención por categorías que establece este último no es aplicable a él. Especialmente, si en virtud del Derecho nacional esta circunstancia supone la nulidad del contrato.

El problema que se plantea se suscita en el supuesto en el que se considere que la rescisión del contrato con un preaviso de un año realizada por la demandada en el litigio principal es contraria al artículo 5.3 del Reglamento 1475/95. En tal caso el contrato litigioso estaría vigente pero, si éste se mantuviera y fuera contrario al Reglamento 1400/02, según las previsiones del Derecho nacional dicho contrato no podría ejecutarse por ser considerado nulo. En consecuencia, ante esta posibilidad el órgano judicial se cuestiona si excepcionalmente puede interpretarse que el artículo 4 del nuevo reglamento, que impide la aplicación de la exención prevista a contratos que contengan restricciones consideradas especialmente graves, no supone la inaplicación de la exención a contratos como el que ha dado lugar al presente litigio.

El Tribunal responde negativamente interpretando conjuntamente el citado artículo 4 del Reglamento 1400/02 y el artículo 10 del mismo texto legal. En virtud de este último precepto, artículo 10 R. 1400/02, el nuevo Reglamento prevé un período transitorio de un año para adoptar los contratos de distribución existentes a la nueva regulación. Dicho período transcurre desde el 1 de octubre de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2003, de tal modo que a partir del 1 de octubre de 2003 los contratos que no se adapten, cumpliendo los requisitos de la exención prevista, serán prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.1 TCE. En este marco, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 4 del Reglamento 1400/02. De acuerdo con este precepto, la exención prevista en el Reglamento no se aplicará a aquellos acuerdos que tienen por objeto restricciones de las consideradas especialmente graves.

De una lectura conjunta de ambos preceptos se desprende que, una vez transcurrido el período transitorio de adaptación, los contratos que tienen por objeto algunas de las restricciones calificadas como especialmente graves por el artículo 4 no se les aplica la exención prevista en el nuevo Reglamento. De este modo, las cláusulas contenidas en dichos acuerdos están sometidas a la prohibición del artículo 81.1 TCE salvo que se cumplan los requisitos previstos en el párrafo tercero del último precepto citado.

Para finalizar, y en íntima conexión con la cuestión que analizamos, también se plantean al Tribunal algunas dudas sobre la adecuación al Derecho comunitario de algunas de las consecuencias previstas en el Derecho nacional para aquellos supuestos de incompatibilidad de cláusulas contractuales con el artículo 81.1 TCE. Siguiendo una reiterada jurisprudencia, el Tribunal afirma que no estando comprendidas en el ámbito comunitario, corresponde

al órgano judicial que conoce del litigio principal determinar, conforme al Derecho nacional aplicable, las consecuencias derivadas de la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las cláusulas contractuales. El hecho de que las disposiciones estatales prevean la nulidad total del contrato por incluir en él cláusulas restrictivas de la competencia conforme al Derecho comunitario, no resulta contrario a este último ordenamiento jurídico.

Mercedes Sabido Rodríguez

*Caso N.º 46. Ententes: STPI 13 diciembre 2006, Ass. T-217/03 y T-245/03, FNCBV/Comisión*

NOTA

### 1. *Hechos*

El Tribunal de Primera Instancia resuelve las demandas interpuesta por *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)* y *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, *Fédération nationale bovine (FNB)*, *Fédération nationale des producteurs de lait (FNPL)* y *Jeunes agriculteurs (JA)* contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en las que las demandantes reclaman la anulación de la Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE, asunto COMP/C.38.279/F3-Carnes de vacuno francesas (DO L 209, p. 12 y ss.) y, con carácter subsidiario, la reducción del importe de dicha multa.

La Decisión impugnada declaró contrario a las normas comunitarias de la competencia el acuerdo escrito que habían celebrado el 24 de octubre de 2001 las federaciones representantes de criadores de ganado vacuno y las federaciones representantes de los mataderos que tenía por objeto fijar un precio mínimo de compra de determinadas categorías de ganado vacuno y suspender provisionalmente las importaciones de carne de vacuno en Francia. Asimismo, también resulta contrario el acuerdo verbal celebrado con el mismo objeto y aplicable cuando se produjera el vencimiento del acuerdo escrito.

Frente a esta Decisión, las demandantes fundamentan su pretensión de anulación en varios motivos que, en líneas generales se pueden agrupar en tres. En primer lugar, en la existencia de errores de apreciación y de Derecho en la aplicación del artículo 81 TCE así como en orden a determinar el alcance y duración, y de la infracción. En segundo lugar, en la vulneración del ejercicio de la libertad sindical y en la no aplicación al acuerdo controvertido de la excepción prevista en el Reglamento núm. 26. Y, por último, en la vulneración del derecho de defensa y en el incumplimiento de la obligación de motivación. Por razones de espacio, nuestro análisis se limitará a algunos de los aspectos centrales y más relevantes de la sentencia.

## 2. Concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 81.1 TCE

Respecto al primer motivo, las partes consideran que la Comisión erró al apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 81 TCE, porque ni el supuesto es subsumible en el ámbito de aplicación subjetivo de esta última disposición ni el acuerdo afecta al comercio intracomunitario ni tiene por objeto restringir la competencia en los términos del precepto citado.

Alega *FNCBV*, demandante en el asunto T-245/03, como primer error, el hecho de que constituyan asociaciones de empresas en el sentido del artículo 81.1 TCE, pues ni sus miembros son empresas ni los miembros de los sindicatos locales pueden asimilarse al concepto de empresa dado que el criterio de afiliación no es la condición de jefe de explotación ni representante de la persona jurídica. La Comisión, en cambio, para decidir si son o no asociación de empresa determinó quiénes eran sus miembros y, siendo éstos explotadores agrícolas consideró a las demandantes asociaciones de empresa en el sentido del artículo 81 TCE.

El Tribunal de primera instancia considera que, a partir de la finalidad del precepto citado, el concepto de asociación de empresa debe interpretarse en el sentido de comprender también asociaciones constituidas a su vez por asociaciones de empresa. Habría, entonces, que decidir si son acertadas la consideraciones efectuadas por la Comisión al afirmar que los explotadores agrícolas, miembros de base o indirectos de las demandantes, podían ser considerados empresas a los efectos de las normas de la competencia. Para ello, debe tenerse en cuenta el concepto de empresa en este contexto. Un concepto que comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, y entendiendo por tal actividad la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Por tanto, dado que la actividad de los explotadores agrícolas tiene carácter económico, al producir bienes que ponen en venta a cambio de una remuneración, éstos constituyen empresas en el sentido del artículo 81 y, los sindicatos que los agrupan y representan, así como las federaciones que agrupan a estos últimos, pueden calificarse como asociaciones de empresas, sin que el hecho de incluir a personas o entidades que no puedan ser calificadas como empresas en los términos expuestos pueda servir para no incluirla en el concepto referido. Lo determinante a efectos de delimitar el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 81 TCE no es el régimen jurídico ni la forma de explotación, sino la actividad explotadora y la de quienes participan en ella.

En segundo lugar, se alega por las demandantes que el acuerdo celebrado no afectó al comercio entre los Estados miembros en los términos del artículo 81 TCE tanto por la corta duración del compromiso de suspensión de las importaciones como por su escasa intervención en las importaciones de ganado vacuno. El Tribunal, siguiendo reiterada jurisprudencia afirma que, para que un acuerdo entre empresas pueda afectar al comercio intracomuni-

tario, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, atendiendo a elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados. Teniendo en cuenta que el acuerdo de 24 de octubre de 2001 incluía un compromiso de suspensión provisional de importaciones de carne de vacuno en Francia, uno de los principales importadores de carne de vacuno de la Comunidad, y que la mayor parte de las importaciones proceden de otros Estados miembros, el acuerdo podía afectar, de forma ineludible, al comercio entre Estados miembros.

De este modo, a partir de estas consideraciones, el acuerdo referido está comprendido en el ámbito del artículo 81.1 TCE y la Comisión no está obligada a demostrar que la participación individual de la demandante afectase a los intercambios intracomunitarios. Además, en cuanto al acuerdo sobre precios, se trata de una práctica restrictiva que se extiende al territorio nacional y, por su propia naturaleza, compartimenta el mercado sin que sea necesario demostrar que tenga efectos sensibles, al bastar que los acuerdos puedan afectar al comercio entre Estados miembros.

En tercer lugar, niegan las demandantes que el acuerdo pudiera restringir la competencia en los términos del artículo 81.1 TCE. En su opinión, pudiéndosele imputar únicamente la eventual restricción de la competencia relativa a los precios y no el capítulo de importaciones, el establecimiento de precios mínimos no suponía una restricción porque, de un lado, se había fijado atendiendo a los precios de intervención establecidos por la propia Comisión en el marco de la organización común de mercado y sus efectos fueron temporalmente limitados y no afectaron a los precios al consumo pues, además de su corta duración, se trataba de un precio mínimo recomendado que, al tratarse de un acuerdo vertical, no podía ser impuesto a sus miembros. De otro, debe valorarse el acuerdo en el contexto jurídico y económico existentes y, en este sentido, debe considerarse como un acto de regulación que responde a la necesidad de evitar a los productores de carne de vacuno un «desastre económico» que podía producir importantes consecuencias en el sector e incluso graves alteraciones del orden público.

El Tribunal considera que el acuerdo tiene por objeto restringir el libre juego de la competencia en los mercados afectados limitando de forma artificial el margen de negociación de los ganaderos y los mataderos y falseando la formación de los precios en dichos mercados. Se trata de un acuerdo en virtud del cual se suspenden provisionalmente las importaciones de carne de vacuno en Francia y se comprometen a aplicar una escala de precios mínimos de compra a la entrada al matadero de las carnes de desecho. De este modo, su objeto era impedir la entrada en Francia de carne de vacuno a precios inferiores a los de la escala establecida para garantizar la comercialización de la producción de ganaderos franceses, por lo que se restringe el jue-

go de la competencia en el mercado comunitario. Y, en cuanto al establecimiento de precios mínimos, constituye una restricción expresamente prohibida por el artículo 81.1 a) TCE. Aunque el sector presente particularidades y sea por ello objeto de una regulación detallada e incluso intervencionista, ello no excluye la aplicación de las normas comunitarias de la competencia aunque se contemplen excepciones que atienden a la situación particular de tales mercados.

### 3. *Vulneración de la libertad sindical*

Alegan también los demandantes limitación del ejercicio de la libertad sindical por la Comisión al no tener en cuenta, esta última, las competencias de gestión propias de los sindicatos agrícolas y exigirles abstenerse de realizar acuerdos con efectos similares al del acuerdo celebrado el 24 de octubre de 2001 teniendo en cuenta que entre las funciones de los sindicatos se encuentra la de organizar, entre sus miembros, acciones concertadas para la defensa de sus intereses colectivos.

La relación entre las normas de política social y las de Derecho de la competencia no es siempre fácil. En el caso enjuiciado, el Tribunal de primera instancia considera, atendiendo a la naturaleza y objeto del acuerdo controvertido, que éste no está excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE. En primer lugar, el acuerdo referido no es un convenio colectivo celebrado entre trabajadores y empresarios, sino un acuerdo interprofesional celebrado entre dos eslabones de la cadena de producción del sector de la carne de vacuno; y, en segundo lugar, el objeto del acuerdo no es mejorar las condiciones de empleo y trabajo, sino suspender las importaciones y fijar precios mínimos para determinadas categorías de carne de vacuno.

A partir de estas consideraciones, la libertad sindical y la defensa de los intereses de los miembros de las federaciones nacionales no pueden justificar acciones concretas contrarias a las normas de la competencia.

### 4. *Política agrícola común y normas de la competencia: aplicabilidad de la excepción recogida en el Reglamento 26*

La necesidad del acuerdo controvertido para alcanzar los objetivos de la política agrícola común justifica, en opinión de las demandantes, la aplicabilidad de la excepción al artículo 81 TCE prevista en el Reglamento 26 a favor de determinadas actividades relacionadas con la producción y la comercialización de productos agrícolas. Se trata de un acuerdo que tenía como objetivos garantizar un nivel de vida mínimo a los criadores de ganado vacuno y la estabilización de los mercados para hacer frente a la crisis que se había producido. De este modo, entienden las demandantes que ante esta situación de crisis la Comisión debió, ponderando los objetivos del artículo 33.1 TCE, concluir la aplicabilidad de la excepción prevista en el Reglamento 26 sin

que pueda admitirse que las medidas adoptadas no estuvieran previstas en el Reglamento 1254/1999 y, por tanto, excluidas de la excepción del artículo 2 del Reglamento 26.

La Comisión, por su parte, considerando que el acuerdo controvertido únicamente respondía a uno de los objetivos fijados en el artículo 33 TCE y que rebasaba el marco de la OCM, lo consideró desproporcionado para alcanzar los objetivos perseguidos y, dado el carácter restrictivo de la excepción, dicho acuerdo no podía beneficiarse de ella.

El artículo 2 del Reglamento 26 prevé que el artículo 81.1 TCE es inaplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas que sean necesarios para la realización de los objetivos de política agrícola común. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, el precepto citado debe ser interpretado restrictivamente (Comunicación de la Comisión-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, [DO C 101, de 27 de abril de 2004] y, entre otras, la STJCE 8 de julio de 1999, as. C-49/92P, *Comisión c. Anic Partecipazioni*, Rec. I-4125). Además, su aplicación exige la concurrencia de varios requisitos: en primer lugar, que el acuerdo que se pretende excepcionar trate de favorecer todos los objetivos del artículo 33.1 TCE; si bien, en algunos casos, la Comisión puede intentar conciliar los objetivos cuando éstos entren en conflicto. Y, en segundo lugar, se exige que el acuerdo celebrado sea necesario.

Partiendo de estas consideraciones el Tribunal analiza la posibilidad de subsumir el acuerdo controvertido en dicho precepto. Sus consideraciones difieren de la posición mantenida por las demandantes. En opinión de las federaciones demandantes, el acuerdo controvertido era necesario para la realización de algunos de los objetivos comprendidos en el artículo 33, en concreto los relativos a garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola y a estabilizar los mercados, y neutro respecto de los otros tres objetivos relacionados en el precepto citado. Sin embargo, para el Tribunal, mientras que ante la situación de crisis que atravesaba el sector de la carne de vacuno puede considerarse que la finalidad del acuerdo era ayudar a los ganaderos del sector en Francia y, de este modo, el acuerdo podría considerarse necesario a los efectos de garantizar un nivel de vida equitativo de la población agrícola en los términos del objetivo consagrado en la letra b) del artículo 33.1 TCE, no ocurre lo propio respecto del objetivo relativo a la estabilización de los mercados.

Este objetivo sólo se hubiera alcanzado mediante un acuerdo a través del cual se adoptaran medidas tendentes a reducir el volumen de la oferta, de un lado, y, de otro, fomentar el consumo de carne, aspectos no contemplados en el acuerdo controvertido. Al contrario, como apunta el Tribunal, las medidas adoptadas en orden al establecimiento de precios mínimos no sólo no contribuyen a lograr el objetivo previsto en la letra c) del precepto citado (estabilización de mercados) sino que puede resultar contraria a éste en la medida en que puede conllevar un aumento de precio. Asimismo, la medida relativa

a la limitación de las importaciones provocaba una distorsión en los intercambios intracomunitarios que perjudica la estabilidad del mercado. Tampoco estima el Tribunal la neutralidad del acuerdo controvertido respecto de otros objetivos de la política agrícola común, considerando que las medidas adoptadas podían repercutir sobre los consumidores negativamente al derivarse, de la limitación de las importaciones, un aumento de los precios en los suministros al consumidor.

Siendo únicamente necesario el acuerdo controvertido respecto del objetivo relativo a asegurar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, el Tribunal valora seguidamente la proporcionalidad de las medidas adoptadas en éste en orden a decidir la aplicación de la excepción recogida en el artículo 2 del Reglamento 26. El Tribunal, confirmando la posición adoptada por la Comisión y desestimando las alegaciones efectuadas por las demandantes, considera que la limitación de las importaciones y la fijación de precios no pueden considerarse medidas proporcionadas a los objetivos perseguidos dada su naturaleza de infracciones graves del Derecho de la competencia.

Mercedes Sabido Rodríguez

*Caso N.º 47. Ententes: STPI 5 diciembre 2006, As. T-303/02, Westfalen Gassen Nederland/Comisión*

NOTA

### 1. Hechos

El Tribunal de Primera Instancia resuelve la demanda interpuesta por *Wetsfalen Gassen Nederland BV* (en adelante *Wetsfalen*) contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en la que la demandante reclama la anulación parcial de la Decisión 2003/207/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE, asunto COMP/E-3/36700-Gases médicos e industriales (DO 2003 L 84, p. 1 y ss.) y, con carácter subsidiario, la reducción del importe de la multa que le fue impuesta.

La importancia de la sentencia pronunciada por el Tribunal de primera instancia se concreta a partir del conocimiento de los hechos que originan el litigio del que trae causa. La demandante es una empresa activa en el mercado neerlandés de los gases industriales y médicos desde 1989. Tras investigaciones realizadas por la Comisión en locales de varias empresas del sector, les remitió un pliego de cargos, adoptando finalmente la Decisión ahora impugnada. En virtud de esta Decisión, la Comisión declaró que *Westfalen* había participado en acuerdos o prácticas concertadas relativas a la fijación de incrementos de los precios, a la fijación de períodos de moratoria y a la fijación de precios mínimos. Acuerdos adoptados en distintas reuniones,

celebradas el 14 de octubre y el 18 de noviembre de 1994, de la asociación Vereniging van Fabrikaten van Industriële Gassen (VFIG) que agrupa a las empresas que fabrican y venden gases industriales en los Países Bajos. Según se desprende de la prueba documental (notas manuscritas y expediente encontrado en el local de la demandante, entre otras) dichas reuniones tenían por objeto restringir la competencia y, por tanto, eran contrarias a las normas comunitarias de la competencia. A tenor de estas consideraciones, la Comisión fijó el importe base de la multa, conforme a las Directrices, atendiendo a la gravedad y duración de la infracción (aspecto este último que modifica de la Decisión impugnada mediante la Decisión 2002/355/CE, de 9 de abril de 2003) y teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes que concurren en la actuación de la demandante justificó una reducción del 15% que dio lugar a la multa finalmente impuesta.

Frente a esta Decisión la demandante fundamenta su pretensión de anulación en varios motivos. En primer lugar, alega que la Comisión no demostró suficientemente su participación en los acuerdos o prácticas concertadas ni cumplió la obligación de motivación en los términos del artículo 253 TCE. Y, en segundo lugar, en la vulneración del principio de igualdad de trato. En cuanto a la pretensión de reducción del importe de la multa, ésta se fundamenta en la vulneración de los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato que lleva a cabo la Comisión al fijar la multa impuesta. El Tribunal, tras analizar los motivos alegados, resuelve desestimando el recurso interpuesto por Wetsfalen.

## *2. Participación en prácticas concertadas*

Respecto al primer motivo, la demandante considera que la Comisión no demostró suficientemente su participación en los acuerdos o prácticas concertadas. En ningún momento niega haber participado en las reuniones de la VFIG; no obstante, sostiene que el comportamiento que mantuvo en las reuniones debe ser calificado como un distanciamiento público del contenido de dichas reuniones. Invocando la jurisprudencia anterior (STJCE de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartados 94-96; y la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 223) afirma que la participación en reuniones en las que se discute sobre la coordinación de los comportamientos en el mercado no constituye una vulneración de la prohibición prevista en el artículo 81 TCE. Además, teniendo en cuenta la actitud que ella mantuvo, que se justifica por la posición que ella tiene en el mercado, su participación en la reunión no puede servir para imputarle un comportamiento colusorio. La Comisión, por su parte, siguiendo una reiterada jurisprudencia, admite que el hecho de que una empresa participe en una reunión de los miembros de una práctica colusoria, aun sin tomar parte activa en el debate, implica su responsabilidad en la infracción, a menos que se distancie públicamente del contenido de dicha reunión.

La prueba de este último aspecto, el distanciamiento público, corresponde a quien lo invoca.

En esta línea el TPI afirma que a efectos de la aplicación del artículo 81 TCE, apartado 1, basta con que un acuerdo tenga por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, independientemente de sus efectos concretos. En consecuencia, en el supuesto de acuerdos que se ponen de manifiesto con ocasión de reuniones de empresas competidoras, se produce una infracción de la referida disposición cuando las reuniones tienen dicho objeto y pretenden, de este modo, organizar artificialmente el funcionamiento del mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rorindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p.5425, apartado 145). La Comisión debe demostrar que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (véase, en particular, la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p.1-123, apartado 81, y la jurisprudencia allí citada).

En sus alegaciones, la demandante no niega su participación ni que éstas fueran contrarias a la competencia limitándose a afirmar que por el comportamiento que tuvo en dichas reuniones se puede considerar que se distanció públicamente de su contenido contrario a las normas de la competencia. Sin embargo, tras analizar sus alegaciones, el Tribunal considera que no ha quedado probado su distanciamiento público por varias razones. En primer lugar, no adoptó una posición clara respecto del incremento de los precios sino que su comportamiento, calificado de vago por la demandante, es una aprobación tácita que produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra. Se trata de una complicidad que constituye un modo pasivo de participar en la infracción y, por tanto, del que se deriva su responsabilidad. En segundo lugar, respecto de la moratoria, la demandante no presenta ningún indicio concreto y objetivo que pruebe su distanciamiento público contrario a la competencia. Es más, su participación en una segunda reunión colusoria desvirtúa toda alegación de distanciamiento público, un concepto que, en tanto que exención de la responsabilidad, debe interpretarse restrictivamente. En tercer lugar, sobre la medida relativa a la fijación de precios mínimos para los compradores, el hecho de guardar silencio en la reunión no puede ser asimilado a una desaprobación firme y clara sino a una aprobación tácita de una iniciativa ilícita y esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción del que se deriva su

responsabilidad. Asimismo, tampoco las protestas efectuadas con anterioridad a la discusión pueden ser consideradas un distanciamiento público pues no supone una manifestación clara y firme de un desacuerdo como exige este último concepto.

La participación en una práctica concertada requiere, además de la concertación de empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación causa a efecto entre ambos elementos. Permaneciendo activa en el mercado y participando en la concertación, salvo prueba en contrario, se presume que las empresas actúan tomando en consideración la información intercambiada con sus competidores. Corresponde a las empresas aportar la prueba para decaer la presunción. A este respecto, mientras que la demandante no ha aportado prueba alguna, la Comisión ha acreditado su participación y la ausencia de un distanciamiento público del comportamiento colusorio, con lo que queda pues acreditada la participación de la Westfalen en la práctica concertada que le fue imputada.

### *3. Principio de igualdad de trato*

Alega la demandante que la Comisión vulneró el principio de igualdad de trato al no apreciar la participación de otras empresas, concretamente, NTG e Hydrogas, que también habían asistido a varias reuniones en las que se trataron los acuerdos contrarios a la competencia.

