

## *Las autoridades nacionales de Defensa de la competencia y las jurisdicciones nacionales: principales actores en la aplicación del Derecho europeo de la competencia. El caso de Francia*

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia en los Estados miembros y, en particular en Francia, ha sido atribuida por una parte a las autoridades administrativas, el Consejo de la Competencia y el Ministro de Economía (Dirección General de la Competencia, del Consumo y de Represión de fraudes) y, por otra, a las jurisdicciones nacionales. Estas últimas deben jugar un papel esencial ya que son las únicas instancias competentes para anular acuerdos ilegales y acordar indemnizaciones a las víctimas. El Reglamento 1/2003 tiene por objetivo impulsar el papel de las autoridades nacionales y de las jurisdicciones en la aplicación del derecho europeo de la competencia.

*Lehiaren inguruko Batasuneko Zuzenbidea estatu kideetan eta, bereziki, Frantzia ezartzea, alde batetik, administrazio-agintariei, Lehiaren Kontseiluari eta Ekonomia ministroari (Lehiaren, Kontsumoaren eta Iruzurren Errepresioaren Zuzendaritza Nagusia) egotzi zaie, eta, bestetik, jurisdikzio nazionaleri. Azken horiek funtseko egitekoa izan behar dute, legez kontrakoak diren akordioak deuseztatzeko eta biktimentzako kalte-ordainak adosteko eskumena duten bakarrak baitira. 1/2003 Erregelamenduaren helburua da sendotzea agintari nazionalak eta jurisdikzioek lehiaren inguruko Europako Zuzenbidea ezartzean duten egitekoa.*

The application of the Antitrust community Law in the Member States and particularly in France, has been, on one hand, attributed to the administrative authorities, the Council of Competition and the Minister of Economics (Directorate General for Competition, Consumption and Fraud Repression) and on the other hand to the national jurisdictions. The last ones have an essential role, because they are the unique competent instances to cancel illegal accords and confer indemnities to the victims. The 1/2003 Regulation aims to boost the role of the national authorities and the one of the jurisdictions at the application of the European competition law.

## ÍNDICE

### Introducción

SECCIÓN I. La arquitectura institucional en Francia: funciones respectivas de las autoridades administrativas y de las jurisdicciones

SECCIÓN II. La reforma introducida por el Reglamento 1/2003 y su influencia en los sistemas nacionales: estudio del caso francés

### Conclusión

### Referencias bibliográficas

Palabras clave: prácticas anticompetitivas, control de concentraciones, procedimiento de clemencia, procedimiento de compromiso

N.º de clasificación JEL: K21, L41, L42, L44

## INTRODUCCIÓN

El movimiento actual de modernización del Derecho comunitario de la competencia ha suscitado en Europa, y asimismo en Francia, numerosos debates y ha contribuido a poner en la palestra una cuestión fundamental: la de las opciones institucionales que supone la aplicación del Derecho de la competencia.

En efecto el Derecho de la competencia es un derecho particular que plantea sus propias interrogantes. Su particularidad proviene, para empezar, del hecho de que se trata de un derecho relativamente reciente, que necesita la profusa utilización de conceptos económicos, y cuyas reglas son en gran parte de origen comunitario y no nacional. Esta particularidad es asimismo fruto de que el Derecho de la competencia responde a objeti-

vos particulares que hacen más delicado su funcionamiento.

En un país como Francia, fuertemente marcado por una tradición de intervencionismo estatal en materia económica, el derecho de la competencia difícilmente puede desligarse del todo de una función de reglamentación de las actividades económicas y de las prácticas comerciales. Sin embargo, el Derecho de la competencia responde asimismo a un objetivo jurisdiccional, centrado ante todo en una aplicación estricta del derecho, con un marcado ánimo de represión de los comportamientos anticompetitivos.

La tradición intervencionista administrativa fue recientemente reforzada por la llegada de la «regulación» de los mercados emergentes, anteriormente bajo monopolio público. En este sentido, los «nuevos modos alternativos» en cuanto a

soluciones de litigios de competencia, supondrán que las instancias de la competencia abandonen el modelo consistente en reglamentación pura y posterior sanción, para en cierta medida ofrecer, merced a nuevos métodos de intervención (procedimientos de clemencia, de compromiso, de transacción, etc.), un papel de organización del buen funcionamiento de los mercados.

Los diferentes objetivos asignados al Derecho de competencia fuerzan a que su aplicación se asigne de forma complementaria o concurrente a instancias cuya naturaleza y funciones son diferentes, ya que es preciso recordar que los artículos 81 y 82 son de aplicación directa.

Desde la sentencia Bosch<sup>1</sup>, emitida menos de un mes después de la entrada en vigor del Reglamento n.º 17/62, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, había declarado que el artículo 85 (hoy, Art. 81) del tratado tenía efecto directo desde la misma entrada en vigor del tratado. Asimismo, el decreto prevé que «*los artículos 88 y 89 del tratado, que confieren competencias respectivamente a las autoridades nacionales y a la Comisión para la aplicación del artículo 85, presuponen la aplicabilidad de esta disposición desde la misma entrada en vigor del tratado*». La directa aplicabilidad de los artículos 85 y 86 (hoy día 81 y 82 CE) significa por tanto que tanto las autoridades nacionales especializadas como las jurisdicciones nacionales pueden y deben aplicarlos.