Respecto a este punto, el Tribunal, siguiendo una reiterada jurisprudencia, considera que tal alegación no elude la sanción que le ha sido impuesta. De otra parte, el principio alegado implica que, salvo excepción objetivamente justificada, el tratamiento igual a situaciones comparables y el tratamiento diferente a situaciones diferentes. En el supuesto no se ha vulnerado pues, como expone la Comisión, la situación de las empresas a las que se ha hecho referencia es muy diferente a la de la demandante. NTG, de un lado, demostró en su respuesta al pliego de cargos su ausencia de responsabilidad. Y, de otro, Hydrogas ni siquiera recibió pliego de cargos por falta de indicios de comportamientos ilícitos. Se trata de situaciones que no son comparables a la situación de la demandante ya que, en la relación con estas empresas, la Comisión no disponía de pruebas que acreditaran la participación de éstas en los acuerdos colusorios.

### *4. Reducción del importe de la multa. Vulneración de los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato al fijar el importe de la multa*

Con carácter subsidiario, la demandante solicita la reducción de la cuantía de la multa impuesta, alegando la brevedad de la duración de la infracción y la vulneración por la Comisión de los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato al fijar el importe de la multa impuesta. Teniendo en cuenta su situación particular, en su opinión, la sanción que le ha sido impuesta es, proporcionalmente, más severa que la impuesta a otras empresas. La

situación de Westfalen es particular, a diferencia de estas últimas, por varias razones: se incorporó tardíamente a la asociación VFIG, sólo participó en dos reuniones colusorias, se opuso a los acuerdos, goza de una pequeña cuota de mercado y temporalmente su implicación en los acuerdos colusorios fue muy breve.

El principio de igualdad de trato implica, siguiendo una reiterada jurisprudencia, que, salvo excepción objetivamente justificada, debe ofrecerse un tratamiento igual a situaciones comparables y un tratamiento diferente a situaciones diferentes. Este principio debe ser respetado por la Comisión cuando, con arreglo al método general impuesto en sus Directrices, determina el importe de la multa. En el caso que se analiza, para determinar si dicho principio ha sido respetado, el Tribunal valora la actuación de la demandada en orden a determinar la sanción.

En esta línea, de acuerdo con las directrices, la cuantía de base de la multa se establece a partir de la duración y gravedad de la infracción; un elemento cuya valoración sirve al Tribunal para apreciar si se ha producido la vulneración de la proporcionalidad como alega la demandante. Resultado de la aplicación de estos criterios, la Comisión, tras la rectificación de 9 de abril de 2003 a la que con anterioridad hicimos referencia, califica la infracción cometida por la demandante como de mediana duración, por prolongarse algo más de un año, con lo que le corresponde un incremento del 10% respecto de la cuantía de base. En cuanto a la valoración de la gravedad, aunque fue cometida por varias empresas, la infracción fue calificada como grave atendiendo al alcance geográfico limitado del mercado y al sector afectado, que desde un punto de vista económico tenía una importancia mediana. Ahora bien, siendo varias empresas, para determinar el peso específico de cada una de ellas y su impacto real sobre la competencia, la Comisión calificó a las empresas implicadas en función de su importancia en el mercado a partir del volumen de negocios obtenido en 1996, y resultaron cuatro grupos o categorías; la demandante figuraba en la cuarta categoría. A partir de estas actuaciones, fijó la Comisión un importe de base, 0,45 millones para la demandante, y le añadió el tanto por ciento correspondiente por la duración de la infracción, en su caso el 10%.

Asimismo, teniendo en cuenta que la demandante había desempeñado un papel meramente pasivo en las infracciones y no había participado en todos los aspectos de éstas, valoró estas circunstancias atenuantes que implicaron la disminución del 15% del importe básico, con lo que resultó así la cantidad de 0,41 millones de euros como importe definitivo de la multa impuesta.

El Tribunal, del análisis expuesto, deduce que la Comisión tuvo en cuenta plenamente las particularidades de la situación de la demandante, que la diferencian de otras empresas implicadas. Ahora bien, aplicando los criterios de duración y gravedad exigidos, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, la Comisión no está obligada a garantizar que los importes de las multas impuestas a las empresas reflejen cualquier diferencia entre ellas en cuanto a su volu-

men de negocios. Además, tampoco el artículo 15.2 de las Directrices exige que el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña no sea superior, en porcentaje del volumen de negocios, al de las impuestas a empresas grandes. En definitiva, al estar el importe de partida de la multa objetivamente diferenciado por las peculiaridades de la situación de la demandante y al no revelar las relaciones entre los volúmenes de negocios y los importes de partida de las multas ningún trato desproporcionado hacia la demandante, al estar justificado en el criterio objetivo que aplica la Comisión para apreciar la importancia de cada una de las empresas implicadas en el mercado en cuestión, el Tribunal desestima las alegaciones invocadas por la demandante.

Mercedes Sabido Rodríguez

*Caso N.º 48. Ententes: STJCE 6 diciembre 2006, As. C-94/04 y C-202/04, Frederico Cipolla/Rosaria Portolese, Stefano/Macrina y Claudia Capodarte/Roberto Meloni*

#### NOTA

1. En la sentencia objeto de estudio se analizan dos asuntos acumulados, el C-94/04 y el C-202/04.

2. En el primero de ellos, la Corte de Apelación de Turín planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para intentar dar respuesta a cinco preguntas:

«1) El principio comunitario de competencia regulado en los artículos 10 CE, 81 CE y 82 CE, ¿se aplica también a la oferta de servicios legales?»

2) ¿Implica dicho principio la posibilidad de que las partes acuerden entre sí la retribución del abogado con efectos vinculantes?»

3) En cualquier caso, ¿se opone dicho principio a la aplicación obligatoria de los honorarios regulados para los abogados?»

4) El principio de libre prestación de servicios, regulado en los artículos 10 CE y 49 CE, ¿se aplica también a la oferta de servicios legales?»

5) En caso de respuesta afirmativa, ¿es compatible con dicho principio la aplicación obligatoria de los honorarios regulados para los abogados?»

3. En el segundo, el C-202/04, el Tribunal de Roma, mediante una cuestión prejudicial, preguntó al TJCE si «¿se oponen los artículos 5 y 85 del Tratado CE (actualmente artículos 10 y 81 CE) a que un Estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que, partiendo de un proyecto elaborado por un consejo de colegios de abogados, apruebe un baremo que fija los límites mínimos y máximos de los honorarios de los miembros de la profesión, por lo que se refiere a las prestaciones que tienen por objeto actividades (denominadas «extrajudiciales») que no están reservadas a los miembros del colegio profesional de abogados sino que pueden ser realizadas por cualquier persona?».

4. El objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Luxemburgo ya ha sido tratado en otras sentencias dictadas por el tribunal comunitario. En concreto, el asunto *Arduino* es su antecedente más próximo (STJCE 19 febrero 2002, *Arduino*, C-35/99, *Rec.* 2002, p. I-1529). Ambos son casos similares y tienen, como se verá a continuación, iguales respuestas.

5. Son varios los puntos clave que trataremos en este análisis. En primer lugar, abordaremos dos cuestiones generales que actúan, como presupuesto, para que pueda ser aplicado el art. 81 del Tratado de Roma. Se trata de la calificación del *abogado* como empresa y de la de un *Colegio de Abogados nacional* como asociación de empresas. En segundo lugar, centrándonos ya en el concreto comportamiento que se estudia en la sentencia –la fijación por parte del Colegio de Abogados italiano de un baremo de honorarios para los servicios prestados por los abogados en este país–, analizaremos el concepto de *afectación de una parte sustancial del mercado intracomunitario* y nos ocuparemos del aspecto fundamental del caso, la calificación de la *normativa pública o regulación privada* de dicho baremo.

6. *Ejercicio de la abogacía y Derecho europeo de la competencia: Cuestiones generales*

Antes de entrar a analizar la aplicación del Derecho europeo de la competencia a la decisión del Colegio de Abogados italiano, deberíamos determinar si es posible tal aplicación, esto es, si el ejercicio de la abogacía debe estar sometido a las reglas de competencia del Derecho europeo (*Vid., ad ex.*, M. BÉNICHOU, «L'Europe, les avocats et la concurrence», *Gazette du Palais*, 127, 66 a 67, 2007, pp. 2-14 y 68 a 69, 2007, pp. 7-18; R. BERTIN, «L'avocat ne doit pas devenir un agent de la puissance publique! note», *Petites affiches*, 396, 22, 2007, pp. 10-14; M.-J. BICHO, «Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application des règles de concurrence», *Competition Policy Newsletter*, n.º 2, june, 1999, pp. 24-26; L. DEFALQUE, «L'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels», *J.Trib.[Brux.]*, année 121, n.º 6059, 15 juin 2002, pp. 457-461; *Id.*, «La tarification des honoraires et le droit de la concurrence», en *La protection du consommateur*, 2006, pp. 183-206; C. D. EHLERMANN, «Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité?», *Rev.MC et de l'Union européenne*, n.º 365, 1993, pp. 136-144; W. EICHELE, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht*, Frankfurt am Main, 2005; M. FONTAINE CAMPOS, «Da natureza jurídica das ordens profissionais: associações públicas ou associações de empresas?: a propósito de dois acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», *Direito e justiça*, XVIII, 2, 2004, pp. 297-321; I.S. FORRESTER, «Where law meets competition: is Wouters like Cassis de Dijon or a platypus?», en C.-D. EHLERMANN/I. ATANASIU [Eds.], *European Competition Law Annual 2004: the relationship between competition Law and the [liberal] professions*,

Oxford, 2006, pp. 271-294; L. IDOT, «Avocats et droit de la concurrence: la rencontre a eu lieu...», *Europe*, année 12, n.º 5, mai 2002, pp. 5-8; M. LAO, «Comment: the rule of reason and horizontal restraints involving professionals», *Antitrust Law Journal*, vol. 68, n.º 2, 2000, pp. 499-526; I. LUC, «Ordres professionnels et concurrence», *Petites affiches*, vol. 393, n.º 192, 24 septembre 2004, pp. 5-13; K.-P. MAILÄNDER, «Anwaltliches Gebührenrecht im europarechtlichen Aufwind», *NJW*, 60, 13, 2007, pp. 883-886; R. MARTIN, «Tarification des honoraires et Communauté européenne: l'exemple italien», *La semaine juridique. Édition générale*, n.º 6, 2007, pp. 3-4; H. NYSENS, «Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», *Revue de Droit commercial belge*, 1999, pp. 475-489; R. O'LOUGHLIN, «EC competition rules and free movement rules: an examination of the parallels and their furtherance by the ECJ Wouters decision», *Eur.Compet.L.Rev.*, 24, 2, 2003, pp. 62-69; C. PERLAT-LOPES, «Honoraires d'avocats: la réglementation des tarifs en Italie: à propos de l'arrêt Cipolla et Macrino [CJCE, 5 décembre 2006]», *Gazette du Palais*, 126, 351-353, pp. 2-8; F. PERTEK, «Die italienische Gebührenordnung für Rechtsanwälte im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten [Cipolla/Macrino, Capodarte, Urteil des EuGH vom 5. Dezember 2006, verbundene Rechtssachen C-94/04, C-202/04]», *European Law Reporter*, n.º 2, 2007, pp. 50-54; D. DEL PRETE, «Ordres professionnels et droit communautaire de la concurrence», *Petites affiches*, 393, 101, 20 mai 2004, pp. 5-12; C. PRIETO, «Les professions libérales sous le joug de la politique européenne de la concurrence?», *La semaine juridique. Édition générale*, 78, 15, 7 avril 2004, pp. 665-671; A. RENETTE, «Les professions libérales face à la 'libre concurrence'», *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 114, 1, 2007, pp. 12-18; B. RENTMESTER/C. PERLAT-LOPES, «Competition law and the legal profession: an overview of EC law and national reforms», *Concurrences*, n.º 1, 2007, pp. 197-200; V. RÖMERMANN/K. WELLIGE, «Rechtsanwaltskartelle – oder Anwaltliches Berufsrecht nach den EuGH-Entscheidungen Wouters und Arduino», *BB*, 57, 13, 2002, pp. 633-638; P. SCHLOSSER, «From freedom of establishment for lawyers to European competition law», *The European Legal Forum*, n.º 2, 2002, pp. 94-101; A.J. VOSSESTEIN, «Case C-35/99, Arduino, judgment of 19 February 2000, Full Court; Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet reported», *C.M.L.Rev.*, 39, 4, 2002, pp. 841-863).

Para realizar un tratamiento más preciso de la cuestión, vamos a centrar el estudio en el ámbito de aplicación del art. 81 TCE. El precepto comunitario mencionado regula la figura de las *ententes*, esto es, acuerdos de empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas, que tienen por objeto o efecto restringir o falsear la competencia en el mercado intracomunitario. Para que esta disposición pudiese aplicarse a esta práctica del Colegio de Abogados italiano, sería necesario que dicho órgano fuese

una asociación de empresas y que, por ende, los abogados fuesen consideradas empresas.

### 7. *Los abogados son empresas*

Las destinatarias del art. 81 TCE son las empresas y las asociaciones de empresas (*Vid., ad ex.*, L. ARCELIN, «tre ou [et?] ne pas être une entreprise, c'est la question», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 11, 2007, pp. 21-24; S. BELHAJ/J.W. VAN DE GRONDEN, «Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking: is EC competition law applicable to the health care sector? [Joined cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK]», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 11, 2004, pp. 682-687; G. CHAVRIER, «Établissement public de santé: logique économique et droit de la concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 2, 2006, pp. 274-287; C. CICORIA, *Nonprofit organizations facing competition: the application of United States, European and German competition law to not-for-profit entities*, Frankfurt am Main, 2006; J.-L. CLERGERIE, «Droit communautaire et monopole de la sécurité sociale», *Recueil Le Dalloz*, 1e cahier [rouge], 182, 39, 2006, pp. 2684-2685; E. DEARDS, «Close shop versus one stop shop: the battle goes on», *Eur.L.Rev.*, 27, 5, 2002, pp. 618-627; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005; B.-J. DRUIJBER, «Joined cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01, 'AOK Bundesverband a.o.'», judgment of the Full Court of 16 March 2004», *C.M.L.Rev.*, 42, 2, 2005, pp. 523-533; L. FABIANO, «Il diritto disciplinare sportivo e la tutela della concorrenza: qualche riflessione sul rapporto fra il diritto comunitario ed il fenomeno del doping», *DPCE*, IV, 2006, pp. 1867-1873; N. GAVIANO, «La decisione comunitaria sulle fondazioni bancarie: diritto della concorrenza ed enti non-profit», *Il diritto dell'Unione Europea*, 8, 1, 2003, pp. 89-114; C. GOLINO, «Enti non profit, attività di impresa e concorrenza», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2006, pp. 799-841; J. W. VAN DE GRONDEN, «Purchasing Care: Economic Activity or Service of General [Economic] Interest?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 2, 2004, pp. 87-94; A. HAFFNER, «'United States Postal Service v Flamingo Industries [USA] Ltd': does the USA have the answer to the 'undertaking problem' in Europe?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 397-402; P.W. HEERMANN, «Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2004, Rs. T-313/02, Meca-Medina und Majcen», *GPR*, 2, 3, 2005, pp. 118-119; S. HENNION, «Services sociaux et concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 5, 2006, pp. 801-810; S. HORSCH, *Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen*, Münster, 2005; B. KARL, *Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Leistungserbringung in der Krankenversicherung*, vol. 1 [*Allgemeines*], Wien, 2005; J. KESSLER, «Die gesetzliche Krankenversicherung als Ausnahmereich im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung»,

WRP, 52, 11, 2006, pp. 1283-1287; M. KLEIS/P. NICOLAIDES, «The concept of undertaking in education and public health systems», *European State Aid Law Quarterly*, 5, 3, 2006, pp. 505-508; C. KOENIG/J. KÜHLING/C. MÜLLER, «Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot», *WuW*, 2005, pp. 126-136; G. KORDEL, *Arbeitsmarkt und europäischen Kartellrecht: zur Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EGV und der Fusionskontrollverordnung auf das Verhalten von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihre Verbände*, Köln, 2004; R. KOVAR, «Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et activité économique», *D.*, 2e cahier [bleu], 182e année, n.º 13, 2006, pp. 919-924; M. KRAJEWSKI, «Festbetragsregelung, Krankenkassen und europäisches Wettbewerbsrecht», *EWS*, 15, 6, 2004, pp. 256-265; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, «Limited competition in national health systems and the application of competition law: the 'AOK Bundesverband' case», *Eur.L.Rev.*, 29, 6, 2004, pp. 842-851; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, «Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN», *Eur.L.Rev.*, 32, 1, 2007, pp. 111-124; K. W. LANGE, «Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa», *WuW*, 52, 10, 2002, pp. 953-961; K.P.E. LASOK, «When is an Undertaking not an Undertaking?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 7, 2004, pp. 383-385; V. LOURI, «The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity; Case T-319/99, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental v. Commission», *Leg.Iss.Eur.Integr.*, 2005, 32, 1, pp. 87-98; A. LOTZE, «Kartellrechtliche Restriktionen der Verbandstätigkeit», en FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB E.V., *Enforcement: die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts: Referate des XXXVII. FIW-Symposiums erweitert durch Referate des XXXI. FIW-Seminars*, Köln, 2005, pp. 117-147; G. MANGEAT/F. AEPLI, «Anti-doping and competition law [David Meca-Medina, Igor Majcen vs. Commission, judgment of the ECJ of 18 July 2006, C-519/04]», *European Law Reporter*, n.º 9, 2006, pp. 365-368; M. MENDES PEREIRA, «From discothèques to websites, a new approach to music copyright licensing: the *Simulcasting* decision», *Competition Policy Newsletter*, 2003, 1, pp. 44-49; M. MENZ, *Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot*, Berlín, 2004; C. MIÈGE, «Contrôle d'une réglementation antidopage au regard des règles communautaires de concurrence», *La semaine juridique. Édition générale*, n.º 48, 2006, pp. 2227-2229; E.-J. MESTMÄCKER, «Performing rights organisations in the Common Market: comparative observations», en KARL RIESENHUBER [Hrsg.], *Ernst-Joachim Mestmäcker: Beiträge zum Urheberrecht*, Berlín, 2006, pp. 227-237; ID., «Zur Anwendung von Kartellaufsicht und Fachaufsicht auf urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften und ihre Mitglieder», en K. RIESENHUBER (Hrsg.), *Ernst-Joachim Mestmäcker: Beiträge zum Urheberrecht*, Berlín, 2006, pp. 239-257; R. MÖLLER, «Die Unternehmenseigenschaft deutscher Sozialversicherungsträger in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes»

fes», *ZESAR*, 5-6, 2006, pp. 200-209; F. MONTAG, «Völkerrechtliche Immunität internationaler Organisationen und europäisches Kartellrecht», en *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat / Common values in international law*, 2006, pp. 389-408; F. MULLER, «Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 5, 2006, pp. 828-841; A. NATZ, *Marktregulierung durch Arzneimittelfestbeträge – Gesetzliche Krankenkassen im Lichte des Wettbewerbsrechts der EU und der USA*, Frankfurt am Main, 2005; O. ODUDU, «The meaning of undertaking within 81 EC», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 7, 2004-2005, pp. 211-241; C. PESCE, «Gli enti di gestione del Sistema nacional de salud spagnolo non agiscono come imprese nella gestione del sistema sanitario», *DPCE*, IV, 2006, pp. 2003-2008; S. VAN RAEPENBUSCH, «Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social», en *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 99-161; S. REIFEGERSTE, «Le droit communautaire de la concurrence ne s'applique pas à la réglementation antidopage [TPICE, 30 septembre 2004]: note», *Petites affiches*, 395, 157, 2006, pp. 27-29; M. REYSEN/G. BAUER, «Health Insurance and European Competition Law. Anmerkung zu EuGH Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 [AOK Bundesverband u.a.]», *ZWeR*, 2004, pp. 568-591; A. RINKEN/O. KELLMER, «Kommunale Krankenhäuser als Instrumente sozial-staatlich-kommunaler Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsverbund», *Die Verwaltung*, 39, 1, 2006, pp. 1-28; W.-H. ROTH, «Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 393-408; R. P. SCHENKE, «Die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenversicherung im Spiegel des Europarechts», en *Steuerungsinstrumente im Recht der Gesundheitswesens*, vol. 1, *Wettbewerb*, 2005, pp. 77-108; Id., «Der Wettbewerbsgedanke im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung aus Sicht des Verfassungs- und Europarechts – Eine Rechtsprechungsanalyse», *WiVerw*, 2006, pp. 34-72; U. SOLTÉSZ/J.-C. PUFFER-MARIETTE, «Krankenhäuser im Fokus des europäischen Wettbewerbsrechts», *EWS*, 17, 10, 2006, pp. 438-445; J. E. SORIANO GARCÍA, «Uniones Temporales de Empresas ¿un caso especial en Derecho de la competencia?», *Gac.Jur.UE*, n.º 230, 2004, pp. 45-62; T. DI TANNO, «La Corte di giustizia e la vexata quaestio della natura delle fondazioni bancarie», *Rassegna tributaria*, XLIX, 4, 2006, pp. 1093-1117; M. TICOZZI, «Il compenso del professionista intellettuale: autonomia contrattuale tra tariffe inderogabili e disciplina comunitaria antitrust», en *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, 2005, pp. 35-83; S. DE WAELE, «Liberal professions and recommended prices: the Belgian architects case», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 3, pp. 44-46; N. WALDHORST, *Die Kammern zwischen Kartell- und Verwaltungsorganisationsrecht: dargestellt am Beispiel der Bundesrechtsanwaltskammer und der Industrie- und Han-*

*delskammern*, Baden-Baden, 2005; W. R. WALZ, *Non-Profit-Organisationen im europäischen Zugwind: Referat im Rahmen der Vortragsreihe 'Rechtsfragen der europäischen Integration'*, Bonn, den 30.01.2006, Bonn, 2006 [también en *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, pp. 653-675]; M. WATHELET, «L'arrêt Meca-Medina et Majcen: plus qu'un coup dans l'eau», *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 113, 41, 2006, pp. 1799-1809; S. WEATHERILL, «Anti-doping rules and EC law», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 416-421; ID., «Anti-doping revisited: the demise of the rule of 'purely sporting interest'», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 12, 2006, pp. 645-657). El comportamiento enjuiciado podría calificarse de decisión de asociación de empresas; pero, para ello, el Colegio de Abogados debería ser considerado una de ellas.

8. Las asociaciones de empresas son agrupaciones de empresas. Por lo tanto, para que el Colegio de Abogados sea considerado una asociación de empresas, los abogados colegiados deberían ser las empresas que componen la asociación. Efectivamente lo son. Esta cuestión quedó resuelta en el asunto *Wouters* (STJCE de 19 febrero 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577). En esta sentencia el Tribunal de Justicia afirmó lo siguiente:

«46. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, *Rec. p. I-1979*, apartado 21; de 16 de noviembre de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance* y otros, C-244/94, *Rec. p. I-4013*, apartado 14, y de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, «*Job Centre II*», C-55/96, *Rec. p. I-7119*, apartado 21).

47. En este sentido, también es reiterada jurisprudencia que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 1987, *Comisión/Italia*, 118/85, *Rec. p. 2599*, apartado 7, y de 18 de junio de 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, *Rec. p. I-3851*, apartado 36).

48. Los abogados ofrecen, a cambio de una retribución, servicios de asistencia jurídica consistentes en la elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales. Además, asumen los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades, ya que, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, son los propios abogados quienes han de soportar las pérdidas.

49. Por consiguiente, los abogados colegiados en los Países Bajos ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado (en este

*sentido véase, en relación con los médicos, la sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 77)».*

9. Como vemos, los abogados son empresas; porque, tal como dispone el Tribunal de Justicia, por empresa hay que entender cualquier entidad que realice una actividad económica. Se considera, a estos efectos, como actividad económica, cualquier actividad relacionada con la producción de bienes o con la prestación de servicios (*vid., ad ex., C. JENNERT, «Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts», WuW, 54, 1, 2004, pp. 37-46*). Los abogados son prestadores de servicios jurídicos y, por ello, son empresas a los fines del Derecho comunitario de la competencia.

10. *Los Colegios de Abogados son asociaciones de empresas.* El concepto de *asociación de empresas* recogido en el art. 81 TCE no ha sido definido por la jurisprudencia comunitaria; si bien, los rasgos caracterizadores de esta figura sí pueden extraerse de ella. Por asociación de empresas podemos entender, en el marco de la aplicación del Derecho europeo de la competencia, cualquier agrupación de empresas, con independencia de la forma jurídica que tenga. Ahora bien, para que el comportamiento llevado a cabo por esta asociación de empresas pueda calificarse de *entente* es necesario que la entidad tenga un mínimo de organización, de forma que pueda adoptar decisiones que representen la voluntad común de los asociados (*vid., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea, Madrid, 2003, pp. 846-848*).

11. La jurisprudencia comunitaria mantiene que los Colegios de Abogados son asociaciones de empresas, por cuanto están formados por abogados (STJCE 19 febrero 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec. 2002, p. I-1577, apartado 50*).

12. *Ejercicio de la abogacía y Derecho europeo de la competencia: cuestiones particulares*

El comportamiento concreto que se analiza en esta sentencia es la fijación de honorarios para los abogados que prestan servicios en Italia: el baremo mencionado es establecido por el Colegio de Abogados de Italia y tiene un ámbito de aplicación nacional, esto es, todos los profesionales que ejerzan la abogacía en este país deberían ajustarse a dichos honorarios. Se trata de una cuestión que, al menos, ya en los años noventa suscitó serias reservas desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia (*vid., ad ex., L. MISSON/F. BAERT, «Les baremes d'honoraires des avocats sont-ils illicites?», J.T., n.º 5765, 1995, pp. 485-492 y TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones, junio 1992*).

13. *Afectación de la totalidad de un Estado miembro*

Ahora bien, para que la práctica controvertida pueda ser considerada una *entente*, es necesario que afecte a una parte sustancial del mercado intracomunitario (*vid., ad ex., L. BERENGUER-FUSTER, «¿Se debe mantener la exi-*

gencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?», en S. MARTÍNEZ LAGE/A. PETITBÓ-JUAN [Dir.], *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2005, pp. 189-208; P. BRIDGELAND, «Court of Firts Instance upholds three Commission decisions relating to beer ties», *Competition Policy Newsletter*, n.º 2, June 2002, pp. 45-47; R. BURNLEY, «Interstate trade revisited: the jurisdictional criterion for Articles 81 and 82 EC», *Eur.Compet.L.Rev.*, 23, 5, May 2002, pp. 217-226; S. DEGEN, *Die Zwischenstaatlichkeitsklausel des europäischen und deutschen Kartellrechts*, Frankfurt am Main, 2004; J. KOCH, «Kartellrechtsentscheidung des EuGH in Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug?», *WuW*, 56, 7-8, 2006, pp. 710-719; M. LORENZO ALONSO, *Die Neuausrichtung der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81, 82 EG. Folgen der neuesten Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts für die Zwischenstaatlichkeitsklausel – unter besonderer Berücksichtigung des Bankenbereichs*, Frankfurt am Main, 2003; F. PERTEK, «Geheime Kartelle auf dem belgischen Biermarkt: [Brouwerij Haacht vs. Kommission, T-48/02, EuG vom 6. Dezember 2005]», *European Law Reporter*, n.º 12, 2005, pp. 484-487; S. POILLOT-PERUZZETTO, «Affectation du commerce entre États membres», en G. CANIVET [Dir.], *La modernisation du droit de la concurrence*, París, 2006, pp. 51-83; U. SOLTÉSZ, «Die Zwischenstaatlichkeitsklausel(n) im europäischen Kartell- und Beihilferecht: Parallelen, Gegensätze und Perspektiven», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN [Hrsg.], *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 501-513; J.-P. VIENNOIS, «Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence [Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité]», *Petites affiches*, vol. 393, n.º 190, 22 septembre 2004, pp. 9-12; S. WIMMER-LEONHARDT, «Zur zwischenstaatlichen Bedeutung von Mittelstandskartellen», *WuW*, 56, 5, 2006, pp. 486-492). En realidad, el Tratado de Roma no exige que la afectación sea sustancial, sin embargo, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia así lo han determinado.

14. La Comisión, a través de sus Comunicaciones sobre los acuerdos de menor importancia, ha venido estipulando que los acuerdos de empresas que deben ser objeto de la aplicación del art. 81 TCE deben ser aquellos que tengan una determinada relevancia económica. En este sentido, el órgano comunitario ha definido los llamados *acuerdos de minimis*, entendiéndolo por éstos los que afectan a una pequeña cuota de mercado. Precisamente por ello, por la mínima cuota de mercado, la Comisión presume que dichos acuerdos no afectan a una parte sustancial del mercado intracomunitario y, por tanto, no pueden ser analizados bajo la óptica del Derecho europeo de la competencia.

La última Comunicación al respecto es del año 2001. En ella, se fija en un 10%, para los acuerdos horizontales, y en un 15%, para los verticales, la

máxima cuota de mercado afectada que permite definir el comportamiento como *de minimis* –con las excepciones recogidas en el art. 11 (DO C 368 de 22 diciembre 2001)–. La Comisión considera que son menos dañinos para la competencia los acuerdos verticales. De ahí que la cuota de mercado afectada pueda ser mayor que la que se establece para los horizontales.

15. El Tribunal de Justicia, por su parte, en numerosas sentencias exige, también, que la afectación sea de una parte sustancial del mercado intracomunitario. En concreto, y en relación con la sentencia objeto de estudio, el Tribunal de Luxemburgo considera que cuando el comportamiento litigioso afecta a la totalidad de un Estado miembro, debemos entender que se trata de una afectación de una parte sustancial del mercado comunitario. En el caso C-35/96, el órgano judicial ya se pronunció en este mismo sentido con estas palabras: «*Por lo que se refiere a la afectación de los intercambios intracomunitarios, basta con recordar que, por su propia naturaleza, una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado (sentencias de 17 de octubre de 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión, 8/72, Rec. p. 977, apartado 29, y de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 22)*» (STJCE de 18 junio 1998, *Agentes de aduanas*, C-35/96, Rec. 1998, p. I-3857, apartado 48).

16. *¿Normativa estatal o privada?* El art. 81 TCE está destinado a las empresas. Estas entidades son las únicas que pueden llevar a cabo los comportamientos colusorios regulados en el precepto mencionado. Sin embargo, en virtud al artículo 10 TCE, en relación con el artículo 3.g) del mismo texto comunitario, «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado» –para alcanzar los fines del Tratado las acciones de la Comunidad implicarán, entre otros objetivos, «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior» (art. 3.g)–.

17. Tal como dispone el Abogado General, el Sr. M. POIARES MADURO, en las Conclusiones presentadas al caso *Cipolla*, el 1 de febrero de 2006, el artículo 10 del Tratado de Roma, en relación con el 81, sólo se considerará infringido en dos supuestos: «si un Estado miembro impone, favorece o refuerza los efectos de prácticas colusorias prohibidas por el artículo 81 CE, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica» (apartado 31). Ambas actuaciones se distinguen, porque la primera supone una omisión de intervención del poder público –permitien-

do, por tanto, la conclusión de acuerdos anticoncurren- ciales– y porque la segunda consiste en delegar formalmente en los operadores privados la toma de decisiones de interés público (*vid.*, *ad ex.*, T. BALLARINO/L. BELLODI, «Contraintes étatiques en matière de concurrence», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, 3, pp. 555-588; F. CASTILLO DE LA TORRE, «Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: deberes de los órganos que aplican el Derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas [Comentario a la sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi, de 9 de septiembre de 2003]», *Rev.Der.Com.Eur.*, 8, 17, 2004, pp. 161-192; *ID.*, «State action defence in EC competition law», *World Compet.*, 28, 4, 2005, pp. 407-431; *ID.*, «Reglamentaciones públicas anticompetitivas», en *Tratado de Derecho de la competencia*, t. 2, 2005, pp. 1301-1391; N. CHARBIT, «L'entente 'automatique'», *Concurrences*, n.º 2, 2006, pp. 44-60; W. COONEY, «Competition and the Noerr-Pennington doctrine: when should political activity be barred under European community competition law», *The George Washington International Law Review*, 34, 4, 2003, pp. 871-894; W. EICHELE, «Anmerkung zu EuGH Rs. C-250/03 [Zugang zum Beruf des Rechtsanwalts in Italien; Zusammensetzung des Prüfungsausschusses]», *EuZW*, 2005, pp. 274-276; M. FROMONT, «Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Marktfreiheit und staatlicher Inpflichtnahme aus französischer Sicht», *EuR*, 39, 2, 2004, pp. 41-49; M.S. GAL/I. FAIBISH, «Six principles for limiting government-facilitated restraints on competition», *C.M.L.Rev.*, 44, 1, 2007, pp. 69-100; F. GUJER, «Wettbewerbsverhinderung durch Investitionsschutz?», *AJP*, 15, 5, 2006, pp. 561-573; L. GYSELEN, «Anti-competitive State action in the area of liberal professions: an EU/US comparative law perspective», *European Competition Law Annual 2004*, 2006, pp. 353-395; T. HASSEL, *Hoheitliches Handeln als Vertoss gegen EU-Kartellrecht*, Hamburgo, 2006; M. KLASSE, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen: dargestellt anhand von Entscheidungen des EuGH unter besonderer Berücksichtigung von Preisregelungen im Energierecht*, Baden-Baden, 2006; R. LAUDA, «Allgemeininteresse und Berufszugang. Anmerkung zu EuGH Rs. C-250/03 [Mauri/Ministero della Giustizia]», *NJW*, 2005, pp. 1526-1527; L. LEZZI, «Regolazioni anticoncorrenziali: criteri di responsabilità per Stato, associazioni d'impresa e imprese private», *Mercato concorrenza regole*, VIII, 1, 2006, pp. 61-94; P. NEBBIA, «Case C-198/01, 'Consorzio Industrie Fiammiferi [CIF] v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato', Judgement of the Full Court of 9 September 2003», *C.M.L.Rev.*, 41, 3, 2004, pp. 839-849; A. B. PÉREZ DEL SOL, «Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorzio Industrie Fiammiferi [CIF] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», *Gac.Jur.U.E.*, n.º 228, 2003, pp. 85-96; C. M. VON QUITZOW, *State measures distorting free competition in the EC: a study of the need for a new Community policy towards anti-competitive State measures in the EMU perspective*, The Hague, 2002; C. RIZZA,

«The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence [Case C-198/01 CIF]», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 2, 2004, pp. 126-131; V. RÖMERMANN/KR. WELLIGE, «Rechtsanwaltskartelle – oder Anwaltliches Berufsrecht nach den EuGH-Entscheidungen Wouters und Arduino», *BB*, 57, 13, 2002, pp. 633-638; H. SCHEPEL, «Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test», *C.M.L.Rev.*, 39, 1, February 2002, pp. 31-51; R. SENIGAGLIA, «Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXII, 4, 2006, parte II, pp. 200-214; C. STUMPF, «Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Marktfreiheit und staatlicher Inpflichtnahme: die europarechtliche Perspektive», *EuR*, 39, 2, 2004, pp. 7-27; J. SZOBOSZLAI, «Delegation of State regulatory powers to private parties: towards an active supervision test», *World Compet.*, 29, 1, 2006, pp. 73-87; J. TEMPLE LANG, «National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC», *Eur.L.Rev.*, 29, 3, 2004, pp. 397-406; L. VIOLINI, «Grundzüge der aktuellen italienischen Wirtschaftsverfassung im Lichte der Europäischen Integration», *EuR*, 39, 2, 2004, pp. 29-40; A. J. VOSSESTEIN, «Case C-35/99, Arduino, judgment of 19 February 2000, Full Court; Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet reported», *C.M.L.Rev.*, 39, 4, 2002, pp. 841-863; F. H. WAGNER, «Die Verantwortlichkeit des Staates für Wettbewerbsbeschränkungen durch Gesetz in föderalen Systemen», *WuW*, 53, 5, 2003, pp. 454-472; R. WAINWRIGHT/A. BOUQUET, «State intervention and action in EC competition law», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, 2004, pp. 539-579).

El asunto objeto de estudio es un ejemplo que quedaría englobado en el segundo supuesto enunciado. En el caso *Cipolla*, los órganos judiciales que plantean la cuestión prejudicial lo hacen para que el Tribunal de Justicia resuelva, entre otras cuestiones, si el baremo de honorarios es una decisión del Colegio de Abogados de Italia –una decisión privada, por tanto, y sometida al Derecho europeo de competencia– o si se trata de una normativa pública –y, por ello, exenta de la aplicación de las normas de competencia–.

18. El Tribunal de Luxemburgo resalta, como dato determinante, la aprobación final de dichos honorarios por parte de la autoridad pública: «*En efecto, el baremo del Colegio de Abogados nacional de Italia es un proyecto que debe ser aprobado por el Ministro de Justicia para que tenga fuerza obligatoria. La necesaria intervención final del poder público lleva a considerar al Tribunal de Justicia que no estamos ante una decisión de una asociación de empresas, sino que se trata de una medida de carácter público*» (apartado 49). A esta misma conclusión llegó el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Arduino*, antes mencionado.

19. Reafirmando el carácter estatal de una medida elaborada de esta forma, el Abogado General observó que, con respecto a las prestaciones extrajudiciales, el baremo permitía que los jueces que lo aplicaran pudieran fijar los honorarios de forma discrecional, sin motivación alguna, dentro de la horquilla marcada por los límites mínimo y máximo, y que, incluso, pudieran ignorar tales límites si motivase. Por consiguiente, los órganos jurisdiccionales están obligados a actuar en este marco, respetando, en la medida de lo posible, las reglas de competencia del Derecho comunitario (apartado 45 de las Conclusiones). Dicho con otros términos, los jueces deberían utilizar ese margen de maniobrabilidad que permite la regulación para dañar la competencia en la menor medida posible.

20. El asunto *Cipolla* plantea una cuestión más que no fue analizada en el caso *Arduino*: la Corte d'appello di Torino preguntó al Tribunal si la normativa litigiosa es contraria al art. 49 TCE (*vid.* F. PERTEK, «Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die italienische Gebührenordnung für Rechtsanwälte [Schlussanträge des Generalanwalts Miguel Poiars Maduro vom 1. Februar 2006 in den Rechtssachen C-94/04 *Cipolla* und C-202/04 *Macrino*], *European Law Reporter*, n.º 3, 2006, pp. 108-112). Dicho con otras palabras, el órgano judicial italiano dudaba sobre la compatibilidad del baremo de honorarios en relación con el ejercicio de la *libre prestación de servicios* (sobre la libertad de establecimiento/libre prestación de servicios de las profesiones jurídicas, *vid.*, *ad ex.*, G. ALPA, «La versione definitiva della direttiva sui servizi e il suo ambito di operatività per l'avvocatura», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIII, 2, 2007, parte II, pp. 59-60; F. BACHELIN, *Die Zusammenarbeit von Rechtsanwälten in Europa: eine Gegenüberstellung von losen Kooperationsformen und integrierten Berufsausübungsgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung europarechtlicher, berufsrechtlicher und haftungsrechtlicher Aspekte*, Bonn, 2002; A. BARONE/P. PICCOLI, «I notai», en L. NOGLER [Dir.], *Le attività autonome*, Turín, 2006, pp. 277-311; M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, «El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de los abogados: algunos apuntes y últimos desarrollos jurisprudenciales», *Gac.Jur.UE*, n.º 217, 2002, pp. 39-58; P. CABRAL, «Case C-168/98 'Grand-Duchy of Luxembourg v. European Parliament and Council of the European Union': judgment of 7 November 2000», *C.M.L.Rev.*, 39, 1, February 2002, pp. 129-150; S. M. CARBONE, «Il notaio tra regole nazionali ed europee: diritto societario e professioni regolamentate alla prova delle libertà comunitarie», *Il diritto dell'Unione Europea*, 8, 4, 2003, pp. 689-710; S. M. CARBONE/A. TARAMASSO, «Libera prestazione di servizi, tariffe professionali e professione di avvocato», *Dir. comm. int.*, 19, 2, 2005, pp. 231-243; W. EICHELE, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht*, Frankfurt am Main, 2005; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario: contributo allo studio delle libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli, 2005; S. HAEDER,

«Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?», *ZEUS*, 10, 1, 2007, pp. 117-150; H.-J. HELLWIG, «Perspektiven der deutschen Anwaltschaft ex Europa», *NJW*, 2005, pp. 1217-1226; M. HENSSLER, «Die Zulassung ausländischer Anwaltsgeellschaften in Deutschland», *Rechtspolitik und Berufspolitik: Felix Busse zum 65. Geburtstag*, 2005, pp. 127-153; D. KOLONOVITS [Hrsg.], *Anwaltsrecht in EU-Beitrittsländern. Berufsrecht der Rechtsanwälte in ausgewählten EU-Beitrittsländern im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, Wien, 2003; N. PREUSS, «Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung», *ZEuP*, 2005, pp. 291-321; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Granada, 2003; V. SANGIOVANNI, «L'avvocato italiano in Germania: la prova attitudinale per il conseguimento del titolo di 'Rechtsanwalt'», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LIX, 4, 2005, pp. 1247-1266; P.F. SCHLOSSER, «From freedom of establishment for lawyers to European competition law», *Eur. Legal Forum*, 2002, 2, 2, pp. 94-101; J. SCHÜTZEBOG, *Der Notar in Europa: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, französischen, niederländischen und englischen notariellen Berufsrechts*, Bonn, 2005; C. TUO, «La 'professione' del praticante avvocato secondo la Corte di giustizia: alcuni rilievi sul caso Morgenbesser», *Dir. comm. int.*, 18, 2, 2004, pp. 435-455; G. VICICONTE, «La libera circolazione degli avvocati», en L. NOGLER [Dir.], *Le attività autonome*, Torino, 2006, pp. 353-421; M.<sup>a</sup> T. VIÑUELAS ZAHÍNOS, *La libre circulación del abogado en la Unión Europea*, Pamplona, 2004; J.-C. ZARKA, «Modalités d'inscription des avocats citoyens communautaires à un barreau d'un État membre: note», *La semaine juridique. Édition générale*, n.º 49, 2006, pp. 2285-2286).

El Tribunal de Luxemburgo centró su análisis en el límite mínimo de los honorarios. Explicó el órgano judicial comunitario que la imposición de unos precios mínimos obstaculiza el ejercicio de la libre prestación de servicios, ya que, de esta forma, los abogados establecidos en otro Estado miembro encuentran trabas a la posibilidad de prestar asesoramiento en Italia, al no poder competir en precios. En efecto, los profesionales que no ejercen de forma habitual en Italia no tendrían por qué ser conocidos en ese mercado, con lo cual, los potenciales clientes podrían no conocer la calidad de su trabajo. Con este panorama, la única forma en la que dichos letrados podrían hacerse un hueco en el mercado italiano sería compitiendo en precios, posibilidad que les está vedada por la existencia del baremo de honorarios. Así descrita la situación, la imposición de precios constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios de estos profesionales.

El Tribunal de Justicia contestó a la cuestión con estas palabras: «*En efecto, dicha prohibición priva a los abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana de la posibilidad de competir más eficazmente, pidiendo unos honorarios más reducidos que los fijados por el baremo, con los abogados instalados de forma estable en el Estado miembro*

*de que se trate y que disponen por tanto de mayores facilidades que los abogados establecidos en el extranjero para captar clientela (...)*. «Del mismo modo, la prohibición así prevista limita la elección de los destinatarios de los servicios en Italia, ya que éstos no pueden recurrir a los servicios de abogados establecidos en otros Estados miembros que en Italia ofrecerían sus servicios a un precio por debajo de los honorarios mínimos fijados en el baremo» (apartados 59 y 60).

21. Una vez que se ha determinado que el baremo de honorarios obstaculiza el ejercicio de la libre prestación de servicios, el Tribunal acaba su análisis considerando la posibilidad de que, por razón de *interés general*, la normativa controvertida deba considerarse lícita. Para ello, el órgano judicial recuerda los dos requisitos que deben concurrir en la citada regulación, a saber, que la medida «*sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo*» (apartado 64). Es el órgano judicial remitente el que debe valorar ambos aspectos para decidir si la normativa debe ser aplicada o no.

En relación con el primer factor, la fijación de honorarios persigue el objetivo de garantizar la protección de los consumidores y la buena administración de justicia. Los defensores del baremo alegan que permitir que los abogados puedan cobrar por sus servicios unos precios bajos podría conllevar un detrimento de su calidad. Respecto del segundo, el órgano judicial de Turín debe comprobar si las «normas profesionales para los abogados, en particular, las normas de organización, de calificación, de deontología, de control y de responsabilidad, son por sí solas suficientes para alcanzar los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia» (apartado 69).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

*Caso N.º 49. Ententes: STJCE 14 diciembre 2006, As. C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos, S. A. (CEPSA)*

#### NOTA

1. En el asunto que enfrentó a la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios (en lo sucesivo, «La Confederación») con la Compañía Española de Petróleos, S. A. (en lo sucesivo, «CEPSA»), el TJCE debió resolver una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en la que, básicamente, se cuestionaba la interpretación que debían darse a los artículos 10 a 13 del Reglamento (CEE) 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del actual artículo 81 TCE (Reglamento (CEE) n.º 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85

del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, *DOUE* n.º L 173, de 30 de junio de 1983).

Los antecedentes fácticos del asunto se remontan al 4 de mayo de 1995, fecha en la que la Confederación presentó una denuncia ante el Ministerio de Economía y Hacienda contra determinadas empresas del sector petrolero. En concreto, se denunciaba la práctica contraria a la competencia que, en su opinión, suponían los contratos de comisión y agencia celebrados entre CEPSA y las empresas titulares de las estaciones de servicio a las que aquella suministraba sus productos. Las líneas básicas de todos los contratos eran las siguientes: a) el titular de la estación de servicios se comprometía a vender exclusivamente carburantes y combustibles del suministrador de acuerdo con las condiciones, técnicas de venta y explotación y precio de venta al público fijados por éste; b) el titular asumía el riesgo de los productos de la exclusiva desde el momento en que los recibía de CEPSA y traspasaban la brida de conexión de los depósitos o tanques de almacenamiento existentes en la estación de servicios; c) el titular debía abonar a CEPSA el importe de los carburantes o combustibles a los nueve días desde la fecha de su entrega en la estación de servicios; d) el titular percibía de CEPSA las comisiones de mercado existentes en cada momento, debiendo ser abonadas por el suministrador a los nueve días del suministro.

2. Dos son las cuestiones que principalmente debe resolver el TJCE al abordar este asunto: la competencia del TJCE para pronunciarse sobre unos hechos puramente internos que deben resolverse aplicando exclusivamente el Derecho nacional y el concepto de empresa a los efectos de determinar si constituye un «acuerdo entre empresa» de los sancionados por el artículo 81 TCE.

3. En relación con la *competencia del TJCE*, en la fase de observaciones orales y escritas del procedimiento tanto CEPSA como la Comisión de las Comunidades Europeas manifestaron sus dudas sobre la admisibilidad de una cuestión prejudicial como la planteada por el tribunal español. Esto es, una cuestión de aparente carácter doméstico en la que, al no verse afectados los intercambios comerciales entre los Estados miembros, los hechos denunciados agotaban sus efectos en el mercado español, debiendo ser enjuiciados conforme a una normativa estatal. Tanto CEPSA como la Comisión, consideraban que el tribunal comunitario sólo estaba obligado a pronunciarse sobre las cuestiones remitidas por los órganos jurisdiccionales estatales cuando éstas versasen sobre la interpretación de disposiciones de Derecho comunitario. Sin embargo, en el asunto remitido lo que se pretendía era la interpretación de una norma estatal que efectúa una remisión genérica al Derecho Comunitario. Concretamente, la cuestión controvertida estaba relacionada con la interpretación del artículo 1 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia (*Boletín Oficial del Estado*,

29 de febrero de 1992, n.º 52/1992). Este precepto en su artículo 1 establece que «De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 apartado 1, letra a), de la Ley 16/1989, quedan autorizados los acuerdos en que participen únicamente dos empresas y que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías afecten únicamente al mercado nacional y cumplan las condiciones que para cada una de ellas a continuación se establece: (...) b) Acuerdos de compra exclusiva, en los que una parte se comprometa con la otra a comprar para su reventa determinados productos únicamente a ella o a terceras personas distribuidoras suyas, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE n.º 1984/83 (...)» (en el ínterin, este Real Decreto fue derogado y sustituido por el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, *Boletín Oficial del Estado*, 15 de abril de 2003, n.º 90/2003).

El TJCE no compartió este punto de vista. Defendiendo un concepto amplio de «Derecho Comunitario», entendió que su competencia interpretativa no sólo comprende las disposiciones de Derecho originario y de Derecho derivado que, de alguna manera, emanan de los órganos comunitarios, sino que se extiende a supuestos en los que las normas comunitarias son aplicables a través de una remisión realizada por el Derecho nacional (es la denominada en el ámbito convencional, «incorporación por referencia» o *Hinweismethode* –CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 80–. Para profundizar al respecto, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.ª P., «La incorporación por referencia en el Derecho de los Tratados», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, págs. 7-40). La razón, según él, es evidente. Como la Abogada General reconoce, en la jurisprudencia del TJCE ya ha quedado de manifiesto que existe un interés comunitario patente en que toda disposición de Derecho comunitario reciba una interpretación uniforme, con independencia de las condiciones en que tenga que aplicarse (conclusiones de la Abogada General Sra. JULIANE KOKOTT, ap. 20). Pero este interés es, si cabe, mayor en el ámbito del Derecho de la competencia. En esta materia, el interés por una interpretación y aplicación lo más uniforme posible de las disposiciones comunitarias es especialmente acentuado, máxime si tenemos en cuenta que el Derecho nacional de muchos Estados en materia de competencia está directamente inspirado por las correspondientes disposiciones de Derecho comunitario. Éste es el caso de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de julio de 1989, n.º 170/1989), cuyo artículo 1 se inspiraba directamente en el artículo 81.1 TCE (esta ley ha sido derogada a partir del 1 de septiembre de 2007, por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, n.º 159/2007). Además, no debe olvidarse que el Derecho de la competencia se caracteriza por el hecho de que frecuentemente unos mismos hechos pueden ser dirimidos de forma paralela, tanto por normas nacio-

nales, como comunitarias (STJCE de 13 de febrero de 1969, as. 14/68, *Walt Wilhem contra Bundeskartellamt*, Rec. 1969, ap. 3. En el mismo sentido, STJCE de 16 de julio de 1992, as. C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada y otros contra Dirección General de Defensa de la Competencia*, Rec. 1991, p. I-4785 y ss., ap. 11 y STJCE de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97, *Bronner contra Mediaprint*, Rec. 1998, p. I-7791, ap. 19). Por lo tanto, se impone una interpretación uniforme que evite interpretaciones divergentes de una misma disposición comunitaria en función de si ésta es aplicable de manera directa o de forma indirecta (a través de la remisión efectuada por un Derecho nacional).

4. La segunda cuestión de interés que suscita la resolución objeto de análisis es la definición del concepto de empresa a la hora de determinar si estamos ante un «acuerdo entre empresas» de los que restringen el juego de la competencia y son considerados incompatibles con el mercado común por parte del artículo 81.1 TCE.

Recordemos que en este supuesto el TJCE debía determinar si los contratos de distribución en exclusiva entre CEPSA y los titulares de las estaciones de servicio constituían o no un acuerdo de empresa de los contemplados por el artículo 81 TCE o de los que, pese a poseer tal consideración, pueden beneficiarse de un acuerdo de exención por categorías. Se trataría, en todo caso, de un acuerdo vertical puesto que ambas partes son operadores situados en distinta fase del proceso económico.

Básicamente, la cuestión se resumiría en dilucidar si un intermediario es o no un operador independiente de la empresa comitente. La respuesta viene determinada por la nota de independencia. El TJCE entendió que la personalidad jurídica distinta de los agentes económicos no es determinante, sino que lo decisivo es la unidad de comportamiento en el mercado. Y estableció que los intermediarios únicamente pierden su condición de operadores económicos independientes en los supuestos en que no soportan ningún riesgo con los contratos negociados (este criterio ya había seguido por el TJCE en su sentencia de 3 de julio de 1966, as. 56/64, *Grundig contra Comisión Europea*, Rec. 1966, págs. 429 y ss.; en este asunto distinguió el acuerdo celebrado entre un productor y un distribuidor de aquél en que un productor integra en su empresa la distribución de sus propios productos por cualquier método). Por lo tanto, cuando, pese a tener una personalidad jurídica diferenciada, el comportamiento del titular de la estación de servicios depende completamente de su proveedor de carburantes, no es aplicable el artículo 81.1 TCE: no nos encontraríamos ante un acuerdo de empresas, sino ante una práctica unilateral de una empresa que tiene descentralizada alguna o varias de sus fases de la cadena de producción (ya el 24 de diciembre de 1962 la Comisión emitió una Comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva celebrados con agentes y comisionistas; el criterio de la Comisión era que, puesto que los agentes y comisionistas desarrollan su actuación por cuenta de su principal y de acuerdo a las instrucciones impar-

tidas por éste, los acuerdos celebrados entre principal y agente relativos al desempeño por éste de su función de tal en el mercado no quedan sujetos a la prohibición del actual art. 81 TCE, ya que en este ámbito el agente carece de autonomía y es un mero ejecutor de la voluntad de su principal, es decir, no hay dos voluntades independientes, *JOCE* n.º 2.961, de 24 de diciembre de 1962).

En cualquier caso, las claves para conocer el grado de independencia del intermediario están en el contrato celebrado entre éste y su comitente. Son, en definitiva, las circunstancias fácticas de cada caso las que condicionan la respuesta que deba darse a la cuestión. Pues bien, en un intento por facilitar la labor del juzgador, el TJCE proporcionó una serie de pautas interpretativas o criterios que pueden servir para arrojar algo de luz a una casuística muy variada, a saber, quién asume los riesgos vinculados a la venta del producto y quién soporta los riesgos vinculados a las inversiones específicas que son necesarias para entrar en el mercado (estos criterios deben resultar familiares a nuestros órganos internos puesto que el TDC a la hora de delimitar la figura del agente, sustentándose en el criterio seguido en el ámbito comunitario, ha puesto el énfasis en la asunción de riesgos por parte del agente; así por ejemplo, en el asunto CEPSA –resolución de 20 de mayo de 2001– o REPSOL –resolución de 11 de julio de 2001–).

En relación con los primeros, se asume el riesgo inherente a la venta del producto cuando el titular de la estación de servicio asume, directa o indirectamente, los costes derivados de la distribución del producto (I), los costes de su conservación (II), la responsabilidad por daño, pérdida o deterioro del producto (III) o el riesgo financiero (IV) (el riesgo financiero es que supone el pago del precio del producto a su suministrador en el caso de que el titular de la estación de servicios no encontrara un comprador).

En relación con los segundos, el intermediario asumiría el riesgo vinculado a las inversiones específicas del mercado en los supuestos en que compra, alquilo o de cualquier otra manera asume el coste de los locales o equipos necesarios para el ejercicio de su actividad económica (tanques o depósitos de carburantes, en el supuesto que nos ocupa).

Analizando estos aspectos, el juzgador nacional será el que deba determinar si el intermediario es una empresa en el sentido empleado por el artículo 81 TCE o no. Si éste no asumiera los riesgos derivados de su actividad, la obligación impuesta a los titulares de las estaciones de servicio de vender el carburante a un precio determinado formaría parte de la capacidad de CEPSA para delimitar el campo de actuación de sus agentes. Por el contrario, si los intermediarios asumieran los riesgos, estaríamos ante un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 81 y, sólo entonces, se plantearía la cuestión de si puede beneficiarse de una exención por categorías de las previstas por la legislación aplicable.

Marta Casado Abarquero

*Caso N.º 50. Ententes: STPI 14 diciembre 2006, Ass. T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros/Comisión*

#### NOTA

1. La presente resolución tiene base en la Decisión 2004/138/CE de la Comisión, de 11 de junio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/36.571/D-1 –Bancos austriacos– «Club Lombard») (D.O. 2004, L 56, p. 1). En ella la Comisión declaró la participación de diversas empresas en una serie de acuerdos y prácticas concertadas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

La Comisión reprocha a los destinatarios de la Decisión impugnada que hayan creado lo que ella denomina la «red Lombard», es decir, un conjunto de reuniones periódicas, tan exhaustivas en cuanto al fondo como estrechamente vinculadas en cuanto a la forma, en el marco de las cuales concertaban a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en Austria. Por todo ello, la Comisión impone sanciones a las participantes.

Las empresas demandantes no discuten los hechos recogidos en la Decisión, pero cuestionan varios aspectos sustantivos y fundamentalmente procesales de ésta. A continuación, recogemos las principales conclusiones alcanzadas por el Tribunal en ambos ámbitos y nos centramos especialmente en las procesales.

2. Dentro de las cuestiones sustantivas no resulta novedosa la afirmación en virtud de la cual una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Resulta relevante sin embargo aclarar que esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto. Por ello puede calificarse de práctica colusoria general única a un sistema de mesas redondas empleado por los bancos para concertar a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro cuando una de ellas, como instancia suprema de todas las demás, trata cuestiones correspondientes a numerosas mesas redondas específicas, adopta las decisiones fundamentales, ejerce una función arbitral entre los diferentes grupos en caso de problemas de disciplina relativos al respeto de los acuerdos y cuando existe una estrecha vinculación de las mesas redondas y de su proce-

diminuto de toma de decisiones, de modo que las mesas redondas celebran a menudo reuniones conjuntas, las competencias de los grupos se superponen y las diferentes mesas redondas se mantienen recíprocamente informadas de sus actividades.

Respecto del efecto en el mercado, cabe aclarar que no es necesario que éste sea efectivo y cabe que sea potencial, pero es necesario que el efecto potencial de la práctica colusoria sobre el comercio interestatal sea sensible o, en otros términos, que no sea insignificante.

Resulta igualmente relevante la precisión sobre la definición del mercado de referencia aclarando que es diferente según se trate de aplicar el artículo 81 CE o el artículo 82 CE. En el marco de la aplicación del artículo 81 CE, es necesario definir el mercado de referencia para determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Por esta razón, en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, las críticas formuladas contra la definición del mercado efectuada por la Comisión no poseen una dimensión autónoma con respecto a las relativas a la distorsión de la competencia. Por tanto, la crítica de la definición del mercado relevante es inoperante si la Comisión declaró acertadamente que el acuerdo en cuestión falsea la competencia y puede afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros.

En materia de competencia, el mercado que debe tomarse en consideración agrupa al conjunto de productos que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos. De modo que, si las diferentes prestaciones bancarias a que se refieren los acuerdos entre bancos no son sustituibles entre sí, la mayor parte de los clientes de los bancos generalistas demandan, no obstante, un conjunto de servicios bancarios, como depósitos, créditos y operaciones de pago, y una competencia entre estos bancos puede afectar al conjunto de esos servicios, sería artificial una definición estricta del mercado de referencia en este sector de actividad. Además, un examen por separado no permitiría aprehender en su totalidad los efectos de acuerdos que, si bien conciernen a productos o servicios y a clientes diferentes (particulares o empresas), pertenecen al mismo sector de actividad. En efecto, la afectación del comercio entre Estados miembros puede ser indirecta y el mercado en el que ésta puede producirse no es necesariamente idéntico al mercado de los productos o servicios cuyos precios se fijan mediante la práctica colusoria. Pues bien, la fijación de precios para una amplia gama de servicios bancarios que se ofrecen a particulares y empresas puede tener, en su conjunto, repercusiones sobre otros mercados. Por consiguiente, en tal caso, la Comisión no está obligada a examinar por separado los mercados de los diferentes productos bancarios afectados por los mencionados acuerdos para apreciar los efectos sobre el comercio entre Estados miembros.

El hecho de que ciertas cláusulas de un acuerdo no tengan por objeto o por efecto limitar la competencia no se opone al examen conjunto de aquél. Con mayor motivo esto es así si determinados acuerdos en el seno de una práctica colusoria única pueden beneficiarse de una exención. De esto se deduce que, en su examen de un sistema de mesas redondas puesto en práctica por los bancos para concertar sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro, la Comisión puede tener en cuenta el efecto potencial acumulado del conjunto de las mesas redondas a la hora de determinar si la práctica colusoria conjunta puede afectar al comercio entre Estados miembros. En cambio, carece de relevancia, a este respecto, saber si cada una de las mesas redondas considerada aisladamente puede afectar al comercio entre Estados miembros. También se deduce que no es necesario determinar que una u otra de las diferentes mesas redondas, considerada aisladamente, es capaz de afectar al comercio entre Estados miembros para poder declarar que el conjunto de la práctica colusoria posee esta capacidad. Por tanto, la capacidad de las mesas redondas para afectar al comercio interestatal no presupone que cada una de las concertaciones tenga por objeto prestaciones de carácter transfronterizo.

Una práctica colusoria que se extiende a todo el territorio de un Estado miembro, por su propia naturaleza, tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado. De ello resulta que existe, al menos, una fuerte presunción de que una práctica restrictiva de la competencia aplicada a todo el territorio de un Estado miembro puede contribuir a la compartimentación de los mercados y afectar a los intercambios intracomunitarios. Esta presunción sólo desaparece si el análisis de las características del acuerdo y de su contexto económico demuestra lo contrario. A este respecto, en lo que se refiere al sector bancario, pueden existir acuerdos que se extiendan a todo el territorio de un Estado miembro y que no produzcan efectos sensibles sobre el comercio entre Estados miembros. Sin embargo, eso no ocurre en el caso de una infracción compleja que consiste en concertaciones en el seno de una mesa redonda que implican no solamente a casi todas las entidades de crédito en el Estado miembro en cuestión, sino también a una amplia gama de productos y servicios bancarios, en particular, los créditos y depósitos y, por ende, pueden modificar las condiciones de la competencia en todo este Estado miembro. En ese supuesto, el hecho de que los miembros de la práctica colusoria no hubieran adoptado medidas con el objeto de excluir a los competidores del mercado no permite deducir que no exista efecto transfronterizo. Una infracción de ese tipo puede haber contribuido al mantenimiento de los obstáculos de acceso al mercado, al haber permitido la conservación de las estructuras del mercado bancario del Estado de que se trata—cuya ineficacia fue reconocida, por otra parte, por uno de los propios participantes— así como los correspondientes hábitos de los consumidores.

3. Pasando a analizar las cuestiones de procedimiento, quizá una de las más relevantes sea la afirmación realizada por el Tribunal según la cual, en materia de competencia, si bien determinadas irregularidades de procedimiento durante el procedimiento administrativo pueden justificar, en ocasiones, una reducción de la multa, aunque no puedan conducir a la anulación de la Decisión impugnada, sólo las irregularidades de procedimiento que pueden lesionar seriamente los intereses de la parte que las invoca pueden justificar dicha reducción. Tal puede ser el caso, en particular, de las irregularidades que constituyen una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para el **reconocimiento de la condición de denunciante**, no resulta necesario que la solicitud planteada sea la que origine el procedimiento de infracción y que la investigación sobre la infracción no esté abierta, dado que, de ser así, se impediría a personas que pudieran tener interés legítimo ejercer durante el desarrollo del procedimiento los derechos procesales asociados a su condición de solicitante o de denunciante.

Un partido político puede invocar válidamente su condición de cliente de servicios bancarios y el hecho de haber resultado perjudicado en sus intereses económicos por prácticas contrarias a la competencia para acreditar un interés legítimo para presentar una solicitud con objeto de que la Comisión constate que dichas prácticas constituyen una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE.

En efecto, nada se opone a que un cliente final comprador de bienes o servicios pueda acogerse al concepto de interés legítimo en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 17. Un cliente final que acredita que se ha visto perjudicado o que puede verse perjudicado en sus intereses económicos debido a la restricción de la competencia en cuestión tiene un interés legítimo en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 17 para presentar una solicitud o una denuncia con objeto de que la Comisión declare una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE.

Carece de relevancia, en este sentido, que, en un primer momento, dicho cliente final comprador invocara un interés general que decía defender como partido político de la oposición y que posteriormente sostuviera que había resultado perjudicado económicamente, como cliente final de los servicios en cuestión, por la práctica colusoria denunciada. En efecto, esta primera toma de posición no podía privarle de la posibilidad de invocar posteriormente, con el fin de justificar un interés legítimo en el sentido del Reglamento n.º 17, su condición de cliente de los bancos contra los que se había iniciado el procedimiento, así como el perjuicio económico que supuestamente había sufrido a causa de los acuerdos en cuestión.

La admisión de una parte interesada como denunciante y el envío a ésta del pliego de cargos no puede supeditarse, además, al requisito de que sea anterior a toda audiencia ante la Comisión. En efecto, los Reglamentos n.º 17 y n.º 2842/98 no establecen un plazo específico para que un tercero

solicitante o denunciante que demuestre un interés legítimo ejerza su derecho a recibir el pliego de cargos y a ser oído en el marco de un procedimiento de infracción. Así, los artículos 7 y 8 del Reglamento n.º 2842/98 se limitan a establecer que la Comisión transmitirá los pliegos de cargos al solicitante o denunciante y fijará un plazo para que éste pueda expresar sus puntos de vista por escrito. De ello se deduce que el derecho de un solicitante o de un denunciante a que se le transmitan los pliegos de cargos y a ser oído en el procedimiento administrativo dirigido a la comprobación de una infracción de los artículos 81 CE y 82 CE puede ser ejercido mientras el procedimiento esté en curso.

Para que una infracción de las normas sobre la competencia pueda considerarse **deliberada**, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir estas normas. Es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado común. A este respecto no es decisivo si la empresa en cuestión conocía la interpretación del criterio del carácter transfronterizo de la Comisión o de la jurisprudencia, sino que lo que importa es si conocía las circunstancias de las que se deriva concretamente la capacidad de la práctica colusoria para afectar al comercio entre Estados miembros o, por lo menos, que no pudiese ignorarlas. Así ocurre cuando, en el marco de un sistema de mesas redondas puesto en práctica por los bancos para concertar a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro, dichos bancos sabían, debido a su participación en las principales mesas redondas, que la red se extendía a todo el territorio del Estado miembro y a una amplia gama de importantes productos bancarios, en particular, los créditos y los depósitos, y conocían, pues, los hechos esenciales de los que resulta la afectación del comercio entre Estados miembros. A este respecto, no es pertinente saber en qué medida dichos bancos conocían la incompatibilidad de su comportamiento con el artículo 81 CE.

Asimismo, el hecho de que en **Derecho nacional** determinadas prácticas colusorias no estén prohibidas de pleno Derecho pero puedan ser prohibidas, previa demanda, por el órgano jurisdiccional competente no tiene incidencia alguna sobre el carácter intencional de la infracción al artículo 81 CE.

Pasamos a continuación a analizar la aplicación de las **Directrices para el cálculo de las multas** impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA.

La primera cuestión que se plantea es si cabe aplicarlas a unas infracciones cometidas antes de su publicación. Considera el Tribunal que en la medida en que resultaban razonablemente previsibles para la empresa en la época, anterior a su adopción, en que cometió una infracción, ésta no puede impugnar el método utilizado para el cálculo de las multas porque la Comisión, al aplicar las Directrices adoptadas después del cese de la infracción y

al endurecer de nuevo su práctica posteriormente, infringió el **principio de no retroactividad** consagrado en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Respecto de la naturaleza de la citada norma, debe aclararse que las Directrices son un instrumento para establecer, respetando el Derecho de rango superior, los criterios que aplicará la Comisión al ejercer la facultad de apreciación al fijar las multas que le confiere el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17. Al anunciar en sus Directrices el método que tenía la intención de aplicar para calcular el importe de las multas impuestas con arreglo al artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17, la Comisión respetó el marco jurídico impuesto por dicha disposición y no sobrepasó en absoluto los límites de la facultad discrecional que le confirió el legislador. Si bien estas reglas que pretenden producir efectos externos **no pueden calificarse de norma jurídica** a cuya observancia está obligada en cualquier caso la Administración, establecen sin embargo reglas de conducta indicativas de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. Al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, la institución en cuestión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima. Si bien dichas Directrices no constituyen, pues, el fundamento jurídico de la Decisión que sanciona a una empresa que haya infringido las normas comunitarias en materia de competencia, la cual se basa en los artículos 3 y 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17, sí determinan sin embargo, de un modo general y abstracto, la metodología que la Comisión se obligó a seguir para determinar el importe de las multas impuestas mediante aquella Decisión y garantizan, por consiguiente, la seguridad jurídica de las empresas. La autolimitación de la facultad de apreciación de la Comisión que resulta de la adopción de las Directrices no es incompatible con que la Comisión conserve un margen sustancial de apreciación. En efecto, las mencionadas Directrices contienen varios rasgos de flexibilidad que permiten que la Comisión ejerza su facultad discrecional respetando las disposiciones del artículo 15 del Reglamento n.º 17, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. Al igual que las Directrices, la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas creó expectativas legítimas a las empresas, de modo que la Comisión tiene la obligación de atenerse a ella al apreciar, en el marco de la determinación del importe de la multa impuesta, la cooperación de dichas empresas. Corresponde, pues, al Tribunal de Primera Instancia, en el marco del control de la legalidad de la Decisión impugnada, comprobar si

la Comisión ejerció su facultad de apreciación de acuerdo con el método que se expone en las Directrices y en la Comunicación sobre la cooperación y, en la medida en que deba declarar que esta institución se separó de dicho método, comprobar si esta desviación está legalmente justificada y motivada. No obstante, el margen de apreciación de la Comisión y los límites que le impuso no prejuzgan que el juez comunitario ejerza su competencia jurisdiccional plena.

Las Directrices para el cálculo de las multas recogen una serie de criterios para determinar la **gravedad** de una infracción. Sin embargo, la Comisión puede analizar la gravedad de manera global en función de todas las circunstancias pertinentes del caso de autos, **incluidos elementos que no se mencionan expresamente** en las directrices. La gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores, como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente.

Continuando con el análisis de las directrices y su interpretación, debe concluirse que la naturaleza de la infracción desempeña un papel primordial, en particular, para caracterizar las infracciones «muy graves». Los acuerdos o prácticas concertadas que persiguen, en particular, fijar los precios pueden ser calificados como «muy graves» basándose únicamente en su propia naturaleza, sin que sea necesario que tales comportamientos estén caracterizados por una repercusión o una dimensión geográfica determinados. Esta conclusión queda confirmada por el hecho de que, si bien la descripción de las infracciones graves menciona expresamente las repercusiones sobre el mercado y que puedan surtir sus efectos en amplias zonas del mercado común, la de las infracciones muy graves, en cambio, no menciona ninguna exigencia de repercusión concreta sobre el mercado ni de producción de efectos en una zona geográfica determinada. Parece claro que existe una interdependencia entre los tres criterios en el sentido de que una gravedad elevada respecto de uno u otro puede compensar la menor gravedad de la infracción en otros aspectos, la extensión del mercado geográfico no es, sin embargo, más que un criterio entre los tres que son pertinentes para la valoración global de la gravedad de la infracción y, entre esos criterios interdependientes, no es un criterio autónomo en el sentido de que sólo pueden recibir la calificación de «muy graves» las infracciones que afectan a la mayoría de los Estados miembros. En efecto, ni el Tratado, ni el Reglamento n.º 17, ni las Directrices, ni la jurisprudencia permiten considerar que sólo las restricciones geográficamente muy extensas pueden ser calificadas como tales. Por tanto, la calificación de infracción muy grave conforme a las mencionadas Directrices no puede quedar reservada únicamente a las infracciones en las que participa la práctica totalidad de las empresas del mercado europeo.

Los acuerdos colusorios sobre precios se encuentran entre las infracciones **muy graves** con arreglo a las Directrices aunque no existan otras limita-

ciones de la competencia como una compartimentación de los mercados. El carácter «muy grave» de tales infracciones se acentúa cuando se cometen en un sector, como el sector bancario, esencial para el conjunto de la economía y cuando los acuerdos en cuestión son de gran amplitud, extendiéndose a una amplia gama de productos importantes y englobando a la mayor parte de los operadores económicos del mercado afectado, incluidas las empresas más importantes. En efecto, la gravedad de una infracción por su naturaleza depende sobre todo del peligro que representa para una competencia no falseada. A este respecto, la amplitud de un acuerdo colusorio sobre precios, tanto en lo que atañe a los productos afectados como a las empresas que participan, desempeña un papel decisivo y un acuerdo horizontal sobre precios de gran amplitud, referido a un sector económico tan importante, no escapa, por lo general, a la calificación de infracción muy grave, con independencia de su contexto. No pueden oponerse contra la valoración de la gravedad intrínseca de una infracción el que la práctica colusoria no tuviera carácter secreto, el hecho de que ésta se creara y mantuviera con apoyo del Estado miembro de que se trate, el que se tengan en cuenta consideraciones ligadas al carácter disuasorio de la multa, el hecho de que la infracción consista en una práctica concertada, la aprobación o tolerancia del comportamiento ilícito por las autoridades públicas, el hecho de que se abordaran también otros temas, neutros desde el punto de vista del Derecho de la competencia, o de que la adhesión a la Unión del Estado miembro de que se trata se hubiera producido en un momento muy reciente a aquel en que se cometieron los hechos.

Para **valorar las repercusiones concretas** de una infracción en el mercado, la Comisión está obligada a tomar como referencia la competencia que habría existido normalmente si no se hubiera producido la infracción. En lo que atañe a una práctica colusoria sobre precios, es legítimo que la Comisión deduzca que la infracción produjo efectos del hecho de que los miembros del cártel adoptaron medidas para aplicar los precios convenidos, por ejemplo, al anunciarlos a los clientes, al dar instrucciones a sus empleados de utilizarlos como base de negociación y al vigilar su aplicación por sus competidores y sus propios servicios comerciales. En efecto, para declarar que existen repercusiones sobre el mercado, es suficiente que los precios convenidos hayan servido de base para fijar los precios de transacciones individuales, limitando así el margen de negociación de los clientes. En cambio, no se puede exigir a la Comisión, cuando se demuestra que la práctica colusoria se aplicó, que demuestre sistemáticamente que los acuerdos permitieron efectivamente a las empresas afectadas alcanzar un nivel de precios de transacción superior al que habría existido sin la práctica colusoria. A este respecto, no se puede acoger la tesis de que sólo puede tomarse en consideración para determinar la gravedad de la infracción el hecho de que los precios de transacción habrían sido diferentes de no existir la colusión. Para valorar la gravedad de la infracción, es decisivo saber que los miembros del cártel hicieron

todo lo que estaba en sus manos para dar un efecto concreto a sus intenciones. Lo que ocurrió posteriormente, respecto a los precios de mercado efectivamente practicados, pudo haberse visto influido por otros factores, fuera del control de los miembros del cártel. Éstos no pueden apuntarse en beneficio propio factores externos que entorpecieron sus esfuerzos, invocándolos como elementos que justifiquen una reducción de la multa.

Para la **clasificación en categorías de empresas**, de conformidad con el punto 1 A, párrafo sexto, de las Directrices para el cálculo de las multas, se deben tener en cuenta las circunstancias objetivas o estructurales de las empresas así como la situación en el mercado afectado. Entre esos factores objetivos figuran no solamente el tamaño y la potencia de una empresa en el mercado tal como éstos se reflejan en su propia cuota de mercado o en su propio volumen de negocios, sino también los vínculos que mantiene con otras empresas cuando éstos pueden influenciar la estructura del mercado. En efecto, la capacidad efectiva de una empresa para crear un daño importante y la repercusión real de la infracción que cometió deben evaluarse teniendo en cuenta la realidad económica. Por tanto, es legítimo que la Comisión, a la vista de las Directrices, tome en consideración dichas relaciones para determinar la capacidad económica efectiva para causar daño que tienen los participantes en una práctica colusoria, así como el peso específico de su infracción. A ese respecto, la estructura del mercado puede verse influenciada no solamente cuando los vínculos entre las empresas confieren a una de ellas un poder de dirección o el control completo del comportamiento competitivo de otros operadores, como en el caso de las unidades económicas. La potencia de una empresa en el mercado también puede aumentar, más allá de su propia cuota de mercado, cuando mantiene relaciones estables con otras empresas en el marco de las cuales puede ejercer, de modo informal, una influencia de hecho sobre su comportamiento. Así ocurre igualmente cuando los vínculos existentes entre empresas producen el efecto de reducir o eliminar la competencia entre ellas. El hecho de que tales vínculos no puedan justificar la declaración de que las empresas afectadas forman parte de una misma entidad económica no significa que la Comisión pueda ignorarlo y valorar la situación en el mercado como si esos vínculos no existieran. Por el contrario, el comportamiento concreto de los diferentes miembros de un cártel o el grado de su culpabilidad individual no es determinante, en sí mismo, para la clasificación en categorías. El comportamiento de una empresa puede constituir un indicio de la naturaleza de las relaciones que ésta mantiene con otras empresas. La existencia de comportamientos específicos, como la organización de intercambios de información con éstas o las tomas de postura explícitas durante las reuniones del cártel para defender sus intereses o para comprometerlas en el respeto de los acuerdos contrarios a la competencia no es, sin embargo, ni indispensable ni suficiente por sí misma para justificar que se tome en consideración la cuota de mercado de estas últimas empresas para evaluar la potencia de la primera empresa en

el mercado. En efecto, a falta de relaciones estables con las empresas con las que se intercambia la información o cuyos intereses se representan, dichos comportamientos no son determinantes a los efectos de la clasificación en categorías, si bien pueden, en su caso, tenerse en cuenta para apreciar las circunstancias agravantes y atenuantes al amparo de los puntos 2 y 3 de las Directrices. De ello se sigue que, en el marco de un sistema de mesas redondas puesto en práctica por los bancos para concertar a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en un Estado miembro, dado que las relaciones entre las sociedades de cabecera y los bancos descentralizados y sus grupos dieron a las sociedades de cabecera una potencia económica mucho mayor que la que resulta de sus cuotas de mercado como bancos comerciales, y que corresponde a la cuota de mercado del conjunto del grupo respectivo, una correcta valoración de la capacidad efectiva de las sociedades de cabecera para producir un perjuicio importante y del peso específico de su comportamiento ilícito necesita que se tomen en consideración no solamente sus propias cuotas de mercado como bancos comerciales sino también las cuotas de mercado de los bancos descentralizados y justifica, por tanto, la imputación a las entidades centrales de las cuotas de mercado de los grupos descentralizados.

Otra de las cuestiones que se ponen en tela de juicio es el modo de proceder de la Comisión al **clasificar a los participantes en la práctica colusoria en varias categorías** para fijar el importe de las multas fijando un importe de partida idéntico para las empresas pertenecientes a una misma categoría aunque para ello ignore las diferencias de tamaño entre empresas de una misma categoría. En efecto, la Comisión no está obligada a garantizar, al fijar el importe de las multas, que, en el caso de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, los importes definitivos de las multas reflejen cualquier diferencia existente entre las empresas de que se trate en cuanto a su volumen de negocios global. Dicha clasificación en categorías debe respetar el principio de igualdad de trato y que la determinación de los umbrales para cada una de las categorías así definidas debe ser coherente y estar objetivamente justificada.

Para determinar el importe de las sanciones debe también tenerse en cuenta la **duración** de ésta. Cuando un acuerdo contrario a la competencia no se ha puesto en práctica, debe, no obstante, tenerse en cuenta el período durante el cual dicho acuerdo existió, es decir, el período transcurrido entre la fecha de la celebración del acuerdo y la fecha en la que se le pone fin. Por lo tanto, el incremento equivalente al 10% del importe básico por año no puede reservarse a casos excepcionales. Las Directrices para el cálculo de las multas sólo establecen dicho límite para las infracciones de larga duración, mientras que, para las de duración media (en general, de uno a cinco años) el límite superior único se fijó en el 50% del importe básico, de modo que no excluye que se supere una tasa de incremento del 10% por año. Por otra

parte, un incremento de la multa en función de la duración no se limita a la hipótesis de que exista una relación directa entre la duración y un mayor perjuicio causado a los objetivos comunitarios que contemplan las normas sobre la competencia.

Se cuestiona también la apreciación de varias atenuantes en el cálculo de la sanción. En las Directrices se recogen una serie de circunstancias atenuantes pero **no se indica que la Comisión deba siempre tomar en consideración por separado cada una de las circunstancias atenuantes** enumeradas. Determina el Tribunal que dicha institución no está obligada a otorgar automáticamente una reducción adicional ya que la procedencia de una eventual reducción de la multa en atención a las circunstancias atenuantes. Debe valorarse con un enfoque global, teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias pertinentes. En efecto, la adopción de dichas Directrices no ha privado de pertinencia a la jurisprudencia según la cual la Comisión dispone de una facultad de apreciación que le permite tomar o no en consideración determinados factores al decidir el importe de las multas que piensa imponer, en función sobre todo de las circunstancias del asunto. Así, a falta de indicaciones imperativas en las Directrices en lo que atañe a las circunstancias atenuantes que pueden tenerse en cuenta, la Comisión conservó un cierto margen para valorar globalmente la importancia de una posible reducción del importe de las multas en atención a circunstancias atenuantes.

Según el punto 3, primer guión, de las Directrices para el cálculo de las multas, la **«función exclusivamente pasiva o subordinada»** de una empresa en la comisión de la infracción puede constituir, si se demuestra, una circunstancia atenuante. A este respecto, entre las circunstancias que pueden revelar el papel pasivo de una empresa en una práctica colusoria cabe mencionar el hecho de que su participación en las reuniones sea mucho más esporádica que la de los participantes ordinarios en la práctica colusoria. Sin embargo, cuando una empresa participa, incluso sin desempeñar un papel activo, en una o varias reuniones que tienen un objetivo contrario a la competencia, debe considerarse que participa en la práctica colusoria salvo que demuestre que se distanció abiertamente de la concertación ilícita. En efecto, con su presencia en las reuniones, la empresa se adhirió o al menos hizo creer a los demás participantes que se adhería, en principio, al contenido de los acuerdos contrarios a la competencia que en ellas se celebraban. A este respecto, para valorar el papel pasivo o subordinado de una empresa, no es relevante si ésta se benefició de los acuerdos. Por un lado, una empresa subordinada puede también beneficiarse de los efectos de una práctica colusoria. Por otro lado, el hecho de no haberse beneficiado de una infracción no puede constituir una circunstancia atenuante, so pena de privar a la multa impuesta de su carácter disuasorio.

El punto 3, segundo guión, de las Directrices hace referencia a la **«no aplicación efectiva de los acuerdos o prácticas ilícitos»** como circunstancia atenuante. No obstante, el hecho de que una empresa cuya participación

en una concertación con sus competidores ha quedado acreditada no haya ajustado su conducta en el mercado a la convenida con sus competidores no constituye necesariamente un elemento que deba tenerse en cuenta, como circunstancia atenuante, para la determinación del importe de la multa correspondiente. En efecto, una empresa que, pese a la concertación con sus competidores, sigue una política más o menos independiente en el mercado puede limitarse a intentar utilizar la práctica colusoria en su provecho, y una empresa que no se distancia de los resultados de una reunión a la que asiste mantiene, en principio, su plena responsabilidad derivada de su participación en la práctica colusoria. Por tanto, la Comisión sólo está obligada a reconocer la existencia de una circunstancia atenuante por la falta de aplicación de una concertación en el caso de que la empresa que la invoque pueda demostrar que incumplió de forma clara y sustancial las obligaciones derivadas de dicha concertación, hasta el punto de alterar su funcionamiento, y que no dio la impresión de adherirse al acuerdo, incitando así a otras empresas a aplicar la concertación en cuestión. En efecto, sería demasiado fácil para las empresas minimizar el riesgo de tener que pagar una fuerte multa si pudiesen beneficiarse de una práctica colusoria ilícita y a continuación conseguir una reducción de la multa alegando que sólo desempeñaron un papel limitado en la aplicación de la infracción, a pesar de que su actitud incitó a otras empresas a comportarse de una forma más perjudicial para la competencia.

Continuando con el punto 3, tercer guión, de las Directrices para el cálculo de las multas la **«interrupción de las infracciones desde las primeras intervenciones de la Comisión (en particular, inspecciones)»** se encuentra entre las circunstancias **atenuantes**. No obstante, una reducción de la multa a causa de la interrupción de una infracción desde las primeras intervenciones de la Comisión no puede ser automática, sino que depende de una valoración de las circunstancias del caso de autos por la Comisión, en el marco de su facultad de apreciación. A este respecto, la aplicación de esta disposición de las Directrices en favor de una empresa será particularmente oportuna en el supuesto de que el carácter contrario a la competencia de la conducta en cuestión no resulte evidente. Por el contrario, su aplicación será menos oportuna, en principio, en el supuesto de que el comportamiento sea claramente contrario a la competencia, suponiendo que haya sido probado. En efecto, aunque en el pasado la Comisión ha considerado la interrupción voluntaria de una infracción como una circunstancia atenuante, puede tener en cuenta, al aplicar sus Directrices, el hecho de que infracciones manifiestas muy graves siguen siendo relativamente frecuentes, a pesar de haber sido declaradas ilegales desde los inicios de la política comunitaria de la competencia y, por tanto, estimar que se debe abandonar esta práctica generosa y dejar de recompensar la interrupción de dicha infracción mediante una reducción de la multa. En estas circunstancias, el carácter apropiado de una reducción de la multa a causa de la interrupción de la infracción puede

depender de la cuestión de si las empresas en cuestión podían dudar razonablemente del carácter ilícito de su comportamiento y la referencia a la notoriedad pública de la infracción constituye una motivación suficiente de la elección de la Comisión de no aplicar una reducción de la multa por dicho motivo.

Al sancionar una infracción de las normas comunitarias en materia de competencia, la Comisión no está obligada a considerar como circunstancia atenuante la mala salud financiera del sector del que se trata y el que la Comisión haya tenido en cuenta, en asuntos anteriores, **la situación económica del sector como circunstancia atenuante** no implica que deba necesariamente continuar observando esta práctica. En efecto, por lo general las prácticas colusorias surgen en el momento en que un sector atraviesa dificultades.

En el contexto de la ampliación de la Unión Europea, **la posible licitud de los acuerdos contrarios a la competencia en el Derecho nacional** no es suficiente por sí misma para dar lugar a una duda razonable acerca del carácter ilícito del comportamiento de las empresas que participaron en ellos a la luz del Derecho comunitario. Máxime cuando las empresas en cuestión disponen de medios considerables. Corresponde a esas empresas prepararse frente a las consecuencias jurídicas de la adhesión a la Unión Europea del Estado miembro en el que están ubicadas y, en particular, informarse en tiempo útil del contenido de las normas sobre la competencia del Derecho comunitario (incluso del Derecho del Espacio Económico Europeo) que van a serle aplicables, así como de las novedades que dichas normas aportarán al Derecho nacional. Efectivamente, aunque no se excluye que, en ciertas circunstancias, el marco jurídico nacional o el comportamiento de las autoridades nacionales puedan constituir circunstancias atenuantes, la aprobación o la tolerancia de la infracción por parte de las autoridades nacionales no puede tenerse en consideración a tal efecto cuando las empresas en cuestión disponen de los medios necesarios para obtener información jurídica precisa y correcta.

En materia de competencia, una **cooperación en la investigación que no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que incumben a las empresas** en virtud del artículo 11, apartados 4 y 5, del Reglamento n.º 17 no justifica una reducción de la multa. En cambio, dicha reducción está justificada cuando la empresa facilite una información que supere ampliamente a la que la Comisión puede exigir que se le aporte en virtud del artículo 11 del Reglamento n.º 17. Para justificar que se reduzca la multa en atención a la cooperación, el comportamiento de la empresa debe haber facilitado la labor de la Comisión consistente en comprobar y reprimir las infracciones a las normas comunitarias en materia de competencia y demostrar un auténtico espíritu de colaboración. Por una parte, incumbe pues al Tribunal de Primera Instancia examinar si la Comisión ignoró la medida en que la cooperación de las empresas en cuestión superó lo que les era exigible de acuerdo

con el artículo 11 del Reglamento n.º 17. A este respecto, ejerce un control pleno, atinente, en particular, a los límites que el derecho de defensa de las empresas impone a su obligación de responder a las solicitudes de información. Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia debe comprobar si la Comisión apreció correctamente, a la luz de la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, la utilidad de la cooperación para la determinación de la infracción. Dentro de los límites que marca dicha Comunicación, la Comisión goza de una facultad de apreciación para valorar si la información o los documentos, voluntariamente aportados por las empresas, facilitaron su labor y si procede conceder una reducción a una empresa al amparo de esta Comunicación. Esta valoración es objeto de un control jurisdiccional limitado. No obstante, al ejercer su facultad de apreciación, la Comisión no puede hacer caso omiso del principio de igualdad de trato, que se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado. Este principio se opone a que la Comisión trate de modo diferente la cooperación de las empresas afectadas por una misma decisión. En cambio, el mero hecho de que la Comisión haya concedido cierto porcentaje de reducción por un determinado comportamiento en la práctica seguida en sus anteriores decisiones no implica que esté obligada a conceder la misma reducción proporcional al valorar un comportamiento similar en un procedimiento administrativo posterior. En el supuesto de que una solicitud de información al amparo del artículo 11, apartados 1 y 2, del Reglamento n.º 17 tenga por objeto obtener información cuya divulgación puede exigir la Comisión mediante una decisión con arreglo al apartado 5 de dicho artículo, sólo puede calificarse de voluntaria la celeridad en la respuesta de la empresa afectada. Incumbe a la Comisión valorar si esta celeridad ha facilitado su trabajo de modo que justifique una reducción de la multa y la Comunicación sobre la cooperación no obliga a reducir sistemáticamente la multa por esta razón. Por otra parte, si bien el hecho de reconocer la existencia de una práctica colusoria puede facilitar más el trabajo de la Comisión durante la investigación que el mero reconocimiento de los hechos materiales, de modo que la Comisión puede conceder un trato diferente a las empresas que hayan admitido los hechos respecto de las que hayan admitido también la existencia de una práctica colusoria, la Comisión no está obligada, sin embargo, a realizar dicha distinción. En efecto, le incumbe valorar, en cada caso particular, si tal confesión facilitó efectivamente su trabajo. Eso no ocurre con la confesión explícita del objetivo contrario a la competencia del comportamiento de reuniones cuya finalidad era concertarse sobre precios o sobre otros parámetros de la competencia, puesto que dicho objetivo resulta de su propio objeto.

En el marco de un procedimiento en materia de competencia, la Comisión **no puede obligar a una empresa, mediante una solicitud de infor-**

**mación al amparo del artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17, a proporcionar respuestas conducentes a que admita la infracción cuya existencia incumbe demostrar a la Comisión.** No obstante, para preservar la eficacia del artículo 11, apartados 2 y 5, del Reglamento n.º 17, tiene la potestad de obligar a las empresas a que faciliten toda la información necesaria relacionada con hechos de los que puedan tener conocimiento y a que le presenten, si fuera preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, aun cuando éstos puedan servir para probar la existencia de una conducta contraria a la competencia. La Comisión puede así obligar a las empresas a responder a preguntas meramente fácticas y solicitar que se presenten documentos preexistentes. En cambio, son incompatibles con el derecho de defensa, puesto que pueden obligar a la empresa afectada a confesar su participación en una infracción de las normas comunitarias en materia de competencia, las solicitudes en las que se insta a ésta a describir el objeto y desarrollo de reuniones en las que participó así como sus resultados o conclusiones, cuando la institución sospecha que el objeto de dichas reuniones puede restringir la competencia. De esto se deriva que, dado que la Comisión dispone, a raíz de las comprobaciones, de numerosos indicios acerca de la existencia de una red de acuerdos organizada a través de numerosas mesas redondas relativas a todos los productos bancarios en un mercado determinado, puede exigir legítimamente a los bancos de que se trate, mediante solicitudes de información al amparo del artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17, que indicasen las fechas de las reuniones de dichas mesas redondas y sus participantes, ya sea de aquéllas respecto de las cuales la Comisión disponía, tras las comprobaciones, de información precisa como su denominación y las fechas de determinadas reuniones, o de todas las demás mesas redondas.

El hecho de que una empresa facilite a la Comisión documentos cuya presentación ésta estaba autorizada a exigir con arreglo al artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17 **no puede calificarse de cooperación voluntaria** conforme a la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas.

En el marco de un procedimiento en materia de competencia y aunque las empresas en cuestión le hayan suministrado voluntariamente información que va más allá de lo que se les había pedido a través de la solicitud de información al amparo del artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 17, la Comisión no sobrepasa el margen de apreciación del que goza para valorar, de acuerdo con el punto D 2, primer guión, de la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, si una cooperación «contribuye a confirmar la existencia de la infracción cometida», supeditando la toma en consideración de esta cooperación a que exista un valor añadido, bien de la comunicación de «hechos nuevos», bien de las explicaciones que permitan

comprender mejor el asunto. En efecto, **ni la Comunicación sobre la cooperación ni la jurisprudencia sobre la materia obligan a la Comisión a reducir una multa en razón del apoyo práctico o logístico a su investigación.**

María Pilar Canedo Arrillaga

*Caso N.º 51. Ententes: STJCE 18 enero 2007, As. C-421/05, City Motors Groep NV/Citroën Belux, NV*

#### NOTA

La sentencia objeto de comentario resuelve una cuestión prejudicial planteada al TJCE por la Cámara de Comercio belga (*Rechtbank van koophandel te Brussel*) en relación con la interpretación del artículo 3.6 del Reglamento (CE) n.º 1400/2002 de la Comisión Europea de 31 de julio de 2002 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor* (en adelante, Reglamento 1400/2002).

La cuestión se plantea en el contexto de diversos procedimientos entre las empresas Citroën Benelux NV (*Citröen*) y City Motors Groep (*CMG*) relativos a la validez de la terminación de un contrato de distribución comercial o concesión entre ellas. *CMG* venía distribuyendo automóviles de la marca Citroën en Bélgica desde 1992, datando su último contrato, de carácter indefinido, de mayo de 2003. En este acuerdo se preveía la posibilidad de que *Citroën* resolviera el contrato, de forma inmediata sin necesidad de requerimiento previo, «en caso de reventa, en contra de lo dispuesto en los artículos V o XIV, de uno o más vehículos Citroën, nuevos o matriculados desde hace menos de tres meses, y/o de componentes o accesorios, a un distribuidor que no sea miembro de la red oficial Citroën, autorizado como revendedor y domiciliado en el territorio del EEE o en Suiza (art. XVIII)». Precisamente, en aplicación de esta cláusula, el 1 de junio de 2004, *Citröen* decide resolver el acuerdo de concesión, como consecuencia de la venta de vehículos por parte de *CMG* a la sociedad Interlease NV. Decisión que es cuestionada por *CMG*, quien alega que la ruptura del acuerdo es ilegal debido a la incompatibilidad de la cláusula de resolución con el Reglamento 1400/2002. La Cámara de Comercio belga, que está conociendo del caso, decide suspender el procedimiento y elevar al TJCE una cuestión prejudicial al respecto.

Concretamente, se solicita al TJCE que se pronuncie sobre el sentido en el que ha de interpretarse el artículo 3.6 del Reglamento 1400/2002 en el que se condiciona la exención a que en el acuerdo se establezca el derecho de cada una de las partes a someter a un experto o mediador independiente los litigios relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

*¿Es posible entender que dicha disposición excluye que un acuerdo de distribución de vehículos de motor que desee acogerse a la exención prevista en el artículo 2.1 de este Reglamento, contenga una cláusula expresa de resolución o pacto comisorio?*

La respuesta del TJCE, además de ofrecer una solución clara a la validez o invalidez con carácter general y abstracto de las cláusulas expresas de resolución en los contratos de distribución comercial (I), alude a otras cuestiones diversas, si bien interrelacionadas, tales como, la validez material de las cláusulas resolutorias concretas, es decir, las circunstancias a las que, en el caso concreto, se vincula la automática resolución del contrato de concesión (II) y la naturaleza real u obligacional de las cláusulas de resolución en los contratos verticales de concesión (III).

(I) Por lo que a la validez general de las cláusulas de resolución se refiere (único asunto directamente planteado), la respuesta del TJCE es clara. La mera introducción de cláusulas resolutorias en virtud de las cuales el proveedor puede resolver un contrato de pleno derecho y sin preaviso en caso de incumplimiento no tiene por efecto hacer inaplicable la exención por categoría a dicho acuerdo.

Es cierto que, especialmente, en el marco de las restricciones verticales en el sector de la automoción, se observa una acusada injerencia del Derecho *antitrust* europeo en diversos aspectos del régimen sustancial de los contratos, principalmente en lo referente a su duración y resolución. Como principales manifestaciones de esta proyección del Derecho de la competencia en la conformación del contenido de los contratos de distribución de vehículos de motor, cabe señalar lo siguiente: la sujeción de la exención al establecimiento necesario, en caso de resolución del contrato, de un plazo de preaviso que habrá de ser notificado por escrito, exponiéndose de forma detallada las razones objetivas de dicha resolución (artículo 3.4 Reglamento 1400/2002). Igualmente, la exención sólo se aplica si en el acuerdo se establece el derecho de cada una de las partes a someter a un experto o mediador independiente los litigios relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (artículo 3.6 Reglamento 1400/2002). Ahora bien, esta proyección del Derecho europeo en el ámbito del Derecho de las obligaciones y contratos (materia que aún no ha sido regulada a nivel comunitario y que, por tanto, compete a cada uno de los Estados miembros) está orientada únicamente a proteger el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado común, por lo que ha de ser necesariamente funcional y proporcionada. Partiendo de este principio, el TJCE considera que nada en el Reglamento permite deducir que la mera introducción de cláusulas expresas de resolución (práctica frecuente en el sector) imposibilite la concesión de una exención. Esta cuestión queda fuera del ámbito del Derecho de la competencia europeo y pertenece, claramente, al ámbito de las regulaciones nacionales de las obligaciones y contratos. Concretamente, en el caso objeto de examen la cláusula de resolución se introdujo al amparo del CC belga,

que, en su artículo 1184, posibilita de forma expresa que las partes puedan disponer de la regla general en materia de resolución (exigencia de intervención judicial), pactando las causas en las que el incumplimiento del contrato se considera lo suficientemente grave como para garantizar su terminación inmediatamente, de pleno derecho y sin necesidad de previa intervención de las autoridades judiciales.

Ahora bien, pese al reconocimiento con carácter general y, en abstracto, de la compatibilidad de la existencia de cláusulas de resolución expresas con el Reglamento 1400/2002, lo que sí exige el Derecho comunitario es que sea posible valorar que la resolución del contrato no se ha producido por circunstancias procompetitivas, para lo que se exige, tal y como hemos señalado anteriormente, que la cláusula conste por escrito e indique de forma objetiva y razonada las distintas causas de resolución y la posibilidad de intervención de un experto independiente o de una autoridad judicial nacional. A ellos compete valorar la específica cláusula de resolución, verificando que la extinción del contrato no tiene efectos anticompetitivos, es decir, que no es lesiva de la competencia por obedecer a la realización por parte del distribuidor de determinadas prácticas procompetitivas, como, *ad.ex.*, las ventas activas o pasivas a consumidores extranjeros (vid. las circunstancias enumeradas en la denominada «lista negra» del artículo 4 del Reglamento 1400/2002). Por tanto, en el caso concreto, la autoridad nacional competente habrá de valorar si la resolución del contrato por parte de *Citröen* era fundada o, por el contrario, obedecía sólo a una actuación de naturaleza procompetitiva de *CMG* (II). Cuestión esta de carácter material, que el TJCE no entra a valorar.

(III) Finalmente, la sentencia analiza (*considerandos* 34 a 36), pese a que no era una cuestión directamente formulada, el efecto que tiene el sometimiento a experto o juez nacional sobre la eficacia de la resolución instada por el proveedor, es decir, sobre la necesidad o no de suspender la resolución del contrato hasta que la autoridad competente se haya pronunciado sobre su validez o no. En caso de que fuera preciso paralizar la terminación del contrato hasta la existencia de un pronunciamiento por parte de la autoridad competente, el recurso al artículo 3.6 del Reglamento tendría una eficacia real, mientras que ésta sería meramente obligacional si no supusiera la suspensión de la resolución, con independencia de que ésta fuera declarada contraria a las disposiciones del Reglamento 1400/2002 con posterioridad.

El TJCE considera, de nuevo, que, pese a que el objeto de valoración sea la compatibilidad de una cláusula de resolución con el Reglamento 1400/2002, la cuestión de si la intervención del experto o juez debería tener lugar antes o después de la terminación del contrato o la posible suspensión de los efectos de ésta hasta la existencia de una decisión definitiva, no es de Derecho comunitario, sino que queda al arbitrio de los ordenamientos nacionales. A cada uno de ellos corresponde fijar, de forma detallada, las reglas procesales que gobiernan el ejercicio de acciones privadas para la tutela de

derechos conferidos directamente por las normas comunitarias, teniendo como únicos límites los principios de equivalencia y efectividad. El primero exige que estas reglas no sean menos favorables o ventajosas que las establecidas para el ejercicio de acciones domésticas análogas. El principio de efectividad está orientado a la protección o salvaguarda del Derecho comunitario, vetando que las normas internas hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los Derechos conferidos, en este caso por el Reglamento 1400/2002. Principios que, a juicio del TJCE, no tienen por qué verse afectados por el hecho de que la intervención del perito, experto o autoridad judicial nacional requerida por el Reglamento, se produzca con posterioridad a la terminación del contrato.

Ahora bien, esta conclusión ha sido sujeta a duras críticas doctrinales (*vid.* ECHEBARRÍA: «Sobre la admisibilidad de las cláusulas de resolución en el Reglamento 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 sobre acuerdos verticales en el sector de los vehículos de motor», *RCD*, n.º 1, 2007). El autor considera, frente a la posición mantenida por el TJCE, que el principio de eficacia o efectividad del Reglamento 1400/2002 sí puede verse seriamente comprometido de dejarse al arbitrio de los Estados miembros la determinación de la eficacia real u obligacional del recurso a la autoridad nacional competente. En efecto, la resolución inmediata del contrato puede tener graves consecuencias (*ad. ex.* la salida del mercado del distribuidor), difícilmente subsanables aunque, *a posteriori*, se determine que la resolución era contraria al Reglamento, es decir, anticompetitiva, y se imponga la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos. Este principio exige, por tanto, que para aquellos supuestos en los que se establece un derecho dotado de primacía y efecto directo a favor del distribuidor se discrimine entre las distintas causas de resolución por incumplimiento, impidiendo el efecto solutorio inmediato de aquellas que potencialmente pueden encubrir una causa de resolución anticompetitiva.

Carmen Herrero Suárez

*Caso N.º 52. Ententes: STJCE 26 enero 2007, As. C- 273/06, Auto Peter Petschenig GmbH v. Toyota Frei Austria GmbH*

La distribución de vehículos de motor ha sido, tradicionalmente, objeto de una atención específica por parte del Derecho de la competencia comunitario europeo. Las especiales características del sector de la automoción (marquismo, importancia de la prestación de servicios de mantenimiento y asistencia postventa, etc.) han determinado la sujeción de las distintas transacciones económicas de las que son objeto los vehículos automóviles desde su fabricación hasta su llegada a los consumidores finales, a reglas diversas de las que se aplican, con carácter general, a los acuerdos verticales. De hecho, a diferencia del enfoque seguido en la valoración de las restricciones

verticales en el Reglamento 2790/1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*, la Comisión considera que los mercados para la distribución de vehículos de motor y los mercados de recambios y servicios de reparación y asistencia de vehículos de motor necesitan normas más estrictas. Tres reglamentos se han sucedido en este campo. El primero de ellos, de 1984, tachado de ineficiente y de fomentar la creación de redes de concesionarios oficiales exclusivistas en detrimento de la distribución multimarca, se mantuvo en vigor hasta 1995, año en el que se aprueba el Reglamento 1475/95 que si bien estaba orientado a flexibilizar el sistema, no cumplió dicho objetivo, y fue tildado de excesivamente estricto y rígido. Reglamento que es sustituido por el, actualmente vigente, Reglamento (CE) n.º 1400/2002 de la Comisión Europea de 31 de julio de 2002 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor* (en adelante, Reglamento 1400/2002), en el que se preveía la posibilidad de aplicación del Reglamento 1475/95 de forma transitoria, y bajo determinadas condiciones, hasta el 30 de septiembre de 2003. La nueva norma supone un viraje en el tratamiento de las restricciones verticales en la distribución de los vehículos de motor, y se apuesta claramente por la eliminación o, al menos, la reducción de los sistemas de distribución exclusiva o selectiva y el impulso del distribuidor multimarca como forma preferente de competencia. Entre las principales novedades cabe destacar el fomento de las importaciones paralelas, la prohibición de obligaciones inhibitorias de la competencia y la ruptura de la unión necesaria entre distribución del automóvil y prestación de servicios de asistencia y reparación. El Reglamento se sustenta sobre el principio de prohibición de la combinación de distribución exclusiva y distribución selectiva que permitía el reglamento precedente. Para beneficiarse de la exención, los proveedores deberán escoger ahora entre uno u otro sistema, y se establecen distintas disposiciones y límites en función del sistema adoptado (*vid.*, en general, sobre la evolución en el tratamiento de las restricciones verticales en el sector de la distribución de vehículos de motor, ECHEBARRÍA: «Acuerdos verticales», en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia*, Valladolid, 2005, pp. 142 y ss. e *in extenso*, sobre el Reglamento 1400/2002, ARAUJO/ESCUDERO: «Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la competencia*, Barcelona, 2005, pp. 360 y ss.; ARES: «Acuerdos sobre vehículos de motor» en AA.VV.: *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006, pp. 114 y ss.).

La sentencia objeto de comentario se centra, precisamente, en el tránsito del Reglamento de 1995 al actualmente vigente de 2002 y tiene su origen en una cuestión prejudicial elevada por las autoridades judiciales austriacas al TJCE con relación al alcance del artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995. Precepto en el que se reconocía, sin que ello afectara a la posibilidad de

exención, el derecho del proveedor a rescindir el acuerdo de concesión con un preaviso de al menos un año, en caso de necesidad de reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red de distribución. Ahora bien, pese a que la labor del TJCE se centra en la interpretación del Reglamento 1475/1995, las soluciones alcanzadas son susceptibles de aplicación en el contexto actual, ya que el Reglamento 1400/2002 recoge una norma prácticamente idéntica a la analizada [vid. Artículo 5.b (ii)].

La cuestión se suscita en el marco de un litigio entablado entre la empresa proveedora de vehículos automóviles *Toyota Frei Austria GmbH* (en adelante, *Toyota*) y su distribuidora en Austria de vehículos marca Toyota, *Auto Peter Petschenig GmbH* (en adelante, *Petschenig*). El último acuerdo de concesión entre ellas, concluido por tiempo indeterminado, databa de 1996 y en su artículo 12, relativo a la duración y rescisión del contrato, se contemplaban, entre otras, las siguientes disposiciones: en primer lugar, la posibilidad general de resolución del contrato, por cualquiera de las partes y sin necesidad de identificar los motivos de la ruptura, mediando un plazo de preaviso de veinticuatro meses. En segundo lugar, la reducción a un año del plazo de preaviso en los casos en los que se revelara necesario proceder a la reestructuración de la totalidad o de una parte sustancial de la red de distribución, de forma particular como consecuencia de la rescisión del contrato de importación, independientemente de su causa, entre el fabricante y el importador general. Con base en esta última cláusula, mediante una carta fechada en septiembre de 2002, *Toyota* decide resolver el contrato de concesión con efectos a septiembre de 2003, alegando que, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 se planteaba la necesidad de proceder a una reforma, total o sustancial, de la red de distribución. *Petschenig* demanda, esgrimiendo que habría debido aplicarse el plazo de preaviso general de dos años frente al reducido de un año. *Toyota*, a su vez, sostiene en su defensa que el contrato de concesión rescindido se amoldaba a los principios y reglas del Reglamento 1475/1995 por lo que era precisa la reorganización total de la red de distribución a fin de adaptarla a las exigencias del nuevo Reglamento, especialmente en aras de transformar un sistema mixto de distribución selectiva y exclusiva en un sistema puro de distribución selectiva. En este contexto, las autoridades judiciales competentes deciden elevar al TJCE, con base en el artículo 234 TCE, las dos siguientes cuestiones relativas a la interpretación de las normas comunitarias:

1) ¿Debe ser interpretado el artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995 en el sentido de que la mera entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 rinde necesaria la reestructuración, de forma total o sustancial, de la red de distribución?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es preciso interpretar el artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995 en el sentido de que la mera desaparición –en relación con los sistemas de distribución selectiva– de la antigua protección territorial de los concesionarios, incluso en combinación

con la autorización, imposible en el pasado por exigencias del Reglamento 1475/1995, de talleres autorizados que no sean concesionarios de la marca, representa una reorganización sustancial o es necesario, además, probar la existencia de medidas efectivas y concretas de reestructuración?

El TJCE ofrece, en respuesta a ambas cuestiones, una remisión a diversas sentencias preexistentes (sentencia TJCE de 7 septiembre 2006, *Vulcan Silkeborg*; sentencia TJCE de 30 noviembre 2006, *Brünsteiner et Autohaus Hilgert*), concretándose la solución, de forma un tanto ambigua, en la necesidad de atender a las circunstancias fácticas concretas y a su ponderación por parte de las autoridades nacionales competentes. En este sentido, por lo que a la primera de las cuestiones planteadas se refiere, el TJCE se limita a afirmar que, si bien con carácter general, no puede concluirse que la mera entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 y, consiguientemente, la adaptación a las nuevas pautas, implique forzosamente, ni la necesidad de rescindir los contratos vigentes ni de una reestructuración sustancial de la red de distribución, en ciertos casos, los cambios exigidos pueden ser de tal entidad como para poder considerar de aplicación el artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995. A este respecto, para poder considerar significativa una modificación, es preciso que ésta se proyecte tanto sobre el plano material como geográfico de las estructuras de distribución del proveedor implicado, afectando a la naturaleza o forma de dichas estructuras, su objeto, el reparto de competencias internas, las modalidades de provisión de los productos o servicios concernidos, el número o calidad de los participantes así como su cobertura geográfica. Por otra parte, para que quepa hablar de «necesidad» de reorganización se exige la concurrencia de circunstancias objetivas, internas o externas a la empresa del proveedor, es decir, la justificación de la reorganización de manera plausible sobre la base de motivos de eficacia y eficiencia económica.

En relación con la segunda de las cuestiones planteadas, el TJCE, de nuevo se remite a sentencias previas, recordando que la entrada en vigor del Reglamento 1400/2002 puede, en ciertos casos, obligar a las empresas proveedoras o concedentes a llevar a cabo determinados cambios en sus estructuras y contratos de distribución si desean que éstos puedan seguir acogéndose a la exención por categorías bajo el nuevo régimen. Ésta será particularmente la situación en aquellos supuestos en los que se produzca el tránsito de un sistema mixto de distribución exclusiva y selectiva a uno de distribución selectiva pura, en el que se eliminen las limitaciones territoriales de venta de los distribuidores autorizados y se permita a los talleres de reparación agregados a la red limitar sus actividades a la mera prestación de servicios de mantenimiento y reparación (*vid.* Artículo 4.1. h Reglamento 1400/2002). Estas modificaciones pueden constituir una reforma sustancial o total de la red de distribución en el sentido del artículo 5.3 del Reglamento 1475/1995, circunstancia que, en cualquier caso, habrá de ser determinada por las jurisdicciones o instancias arbitrales nacionales competentes en función de los

elementos presentes en el caso concreto y, principalmente, de las pruebas aportadas por el proveedor sobre la entidad y la necesidad objetiva de dichos cambios.

Carmen Herrero Suárez

*Caso N.º 53. Ententes: STJCE 8 febrero 2007, As. C-3/06 P, Danone/Comisión*

#### NOTA

1. Se plantea ante el Tribunal de Justicia recurso de casación, por parte de Groupe Danone, que solicita la anulación de la sentencia del TPI de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión (T-38/02, Rec. p. II-4407), en la medida en que el TPI desestimó parcialmente su recurso de anulación de la Decisión 2003/569/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (asunto IV/37.614/F3 PO/Interbrew y Alken Maes) (DO 2003, L 200, p. 1), y la reducción de la multa que se le había impuesto.

2. Los hechos que dieron lugar a la citada decisión son los siguientes. Dos empresas Interbrew NV y Alken-Maes NV eran número 1 y número 2, respectivamente, en el mercado belga de la cerveza. Alken-Maes era una filial de Groupe Danone, que operaba también en el mercado francés de la cerveza a través de otra filial, Brasseries Kronenbourg SA. En 2000, Groupe Danone cesó sus actividades en el sector de la cerveza.

En 2000 la Comisión inició un procedimiento y emitió un pliego de cargos contra Groupe Danone, así como contra las empresas Interbrew, Alken-Maes, Haacht y Martens. El procedimiento incoado contra Groupe Danone y el pliego de cargos que se le remitió sólo tenían por objeto su presunta implicación en la práctica colusoria denominada «Interbrew/Alken-Maes» relacionada con el mercado belga de la cerveza.

En 2001, la Comisión adoptó una decisión destinada a Groupe Danone, así como a las empresas Interbrew, Alken-Maes, Haacht y Martens en la que identificaba dos infracciones distintas de las normas sobre competencia, por un lado, un conjunto complejo de acuerdos y/o prácticas concertadas en el sector de la cerveza vendida en Bélgica y, por otro, prácticas concertadas en el sector de la cerveza vendida con marca propia. La Decisión declara que Groupe Danone, Interbrew y Alken-Maes participaron en la primera infracción, mientras que Interbrew, Alken-Maes, Haacht y Martens participaron en la segunda.

Aunque en el momento en que se produjeron los hechos, Groupe Danone era la sociedad matriz de Alken-Maes, la Decisión sólo le imputa una infracción. En efecto, habida cuenta de su papel activo en la práctica colusoria Interbrew/Alken-Maes, se consideró a Groupe Danone responsable tanto de su propia participación como de la participación de Alken-Maes en

dicho acuerdo. En cambio, la Comisión consideró que no procedía imputar a Groupe Danone la responsabilidad de la participación de su filial en la práctica concertada en el sector de la cerveza vendida con marca propia, dado que aquélla no estaba implicada por sí misma en este acuerdo.

La infracción reprochada a Groupe Danone consiste en su participación, tanto directamente como a través de su filial Alken-Maes, en un conjunto complejo de acuerdos y/o prácticas concertadas referentes a un pacto general de no agresión, a los precios y las promociones en el comercio minorista, al reparto de la clientela en el sector «hoteles, restaurantes y cafés», incluidos los clientes denominados «nacionales», la limitación de las inversiones y la publicidad en el mercado hostelero, a una nueva estructura de precios aplicable a los sectores hostelero y del comercio minorista y al intercambio de informaciones sobre ventas en estos dos sectores.

3. Las cuestiones jurídicas que plantea el asunto hacen referencia a diversas implicaciones que podría tener la posible vulneración de los derechos de defensa de las empresas implicadas. Las alegaciones realizadas por las partes en este sentido son rechazadas de plano por el Tribunal, pero la interpretación realizada por la Alta Instancia merece atención en varias de sus implicaciones.

El Tribunal pone de manifiesto, siguiendo su ya reiterada jurisprudencia, que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario. Es la apreciación del contenido del citado derecho lo que puede ser cuestionado en la fundamentación de sus afirmaciones realizada por el Tribunal.

4. En primer lugar se plantea por las empresas implicadas una posible quiebra por parte de la Comisión en el método empleado en el cálculo del montante de las sanciones. La gravedad de las infracciones cometidas por las empresas es una circunstancia que se recoge en todos los Reglamentos de procedimiento (el R. 17/62, vigente en el momento de la infracción, así como el posterior R. 1/03) como elemento a tener en cuenta para calcular el importe de las sanciones. Para calcular la gravedad la Comisión debe considerar varios factores respecto de los cuales dispone de un amplio margen de apreciación. Uno de ellos es la existencia de una eventual reincidencia.

La demandante alega en este punto que la citada circunstancia no se recogía como tal en el Reglamento 17, base de la Decisión controvertida, y no estaban vigentes las directrices para el cálculo de las multas en el momento de comisión de la infracción. Manifiesta en este sentido la Comisión que las citadas Directrices no constituyen base jurídica para la determinación del importe de la multa, y que incluso de no existir tal documento, las empresas podrían haber previsto las consecuencias jurídicas de sus acciones. Por ello concluye el Tribunal que la Comisión puede emplear el factor de la reincidencia como elemento de la gravedad de la infracción sin violar el principio *nulla poena sine lege*.

La citada afirmación puede considerarse reflejo de la clásica concepción del procedimiento sancionador de la Comisión como un procedimiento administrativo en que no existe por tanto la obligación absoluta de respetar los principios propios del proceso penal. El carácter de procedimiento sancionador que indudablemente tiene el procedimiento de aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, unido a la concepción que se ha venido derivando de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, acorde, como no puede ser de otro modo, con las concepciones desarrolladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, deberían llevar sin embargo al Tribunal a una conclusión diferente. No en vano, los ordenamientos sancionadores de los Estados miembros, de los cuales deberían derivarse los principios de garantía aplicables por la Comisión, recogen como garantía fundamental la aplicación de principios que exigen la base normativa previa en las circunstancias agravantes empleadas por las autoridades sancionadoras. Siguiendo esta doctrina, cabría entender como inadecuada la toma en consideración de una circunstancia en la apreciación de la gravedad de la infracción ante la falta de base normativa que permitiera la aplicación de tal circunstancia agravante.

5. Lo mismo podría decirse de la inexistencia en el Reglamento, o incluso en las Directrices de un plazo máximo para la constatación de la reincidencia. Las partes alegan que tal situación produce una vulneración inaceptable del principio de seguridad jurídica que resulta exigible en la tramitación de los procesos sancionadores.

Manifiesta en este sentido el Tribunal que la Comisión dispone de una facultad de apreciación por lo que respecta a la elección de los factores que se han de tomar en consideración para determinar el importe de las multas, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y ello sin que sea necesario remitirse a una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio. La constatación y la apreciación de las características específicas de una reincidencia, como la reiteración de un comportamiento ilícito en un lapso de tiempo relativamente breve entre cada una de estas infracciones, forman parte de dicha facultad de la Comisión y ésta no puede quedar vinculada por un eventual plazo de prescripción para tal constatación. Manifiesta igualmente el Tribunal que la reincidencia constituye un elemento importante que la Comisión debe apreciar, ya que la finalidad de tenerla en cuenta es inducir a las empresas que hayan demostrado tendencia a infringir las reglas sobre la competencia a rectificar su conducta. De este modo, concluye el Tribunal, la Comisión puede considerar en cada caso concreto los factores que confirmen tal tendencia, incluido, por ejemplo, el tiempo transcurrido entre las infracciones en cuestión.

Tal afirmación vulnera nuevamente la más elemental exigencia del Estado de Derecho de prescripción de los antecedentes de cualquier actividad delictiva o constitutiva de infracción. Si las conductas más graves están

sometidas a prescripción en cualquier ordenamiento jurídico (a salvo de lo dispuesto respecto de los crímenes considerados de *lesa Humanidad*) e incluso el sistema comunitario establece prescripción tanto de sanciones como de infracciones, no parece razonable considerar que las circunstancias que han sido objeto de consideración a fin de calcular la agravación, deban poder ser tenidas en cuenta sin límite temporal por la Comisión. No debe desconocerse que fue el propio Tribunal el que, en los comienzos del desarrollo del Derecho Comunitario de la Competencia, estableció por vía jurisprudencial los principios de prescripción que no habían sido objeto de regulación en el texto original del Reglamento 17. Sería deseable que en el momento actual de desarrollo de la política comunitaria, el Tribunal continuara su labor de control y desarrollo de las garantías de las empresas sometidas al procedimiento exigiendo desarrollos semejantes que mantengan el nivel deseable de garantía de los derechos de defensa de las empresas.

La afirmación del Tribunal de que la reincidencia constituye la prueba de que la sanción anteriormente impuesta a la recurrente no produjo efectos suficientemente disuasorios resulta evidente. Ello no obstante, la falta de establecimiento de períodos claros y predeterminados de prescripción de la reincidencia puede considerarse contraria al contenido de los derechos sancionadores de todos los Estados comunitarios y vulnera el principio de seguridad jurídica, de reinserción y por lo tanto, en última instancia, de defensa de las empresas.

6. La irretroactividad de las normas penales se plantea también como cuestión controvertida en el asunto en cuestión. El principio de irretroactividad de las disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y forma parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el juez comunitario así como el artículo 7, apartado 1, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), puede impedir la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma por la que se establezca una infracción.

En este punto es nuevamente la interpretación que realiza el Tribunal la que puede cuestionarse. Manifiesta la Corte que cuando se trata de una interpretación jurisprudencial cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción, habida cuenta en particular de la interpretación que la jurisprudencia daba en aquel momento a la disposición legal en cuestión. Sin embargo, el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a distintos tipos de infracciones no le priva de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento n.º 17, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política comunitaria de la competencia. Por el contrario, la aplicación eficaz de las normas comunitarias de la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las nece-

sidades de dicha política. Por lo tanto, las empresas participantes en un procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de una multa no pueden confiar legítimamente en un método de cálculo de las multas aplicado en el pasado, incluso cuando la Comisión emplee para llevar a cabo el cálculo elementos no recogidos como agravantes en el momento de comisión de la infracción enjuiciada.

7. Quizá la frase que condensa la consideración del Tribunal en esta sentencia es la que manifiesta que si la Comisión no actúa sin tener en cuenta otros elementos, circunstancias o criterios cuya consideración no hubiera podido prever la empresa en cuestión, dicha empresa no puede invocar una vulneración de los derechos de defensa. No parece que ésta sea fácilmente cohonestable con la exigencia mínima de garantía legal que cualquier procedimiento sancionador lleva intrínsecamente aparejada.

María Pilar Canedo Arrillaga

### III. Abuso de posición dominante

*Caso N.º 54. Abuso de posición dominante: STPI 30 enero 2007, As. T-340/03, France Télécom SA/Comisión*

#### NOTA

1. El asunto T-340/03 tiene por objeto el recurso presentado por la compañía *France Télécom* contra la Dec. Com. 16 julio 2003, *Wanadoo Interactive*, COMP/38.233 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 TCE. Según esta Decisión, *Wanadoo Interactive SA* (WIN, en adelante), sociedad del grupo *France Télécom*, había practicado *precios predatorios* en relación con el acceso a Internet de alta velocidad a sus clientes de acceso residencial en Francia, comportamiento este constitutivo de abuso de posición de dominio del art. 82 TCE.

*France Télécom* poseyó una participación de entre el 70% y el 72,2% en el capital de *Wanadoo* durante el período controvertido –desde el 1 de marzo de 2001 hasta el 15 de octubre de 2002–. *Wanadoo*, por su parte, poseía un 99,9% del capital de WIN. El grupo *Wanadoo* ofrecía los servicios de Internet y las actividades de edición de las guías telefónicas del grupo *France Télécom*. Esta última compañía de telecomunicaciones francesa se personó, como parte demandante, en el recurso contra la Decisión de la Comisión, después de haberse subrogado en los derechos de WIN, tras una fusión que se efectuó el 1 septiembre 2004.

2. En este análisis, nos centraremos en las alegaciones materiales relativas al Derecho de la competencia. Así, según *France Télécom*, la Comisión cometió varios errores en su apreciación del abuso de posición dominante por parte de WIN:

1.º) Por un lado, según la recurrente, la Comisión no realizó una definición correcta del *mercado de referencia* en el que debía analizarse la posición dominante.

2.º) Por otro, aun admitiendo el mercado de referencia definido por la Comisión, ésta se equivocó a la hora de determinar, primero, la *posición dominante* de WIN, y segundo, el *abuso* de dicha posición de dominio.

3. Con respecto a la *primera alegación* (= *definición del mercado de referencia*), WIN consideró que la Comisión realizó una separación artificial, cuando diferenció en su Decisión entre el mercado de referencia de acceso a Internet de alta velocidad y el mercado de acceso a Internet de baja velocidad. Según WIN, existe un único mercado de referencia de acceso a Internet. No importa, a estos efectos, que se trate de alta velocidad o de baja velocidad. Es más, la distinción es artificial; porque, en palabras de WIN, existe una continuidad de la baja velocidad a la alta, como lo indica el hecho de que se oferten servicios de ADSL de media velocidad.

4. El TPI, basándose en los argumentos aportados por la Comisión en su Decisión, afirmó que se puede definir el *acceso a Internet de alta velocidad* como el mercado de referencia en el asunto de que se trataba. En efecto, el Tribunal recurrió a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia (DO C 372 de 9 diciembre 1997) (*Vid., ad ex.*, P. D. CAMESASCA/R. J. VAN DEN BERGH, «Achilles uncovered: revisiting the European Commission's 1997 market definition notice», *Antitrust Bull.*, 47, 1, Spring 2002, pp. 143-186). A efectos de la normativa comunitaria sobre competencia, el mercado relevante está compuesto por productos que deben tener un grado de sustituibilidad tal, que los consumidores los consideren intercambiables por su uso, por sus características y por su precio (apartado 81).

Analizando cada una de estas tres variables, el Tribunal argumentó que, por su uso, no puede considerarse que la alta velocidad y la baja formen parte del mismo mercado; ya que, incluso, existen aplicaciones que sólo están disponibles para el mercado de la primera –*ad ex.*, juegos interactivos en red y descarga de ficheros grandes (apartado 82)–. Por sus características técnicas, el Tribunal consideró que el acceso a Internet de alta velocidad exige un módem de conexión diferente, que no puede utilizarse para el acceso a baja velocidad. Además, la alta velocidad permite estar conectado y no tener inutilizada la línea telefónica (apartado 83). Por último, según el órgano judicial comunitario, no sólo no existe similitud técnica, o de uso, tampoco la hay de precio.

5. Todas estas diferencias llevaron a pensar que el producto Internet de alta velocidad no es sustitutivo del de baja velocidad. Conclusión que puede verificarse con la encuesta realizada por la Comisión, y aportada por WIN como anexo. Según ésta, el 80% de los clientes de alta velocidad no se cambiarían a la baja velocidad ante una subida de los precios de entre un 5% y un 10%. Esto indicaría, recurriendo, de nuevo, a la Comunicación de la

Comisión relativa a la definición del mercado de referencia de 9 diciembre 1997, que no existiría sustituibilidad del lado de la demanda (apartado 90).

6. Con respecto a la *segunda alegación* (= *determinación de la existencia de posición de dominio en el mercado de referencia*), WIN discrepó también del análisis realizado por la Comisión. Entre otras cosas, consideró que no puede apreciarse una posición dominante en un *mercado emergente*, teniendo en cuenta únicamente la situación momentánea de dicho mercado. Según la compañía, había quedado demostrada la entrada de nuevos competidores y la consecuente reducción de los precios de los servicios ofertados. Expresado con otros términos, en los mercados emergentes no sólo importa la *competencia actual*, también hay que tener en cuenta la *competencia potencial*.

7. Ante las alegaciones de WIN, el TPI, citando la jurisprudencia comunitaria, consideró que *una cuota de mercado del 50% constituye por sí misma, salvo circunstancias excepcionales, posición dominante de la empresa en cuestión* (STJCE de 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-3359, apartado 60) (apartado 100). Durante el período litigioso, WIN ostentó una cuota de mercado de entre el 50%, al principio del período, y el 63,4% y el 71%, según la fuente, al final de éste (apartado 103).

La elevada cuota de mercado de WIN en el mercado de referencia no se podía explicar por su carácter emergente; ya que, según el Tribunal, las ofertas de acceso a Internet de alta velocidad empezaron a comercializarse a finales de 1999. En marzo 2001 –inicio del período de infracción–, el mercado no podía definirse como nuevo (apartado 106). Por otro lado, en los estudios prospectivos que realizó WIN sobre su posible posición en el mercado en el futuro, la propia empresa se marcó como objetivo factible una cuota de mercado de ADSL del 75%, para finales de 2004, y el 60% de mercado de los clientes de acceso a Internet de alta velocidad de acceso residencial. Estas cifras confirman la escasa importancia que otorgaba WIN a la competencia potencial en el mercado de referencia (apartado 111).

8. Otro dato que tuvo en cuenta el Tribunal, para entender que WIN tenía una posición dominante en el mercado de acceso a Internet de alta velocidad, fue la relación de dicha compañía con la francesa *France Télécom*, en el período de referencia:

1.º) En efecto, ninguno de los competidores tenía una «vinculación técnica», una «vinculación logística» y una «vinculación en términos de red comercial» en Francia, como la que le ofrecía *France Télécom* a WIN (apartado 113).

2.º) La *red de agencias* de la compañía francesa de telecomunicaciones, a través de las cuales se comercializaban los servicios que ofrecía WIN en el mercado francés, no era comparable a la que pudiera tener cualquiera de los competidores –AOL, T-Online o Tiscali (apartado 114)–.

3.º) Y si esto era así por lo que se refiere a la logística y a la red comercial, en relación con lo técnico, se pudo comprobar que WIN recibió un *tra-*

to preferencial por parte de *France Télécom*, desde enero de 2000 hasta septiembre de 2001, en el acceso en tiempo real a los ficheros de las líneas convertibles (apartado 116).

4.º) Por último, el Tribunal destacó también la rentabilidad que obtenía WIN en el mercado de la venta de anuarios, como elemento que, a modo de *subvención cruzada*, le podía permitir asumir las pérdidas en el mercado del acceso a Internet de alta velocidad (apartado 119).

9. Con respecto a la *tercera alegación* (= *abuso de posición dominante*), la Comisión calificó como *precios predatorios* los que practicaba WIN en relación con los servicios eXtense y Wanadoo ADSL (sobre los precios predatorios, *vid., per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Precios predatorios», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 1, 2007, en prensa). Según la Comisión, no le permitieron cubrir los costes variables, hasta agosto de 2001, ni los costes totales, desde esa fecha, y, además, habían sido fijados en el marco de un plan para eliminar a los competidores y hacerse con el mercado.

WIN estimó que la Comisión había cometido un error en el cálculo de la cobertura de costes, por haber hecho un análisis estático de éstos, y un error en la utilización del método de cálculo de los costes. Por otra parte, en relación con el plan de deprecación, WIN adujo que no hubo tal plan, porque, de hecho, la competencia siguió siendo importante al final del período de la infracción y su propia cuota de mercado se redujo durante ese tiempo.

10. Por lo que se refiere al espinoso tema de la *cobertura de costes*, el TPI, reiterando su jurisprudencia, afirmó que «*con carácter preliminar, es necesario recordar que, en la medida en que la decisión del método de cálculo de la tasa de cobertura de los costes implica una valoración económica compleja, ha de reconocerse a la Comisión una amplia facultad de apreciación* (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 34, y la jurisprudencia que se cita). *En consecuencia, el control del juez debe limitarse a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la inexistencia de error de apreciación manifiesta y de desviación de poder*» (apartado 129).

11. Cabría preguntarse a continuación qué costes son los que deben cubrirse para entender que los precios son predatorios. El Tribunal considera que, según su jurisprudencia, «*los precios inferiores a la media de los costes variables permiten presumir el carácter eliminatorio de una práctica de precios y, por otra parte, que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan destinado a eliminar a un competidor*» (apartado 130).

Ante las alegaciones de WIN, y una vez dejado dicho lo anteriormente referenciado, con base en los documentos aportados por las partes, el Tribunal desestimó las pretensiones de la destinataria de la Decisión de la Comisión.

12. El análisis de los costes es meramente matemático; sin embargo, el otro componente de la definición de precios predatorios (*la intención de eliminar la competencia*) es sustancialmente jurídico. De este elemento se ocupó el Tribunal en los apartados 170 y siguientes.

13. Ante el argumento de la Comisión de que la compañía bajó sus precios para igualarlos con los de la competencia, WIN consideró que todas las empresas tienen derecho a equiparar, de buena fe, sus precios con los de los competidores y que dicha práctica forma parte del juego de la competencia (*meeting competition defense*) (*vid., ad ex.*, R. ADMAN, «Meeting Competition and Promotional Allowances in Dual Marketing», *Antitrust L.J.*, 39, 1969-1970, pp. 844-856; A. D. AUSTIN, «Meeting Competition in Good Faith, and the Premium Product», *Clev.-Marshall L. Rev.*, 14, 1965, pp. 610-625; ID., «Robinson-Patman and Meeting Competition: A Myriad of Problems with No Solutions», *Tul. L. Rev.*, 40, 1965-1966, pp. 313-338; D. L. BELL, «Price Discrimination: Territorial Pricing for Cable Television Services and the Meeting Competition Defense under the Cable Television Consumer Protection and the Competition Act of 1992», *J. Legis.*, 19, 1993, pp. 63-77; R. BERGER/A.S. GOLDSTEIN, «Meeting Competition under the Robinson-Patman Act», *Ill. L. Rev.*, 315, 1949-1950, pp. 315-330; J. C. BLACKFORD, «A Survey and Commentary on the Good Faith Meeting of Competition Defense in the Robinson-Patman Act», *W. Res. L. Rev.*, 18, 1966-1967, pp. 753-779; M. BLAKENEY, «Meeting Competition under Section 49(2)(b) of the Trade Practices Act 1974», *U.N.S.W.L.J.*, 3, 1979-1980, pp. 364-380; A. I. BOROWITZ, «Beatrice Foods: Meeting Competition and Buyer Liability», *Case W. Res. L. Rev.*, 22, 1970-1971, pp. 54-64; S. L. BRANNAN, «The Robinson-Patman Meeting for Competition Defense as Used in a Sherman, Section 1, Conspiracy Action», *Baylor L. Rev.*, 25, 1973, pp. 357-367; C. W. BRINCKERHOFF, «Meeting Competition Defense of the Robinson-Patman Act and Quantity Discount Systems», *Cornell L. Rev.*, 52, 1966-1967, pp. 802-813; A. BUTLER, «Meeting Competition under Sales below Cost Statutes», *Sw. L.J.*, 12, 1958, pp. 482-504; L. L. COOPER JR., «Pricing Systems and the Meeting Competition Defense», *Va. L. Rev.*, 49, 1963, pp. 1325-1361; M. M. CROUCH, «Antitrust Laws – Robinson-Patman Act – Harm to Competition Meeting Competition Defense», *Duq. L. Rev.*, 22, 1983-1984, pp. 207-230; R. C. DILKS, «A Stepchild Gains Small Favor: The FTC and the Meeting Competition Defense under the Robinson-Patman Act», *Bus. Law*, 21, 1965-1966, pp. 481-497; M. A. GRAVENGAARD, «The meeting competition defence principle: a defence for price discrimination and predatory pricing?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 12, 2006, pp. 658-677; J. R. HALLY, «The Meeting Competition Defense in Robinson-Patman: FTC v. The Courts», *B.C. Indus. & Com. L. Rev.*, 3, 1961-1962, pp. 201-208; R. T. JOSEPH/B. L. HARROP, «Proof of the meeting competition defense: Investigation and verification of reported competing offers», *Antitrust L.J.*, 62, 1993, pp. 127-149; S. J. KEAN, «Good Faith and Meeting Competition after Falls City, Inc. v. Vanco Beve-

rage, Inc.», *J. Corp. L.*, 9, 1983-1984, pp. 575-594; P. B. LARUE, «Meeting Competition and other Defenses under the Robinson-Patman Act», *Bus. Law*, 25, 1969-1970, pp. 1037-1051; J. A. LYNOTT, «Robinson-Patman Act and the Defense of Meeting Competition», *Geo. L.J.*, 44, 1955-1956, pp. 461-477; J. M. MAY, «Meeting Competition under Robinson-Patman», *Tenn. L. Rev.*, 38, 1970-1971, pp. 56-81; J. F. MCCLATCHEY, «Price Discrimination, Meeting Competition and Promotional Allowances», *Ohio St. L.J.*, 29, 1968, pp. 314-329; G. I. MEISEL, «Robinson-Patman Primary and Secondary Line Litigation and Meeting Competition Defense», *U. Tol. L. Rev.*, 14, 1982-1983, pp. 567-576; S. NEIGHBORS, «Antitrust Law – Robinson-Patman Act – Inference of Injury and Expansion of the Meeting Competition Defense», *Whittier L. Rev.*, 5, 1983, pp. 565-583; A. NWANERI, «The Good-Faith Meeting Competition Defense to a Section 2(a) Violation of the Robinson-Patman Act: Area-Wide Pricing as a Valid Response to Competition», *Wm. Mitchell L. Rev.*, 14, 1988, pp. 859-906; R. O'DONOGHUE/A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 284-290; I. SCHER, «Meeting Competition and Changing Conditions Defenses», *Antitrust L.J.*, 53, pp. 1984-1985, pp. 943-954; J. H. SPAIN, «How Much Light has Sun Oil Shed on Meeting Competition under the Robinson-Patman Act», *B.C. Indus. & Com. L. Rev.*, 4, 1962-1963, pp. 678-686; C. J. STEELE, «Meeting Competition under the Robinson Patman Act», *Vill. L. Rev.*, 8, 1963, pp. 43-63; F. T. SUSS, «Meeting Competition with Price Discrimination – A Legal Principle in Search of Maturity», *Bus. Law*, 35, 1962-1963, pp. 1017-1023; B. E. ULLMAN, «Antitrust – Prices – Restraint of Trade – Trade Regulation – Sellers' Exchange of Price Information May Violate Section 1 of the Sherman Act Even if Done to Comply with the Good Faith Meeting Competition Defense to a Charge of Price Discrimination», *U. Cin. L. Rev.*, 48, 1979, pp. 179-186; H. VOGEL, «Meeting Competition», *Bus. Law*, 25, 1969-1970, pp. 199-212; C. J. WOODIN, «Meeting Competition – Permitted Price Discrimination under the Robinson-Patman Act», *U. Kan. L. Rev.*, 8, 1959-1960, pp. 630-640). Sin embargo, la Comisión adujo que, si bien es cierto que, en términos generales, las empresas pueden igualar precios, tratándose de una compañía con posición de dominio, este comportamiento se encuentra prohibido cuando los precios se reducen por debajo de los costes del servicio ofrecido.

El TPI, citando la jurisprudencia comunitaria, resolvió que «si bien una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en tal posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien debe reconocérsele, en una medida razonable, la facultad de adoptar las medidas que considere apropiadas para proteger dichos intereses, no pueden admitirse tales comportamientos cuando su objeto sea precisamente reforzar tal posición dominante y abusar de ella (...)» (apartado 185); «(...) resulta de la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 82 CE que, en circunstancias específicas, las

*empresas que ocupan una posición dominante pueden ser privadas del derecho a adoptar comportamientos, o a realizar actos, que no son en sí mismos abusivos y que ni siquiera serían reprochables si hubieran sido adoptados o realizados por empresas no dominantes»* (apartado 187).

14. Por otra parte, respecto del *plan de depredación*, WIN negó que tuviera tal intención de reducir la competencia; porque, entre otras razones, sería absurdo plantearse ese objetivo en un mercado con unas *barreras de entrada* tan débiles como las que tiene el de referencia.

El TPI consideró que «en lo que atañe a los requisitos de aplicación del artículo 82 CE y a la distinción entre el objeto y el efecto de la práctica abusiva, es necesario subrayar que, a los efectos de la aplicación de dicho artículo, la demostración del objeto y del efecto contrario a la competencia puede, en su caso, confundirse. En efecto, si se demuestra que el objeto perseguido por el comportamiento de una empresa en posición dominante es restringir la competencia, este comportamiento también puede producir este efecto. Así, en relación con las prácticas en materia de precios, el Tribunal de Justicia declaró, en su sentencia AKZO/Comisión, «(...) que los precios inferiores a la media de los costes variables aplicados por una empresa que ocupa una posición dominante deben considerar en sí mismos abusivos, ya que el único interés que puede tener la empresa en aplicar tales precios consiste en eliminar a sus competidores, y que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables son abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia no exigió ninguna demostración de los efectos concretos de las prácticas en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartados 241 y 242)» (apartado 195). «De lo anterior resulta claramente que, cuando se trata de precios predatorios, el primer elemento de la práctica abusiva aplicada por la empresa dominante consiste en la falta de cobertura de sus costes. *En el caso de la falta de cobertura de los costes variables, se presume el segundo elemento, es decir, la intención predatoria, mientras que, para los precios inferiores a la media de los costes totales, es necesario demostrar la existencia de un plan de expulsión de la competencia. Conforme a la sentencia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión (citada en el apartado 130 supra, apartado 151), esta intención de eliminación debe demostrarse sobre la base de indicios serios y concordantes»* (apartado 197).

Debía verificarse, por tanto, si la Comisión había demostrado, con indicios serios y concordantes, el plan de depredación de WIN. En efecto, el TPI apoyó la prueba aportada por la Comisión. Su sentencia destacó algunas afirmaciones aparecidas en documentos internos de WIN. Tales afirmaciones eran bastante elocuentes. *Ad ex.*, WIN sostenía que «apropiarnos del mercado de ADSL es una necesidad» o proclamaba que «la alta velocidad y el mercado de ADSL responderán todavía durante algunos años a una lógica de

conquista, en la que el objetivo estratégico será conseguir una posición dominante por lo que respecta a la cuota de mercado, y la fase de rentabilidad no llegará hasta más tarde».

15. Por último, WIN alegó que la Comisión debía haber probado que esta compañía habría podido recuperar las pérdidas ocasionadas por los bajos precios a los que prestaba sus servicios. Para comprender esta argumentación, deben tenerse en cuenta dos datos:

1.º) En la *moderna economía industrial*, algunos autores consideran esencial, tratándose de precios predatorios, que se considere la probabilidad de que el asaltante recupere sus pérdidas (*recoupment*): se trata, en esencia, de no considerar la predación como un fenómeno estático, consistente en una reducción de precios a corto plazo (= *visión fotográfica*). La predación, más bien, consistiría en una estrategia a largo plazo para asegurar al depredador la monopolización del mercado durante el tiempo necesario para recuperar sus pérdidas, incrementando los precios (= *visión cinematográfica*). Cuando una pretendida práctica predatoria no responda a este modelo económico, será irrelevante para el Derecho antitrust: en el peor de los casos, sólo habrá supuesto un recorte temporal de los precios, que habrá beneficiado a los consumidores y eliminado tan sólo a los competidores menos eficientes (el tema, en todo caso, no es pacífico. *Vid., ad ex.*, F. H. EASTERBROOK, «Predatory Strategies and Counterstrategies», *University of Chicago Law Review*, 48, 2, 1981, pp. 263-337, concr. pp. 267-276 y 297-304; K. G. ELZINGA/D. E. MILLS, «Testing for predation: Is recoupment feasible?», *Antitrust Bull.*, 34, 1989, pp. 869-893; C. S. HEMPHILL, «The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses», *Stan. L. Rev.*, 53, July 2001, pp. 1581-1612; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge, London, 2005, pp. 167-168; P. L. JOSKOW/A. K. KLEVORIK, «A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy», *Yale L. J.*, 89, 2, 1979, pp. 213-270; E. P. MASTROMANOLIS, «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», *Eur.Compet.L.Rev.*, 19, 4, 1998, pp. 211-224, concr. pp. 218-219; R. O'DONOGHUE/A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 253-256; L. TELSER, «Cutthroat competition and the long purse», *JLE*, IX, 1966, pp. 259-277).

2.º) Los *tribunales estadounidenses* han desestimado demandas de precios predatorios ante la falta de prueba de que el agresor los aumentaría y podría recuperar sus pérdidas (*Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed.2d 168 [1993]) (Para un análisis de esta jurisprudencia, *vid., ad ex.*, E. GELLHORN/W. E. KOVACIC, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 4.ª ed., St. Paul, MN, West Publishing Co., 1994, pp. 140-144; E. P. MASTROMANOLIS, «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», *Eur.Compet.L.Rev.*, 19, 4, 1998, pp. 211-224, concr. pp. 221-222; E. T. SULLIVAN/J. L. HARRISON, *Understanding Antitrust and Its Economic Impli-*

*cations*, 3.<sup>a</sup> ed., Nueva York, 1998, pp. 326-328 y 333-334). En unos casos, la ausencia de fuertes *barreras de entrada* suponía que era un *mercado expugnable*: los precios monopolísticos atraerían nuevas empresas rivales y descenderían a niveles competitivos (*ad ex.*, *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 107 S.Ct. 484, 93 L.Ed.2d 427 [1986]; *Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed.2d 538 [1986]). En otros, la empresa acusada poseía una *cuota de mercado muy baja* para permitirse una política de precios predatorios.

Sin embargo, el Tribunal consideró que, tal como se ha mencionado anteriormente, la jurisprudencia comunitaria, *en el caso de precios inferiores a los costes totales pero superiores a los costes variables, sólo exige probar que la fijación de tales precios se inscribe en un plan de eliminación de la competencia; no es necesario, por tanto, que la Comisión pruebe que la empresa en posición dominante habría podido recuperar las pérdidas sufridas con la imposición de esos precios bajos* (apartado 229).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

*Caso N.º 55. Abuso de posición dominante: STJCE 15 marzo 2007, As. C-95/04 P, British Airways/Comisión y Virgin Atlantic Airways*

#### NOTA

1. En el presente asunto, el TJCE conoce de un recurso de casación interpuesto por British Airways plc (en lo sucesivo «British Airways») contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la que confirmaba la multa por importe de 6.800.000 euros impuestos por la Comisión a esta compañía aérea por un presunto abuso de posición de dominio. Por lo tanto, la sentencia del tribunal comunitario tiene su origen en un procedimiento sobre competencia relativo a determinadas comisiones y ventajas que la compañía aérea británica concedió a las agencias de viaje del sector del transporte aéreo en el Reino Unido.

Las agencias de viaje realizaban una serie de actividades consistentes en promocionar los servicios de transporte aéreo prestados por las compañías aéreas y, a cambio, éstas les abonaban unas comisiones calculadas sobre la base de las ventas de billetes realizadas. En este contexto, British Airways celebró con las agencias de viajes acreditadas con la International Air Transport Association (IATA) unos acuerdos que les daban derecho a una comisión básica por las ventas de billetes de avión de British Airways. Además de este sistema de comisiones básicas, que funcionaba desde 1976, en 1998 se celebró un segundo acuerdo que incluía tres programas de incentivos financieros diferentes: acuerdos de mercadotecnia, acuerdos globales y, finalmente, una remuneración del rendimiento. Estos acuerdos estaban reservados a las agencias de IATA que tuvieran una facturación anual de billetes de Bri-

tish Airways de entre 500.000 y 10 millones de libras esterlinas. Las agencias que facturasen una suma superior, podrían negociar acuerdos individualizados.

Según las comprobaciones efectuadas por la Comisión, el efecto de estos sistemas de comisión tenía una característica común: en todos los casos la consecución de los objetivos fijados de crecimiento de ventas generaba un incremento de la comisión abonada, no por los billetes de avión vendidos una vez superado el objetivo, sino por la totalidad de ellos. Esto tenía como consecuencia inmediata el que cuando la agencia de viajes se acercaba a los umbrales fijados para el incremento de la comisión, la venta de unos pocos billetes más generaba importantes ingresos adicionales (recordemos que las comisiones se calculaban sobre la totalidad de billetes vendidos).

Planteado el asunto ante la Comisión, ésta entendió que tal práctica constituía un abuso de la posición dominante que British Airways tenía en el mercado británico. Por un lado, los incentivos financieros suponían una forma de mantener e incrementar las ventas de sus billetes en el mercado británico; y por otro, British Airways estaba aplicando condiciones desiguales a las diferentes agencias de viajes, pese a que éstas efectuaban prestaciones equivalentes.

2. *Sobre el efecto de exclusión atribuido a los programas de remuneración*, el TJCE entendió que para determinar si los descuentos o incentivos ofrecidos por una empresa en posición dominante son abusivos es necesario verificar dos condiciones: en primer lugar si tales incentivos pueden producir un efecto de exclusión de la competencia, dificultando o impidiendo el acceso al mercado de los competidores de la empresa dominante; y, en segundo lugar, si el sistema de incentivos que produce tal exclusión está justificado desde un punto de vista económico. Es decir, no todo incentivo o descuento concedido por una empresa en posición de dominio reviste forzosamente un carácter abusivo.

Sobre el *efecto excluyente*, el TJCE entendió que el programa de incentivos recompensaba más la fidelidad que el volumen, puesto que la forma en que se calculaba el importe de la comisión arrojaba un efecto marginal importante. Las comisiones concedidas a las agencias de viajes que cumplían los objetivos fijados se calculaban sobre la totalidad de sus ventas, y no sólo sobre los billetes vendidos una vez alcanzados los objetivos. De esta forma, las agencias no se sentían motivadas a ofertar los billetes de compañías aéreas distintas de British Airways y, como consecuencia, no tenían capacidad para elegir libremente la compañía aérea con la que trabajar. En este sentido, la presión ejercida sobre las agencias de viaje era especialmente intensa, puesto que la venta de billetes de British Airways tenía un importante efecto multiplicador sobre los ingresos de las agencias. En estas circunstancias, los programas de remuneración tenían un efecto directo de fidelización que, indirectamente, era capaz de producir un efecto de eliminación de la competencia, puesto que a los competidores de la empresa dominante les

resultaba especialmente gravoso –si no imposible– mejorar sus condiciones. Se trata de unos hechos similares a los que en su día dieron lugar a la sentencia *Michelin v. Comisión* (STJCE de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelin contra Comisión*, Rec. pág. 3461 y ss.). En ella se analizó un sistema de descuentos que no condicionaba la obtención del incentivo a que las partes se aprovisionaran en todo o en parte con los suministros de la empresa dominante, y en los que la ventaja económica, vinculada a la consecución de determinados objetivos, se aplicaban a todas las ventas realizadas durante el periodo de referencia y no sólo a las ventas marginales.

Sobre la *justificación económica* del incentivo, British Airways consideraba que estaba plenamente justificado el que una empresa recompensara a aquellos clientes que le permitieran incrementar sus ventas y, con ello, reducir los costes fijos elevados que soportan. No obstante, como acertadamente expuso el Abogado General (siguiendo la argumentación empleada por la Abogada General, la Sra. JULIANE KOKOT, «no todos los descuentos e incentivos que concede una empresa en posición dominante a sus socios contractuales y que producen un efecto de eliminación son forzosamente abusivos y, por tanto, prohibidos con arreglo al artículo 82 TCE. Antes bien, según reiterada jurisprudencia, sólo cabe considerar como abusivos los descuentos e incentivos que no se basen en una prestación económica que los justifique. En cambio, si se advierte la existencia de una justificación económica objetiva de los descuentos o incentivos, no procederá considerarlos abusivos a pesar del efecto de eliminación que producen», ap. 57) y posteriormente fue recogido en la sentencia por el TJCE (ap. 84), «lo decisivo es si el efecto de eliminación de los descuentos o incentivos que perjudica a la competencia puede contrarrestarse o incluso superarse mediante *eficiencias* que también pueden beneficiar sensiblemente al consumidor» (esta línea argumental se reproduce en el considerando 29 del Reglamento [CE] 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas –DOUE n.º L 24, de 29 de enero de 2004–, así como en los apartados 76 a 88 de las Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas –DOUE n.º C 31, de 5 de febrero de 2004–, o en los puntos 135 y 141 de la Comunicación de la Comisión «Directrices relativas a las restricciones verticales» –DOUE n.º C 291, de 13 de octubre de 2000–). Dicho en otros términos, ponderar si las ventajas para los consumidores superan los inconvenientes que tal práctica produce sobre la competencia. Por ejemplo, un descuento ofrecido en función del volumen de compras objetivo y ofertado por igual a todos los contratantes puede encontrar su justificación en las economías de escala y en el ahorro de costes que el fabricante obtiene con la producción de cantidades mayores (entre las eficiencias que desarrollan las empresas deben distinguirse entre las originadas por el lado de la oferta y las originadas por el lado de la demanda; las primeras suponen un ahorro de costes para el productor que,

indirectamente, puede repercutir en una disminución de los precios que pagan los consumidores; sin embargo, las eficiencias de la demanda repercuten en una mejora directa del bienestar del consumidor –por ejemplo, las estrategias empresariales que tienen como finalidad la innovación de producto–. El TJCE no entró a valorar los hechos puesto que en casación está vinculado por las valoraciones del Tribunal de Instancia. La apreciación de este último sobre la ausencia de justificación económica es plenamente vinculante. Por ello conviene recordar cuáles fueron los argumentos esgrimidos por el tribunal comunitario y que, básicamente, se centraron en el hecho de que la cobertura de los importantes costes fijos que soportan las compañías aéreas sólo justificaría el descuento sobre los billetes adicionales vendidos una vez superado el objetivo de venta marcado (STPI de 17 de diciembre de 2003, as. T-219/99, *British Airways contra Comisión*, Rec. 2003-II, pp. 5917 y ss., ap. 282 y 283).

3. *Sobre el efecto material que las comisiones concedidas han tenido sobre las compañías competidoras y sobre los consumidores*, el TJCE no entró a valorar este argumento puesto que constituye un motivo no admisible en sede de casación. No obstante, y aprovechando que en un análisis de una sentencia no hay restricciones de forma, sí conviene hacer algunas consideraciones de fondo sobre el argumento esgrimido por British Airways. El punto de partida debe ser el objetivo perseguido por el artículo 82 TCE. Este precepto está concebido para garantizar la competencia en el mercado interior. Es decir, el objeto del artículo 82 es la protección de la estructura del mercado, y no los intereses concretos de determinados competidores (STJCE de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94 P, *Tetra Pak contra Comisión*, Rec. 1996-I, págs. 5951 y ss., ap. 37; STJCE de 16 de marzo de 2000, as. C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports y otros contra Comisión*, Rec. 2000-I, págs. 1365 y ss., ap. 131). De esta forma, se protegen también, siquiera sea de manera indirecta, los intereses de los consumidores y de las empresas competidoras individualmente consideradas. No obstante, sorprende que British Airways recurra a este argumento cuando ya había admitido que no era necesario probar que el sistema de incentivos tenía repercusiones *efectivamente* contrarias a la competencia.

Marta Casado Abarquero

#### IV. Concentraciones

*Caso N.º 56. Concentraciones: STJCE 18 diciembre 2007, As. C-202/06 P, Cementbouw/Comisión*

#### NOTA

La empresa *Cementbouw Andel & Industrie BV* de nacionalidad holandesa presenta un recurso de casación ante el TJCE en el que solicita la anu-

lación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades de 23 de febrero de 2006 (T-282/02, Rec. p. II-319) que desestima el recurso para la anulación de la Decisión de la Comisión de 26 de junio de 2002 por la que declara la compatibilidad de una operación de concentración con durísimas condiciones (Asunto COMP/M.2650-Haniel/Cementbouw/JV [CVK]).

La operación consiste en la adquisición del control conjunto por parte de la empresa *Haniel* de nacionalidad alemana y la holandesa *Cementbouw* de la cooperativa *CVK* y su conversión en una empresa común en plenas funciones. Todas las empresas actúan en el sector de los materiales de construcción. La operación de concentración se lleva a cabo en distintas transacciones separadas formalmente, pero vinculadas entre sí y con efectos similares en la estructura competencial de los mercados por lo que la Comisión la considera una única operación de concentración de dimensión comunitaria. Sin embargo, la primera transacción por la que la cooperativa *CVK* adquiere el control de sus miembros es notificada (9 meses antes que a la Comisión) y autorizada por la autoridad neerlandesa de defensa de la competencia o *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (NMa). Finalmente, la Comisión, en aplicación del art. 8. del Reglamento, autoriza la operación sujeta al cumplimiento de severas condiciones como la disolución de la empresa en común *CVK*.

En este recurso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) tiene la ocasión de fijar el momento de determinación de la competencia de la Comisión para evaluar una operación y de clarificar la funcionalidad del reparto de competencias establecido en el artículo 21.1 y 21.2 del Reglamento de concentraciones 4064/89 (I). Del mismo modo, establece la función y la naturaleza de los compromisos propuestos por las empresas y sus efectos sobre la competencia de la Comisión (II). Además, aclara la aplicación del principio de proporcionalidad a los mencionados compromisos (III) y, en último lugar, la posible vinculación de la Comisión a una decisión adoptada previamente por una Autoridad Nacional de competencia (IV).

I. El TJCE recuerda el principio de reparto preciso de competencias entre las Autoridades Nacionales de competencia y la Comisión establecido en el art. 21.1 del Reglamento 4064/89, así como la misión del artículo 10 del mismo texto legal de limitar la duración de los procedimientos por razones de seguridad jurídica y en interés de las empresas. Por lo que se deduce que es un principio inspirador del control europeo de concentraciones establecer una clara distribución de competencias y garantizar dicho control en plazos compatibles con la buena administración y el tráfico mercantil. El propósito de fijar un sistema claro y objetivo de reparto de competencias entre las AANN y la Comisión responde al deseo de seguridad jurídica que exige que la autoridad competente sea conocida de forma previsible. Es por ello por lo que el artículo 1 del Reglamento 4064/89 establece unos criterios para la decisión sobre la competencia de la Comisión precisos y objetivos basados en el volumen de negocios de las empresas participantes.

Por ello, ante la alegación de las empresas de la obligación de la Comisión de cuestionarse su competencia para evaluar una concentración al proponer éstas modificaciones parciales al proyecto, el TJCE entiende que éstas no obligan a la Comisión a reexaminar su competencia. Entender lo contrario permitiría a las empresas perturbar significativamente el procedimiento y la eficacia del control por la Comisión, que tendría que verificar su competencia a lo largo del procedimiento en detrimento de dedicar sus esfuerzos a la evaluación de fondo de la concentración. Por tanto, según el TJCE, por el *imperativo de celeridad* que impone el Reglamento de concentraciones, una vez que la Comisión se ha declarado competente, no puede cuestionarse su competencia constantemente ni someterse a cambios permanentes.

EL TJCE dispone también que la competencia de la Comisión para examinar una concentración una vez fijada en fecha determinada se mantiene durante todo el procedimiento salvo que las empresas abandonen la operación, cosa que no ocurre en el presente caso. Y es necesario recordar que para el abandono de la operación se exige que la actuación para considerar abandonada la operación debe ser de la misma naturaleza, es decir, demuestre la misma vinculación para las empresas que el acto que ha servido para notificarla. Si bien, en este caso, el TJCE deja sin resolver la cuestión de la fecha que deba tenerse en cuenta para determinar la competencia de la Comisión, ya se trate de la fecha en la que nació la obligación de notificar o el momento en que debía haberse realizado la notificación o bien en la fecha que haya tenido lugar efectivamente. Pero en todo caso, a juicio del TJCE, ese momento debe estar estrechamente relacionado con el momento de la notificación. Sin embargo, no hay que olvidar que las normas relativas a la fijación de la competencia de la Comisión han sido modificadas en el Reglamento 139/2004 de tal manera que, según el artículo 4.1 del Reglamento 4064/89, la fecha a tener en cuenta es en la que se produce el elemento que desencadene la notificación, es decir, la conclusión de un acuerdo definitivo, la publicación de una oferta pública de compra o la adquisición de una participación o, como más tarde, el momento en el que las partes tenían la obligación de notificar la operación (*vid.* Asunto M.1741 – MCI World Com/Sprint de 28 de junio de 2000). En este sentido, la *Comunicación sobre la jurisdicción consolidada de la Comisión* establece que, a más tardar, es en el momento de la notificación cuando la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia deben poder fijar su competencia (*Comunicación sobre la jurisdicción consolidada de la Comisión* sobre el Reglamento [CE] n.º 139/2004 del Consejo relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas, de 10 de julio de 2007, <[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn_en.pdf)>, p. 58). Pero, en aplicación del artículo 4.1 del Reglamento 139/2004, no se fija una fecha límite para realizar la notificación (siete días desde que acontece el elemento desencadenante de la notificación, según el precedente Reglamento 4064/89) por lo que no se puede establecer éste como criterio último.

**II.** El TJCE define también la naturaleza y la función de los compromisos que las empresas pueden presentar con el fin de despejar las dudas sobre la compatibilidad de la operación con el mercado común (artículo 8.2 del Reglamento de concentraciones). Ya que los compromisos adoptados por las empresas son elementos que la Comisión debe utilizar en la evaluación de fondo de la concentración para la determinación de su compatibilidad con el mercado común y no pueden privar a la Comisión de la competencia para examinar la operación una vez que esta se ha fijado en la primera fase del procedimiento.

**III.** El TJCE aclara también la incidencia del principio de proporcionalidad en relación con los compromisos que las partes pueden presentar, que consiste en asegurarse de que las obligaciones asumidas por las empresas son proporcionales al problema de competencia detectado y que permiten solventarlo enteramente. Por el contrario, el principio de proporcionalidad no consiste en verificar si una vez aplicadas las obligaciones que la Comisión puede imponer a las empresas participantes en la concentración, ésta sigue siendo de dimensión comunitaria. Además, el TJCE aclara que el principio de proporcionalidad no obliga a la Comisión a aceptar los compromisos ofrecidos por las empresas cuando éstos son insuficientes para resolver el problema de competencia detectado.

**IV.** Finalmente, respecto del procedimiento paralelo seguido ante la autoridad holandesa de competencia (NMa), el TJCE establece que las decisiones de las autoridades nacionales no pueden vincular a la Comisión en la evaluación de una operación de concentración en virtud del Reglamento de concentraciones. Y esto es así porque el Reglamento 4064/89 instaura un reparto preciso de competencias exclusivas en su art. 21.1. Hay que tener en cuenta que tanto la NMa como la Comisión europea se han pronunciado en sus respectivos ámbitos de competencia, aplicando criterios distintos y que la supuesta idéntica operación no es tal, ya que las empresas notificaron a la autoridad holandesa de defensa de la competencia sólo la primera de la serie de transacciones independientes, al menos formalmente, en las que participaron las empresas. Mientras que la autoridad nacional únicamente juzgó el primer grupo de transacciones, la Comisión evaluó la operación global y, además, la NMa examinó la operación atendiendo a la situación en el mercado nacional y no su compatibilidad con el mercado común.

Natividad Goñi Urriza