En Francia, el artículo 11 de la Ley de 11 de diciembre de 1992, confirmó que

las autoridades nacionales de la competencia eran competentes para aplicar los artículos 85 a 87 del Tratado de Roma. En cuanto a la competencia de las jurisdicciones nacionales francesas, ésta nunca ha sido puesta en tela de juicio después de la sentencia Bosch.

El Derecho de competencia tanto interno como comunitario se aplica en Francia de la forma siguiente:

- Por una parte, a través de una autoridad puramente administrativa, que depende del Ministerio de Economía, la Dirección General de la Competencia, del Consumo y de la Represión del Fraude, (en adelante DGCCRF).
- Por otra parte, existe una «Autoridad administrativa independiente», con un papel casi jurisdiccional: el Consejo de la Competencia.
- Finalmente, están las jurisdicciones de derecho común que poseen una competencia paralela en dicha materia (Sección I).

El estudio de esta arquitectura institucional ha de hacerse a través del prisma de la reciente reforma del Derecho europeo introducida por el reglamento 1/2003. El ánimo de esta reforma es el de descentralizar la aplicación del derecho comunitario de la competencia, respetando asimismo la libertad de los Estados miembros en cuanto a la organización de su propio sistema institucional se refiere. Para ello, la reforma prevé por una parte, un fortalecimiento de la cooperación entre autoridades nacionales de la competencia en una misma red y, por otra parte, una ampliación del papel atribuido a las jurisdicciones nacionales en cuanto a la aplicación de los artículos 81 y 82 del tratado CE (Sección II).

<sup>1</sup> Asunto 13/61, Rec.89.

## SECCIÓN I.

### LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL EN FRANCIA: FUNCIONES RESPECTIVAS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y DE LAS JURISDICCIONES

En Francia, la aplicación del Derecho de la competencia se repartió de forma concurrente, por un lado, a las autoridades administrativas (en adelante ANC), encargadas de investigar, perseguir y sancionar las prácticas anticompetitivas, y por otro, a las jurisdicciones nacionales, referidas a «sanciones civiles» (nulidad, daños y perjuicios a las víctimas, para reparar el perjuicio sufrido).

#### 1. Las autoridades francesas «administrativas especializadas»

El Derecho de la competencia francés, que nació en 1953, y que entonces era limitado a la represión de las *ententes* o acuerdos, se dejó en manos del Ministro de Economía, único organismo provisto de poder sancionador. La «Comisión técnica de las *ententes*» se limitaba a emitir dictámenes.

Más adelante, en 1967, se extendieron sus competencias a la represión de abusos de posición dominante.

El sistema actual, que traspasó el poder de decisión en cuanto a acuerdos y abusos de posición dominante a una «autoridad administrativa independiente», el Consejo de la Competencia, no fue establecido hasta 1986. Así, el Ministro de Economía, y en su interior la DGCCRF, mantienen un papel importante, sobre todo en materia de concentraciones, para las que se mantuvo la relación anterior de poderes: el Consejo de la Competencia

sólo tiene un papel consultivo mientras que el poder decisorio en la materia compete enteramente al Ministro.

#### 1.1. *Dualidad del sistema administrativo francés*

Quando tratamos de la organización institucional, de las diligencias de investigación y sanción de las prácticas anticompetitivas en Francia, nos encontramos ante un sistema dualista. En efecto, la represión de los comportamientos anticompetitivos y el control de las concentraciones se garantiza por varias autoridades; sus estatutos son diferentes y sus competencias complementarias, ejerciendo conjuntamente tareas variables según las materias a analizar. Así, de forma esquemática, se puede distinguir por un lado el Consejo de la Competencia encargado de manera global de la función de instrucción y de decisión en materia de acuerdos y abusos de posición dominante y, por otro lado, la DGCCRF, encargada de las investigaciones, e integrada en el Ministerio de Economía.

##### a) *El Consejo de la Competencia*

#### Naturaleza jurídica y misiones del Consejo de la Competencia

El Consejo de la Competencia se instauró por orden n.º 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, en sustitución de la antigua Comisión de la Competencia, quien asimismo en 1977, había sustituido a la «Comisión técnica sobre acuerdos y abusos de posición dominante». A falta de una definición legal precisa, se debatió durante mucho tiempo sobre la naturaleza jurídica del Consejo de la Compe-

tencia, ya que, aún siendo un órgano de tipo administrativo, el Consejo de la Competencia asume a la vez una función casi jurisdiccional. Efectivamente, si bien es cierto que su poder de actuación y sus funciones consultivas parecen incompatibles con el reconocimiento de su carácter jurisdiccional, también es verdad que dispone de sus propios poderes sancionadores y de conminación. Por otra parte, el procedimiento seguido ante el Consejo de la Competencia es contradictorio y sometido al respeto de los derechos de la defensa e incluso a las disposiciones del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, ya que el Derecho de la competencia se asimila a la materia penal.

El Consejo de la Competencia es por tanto un organismo híbrido. Sus miembros son nombrados por el Gobierno aunque no dependa de su autoridad. Es una autoridad administrativa independiente, y como tal, interviene en la represión de los comportamientos anticompetitivos y en el peritaje jurídico y económico del funcionamiento de los mercados, para asegurar el respeto a la libre competencia.

### **Organización y funcionamiento del Consejo de la competencia**

El Consejo de la Competencia lo forman 17 miembros nombrados por decreto, por un periodo de seis años, entre, por un lado, los miembros o antiguos miembros del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Tribunal de Cuentas o de las demás jurisdicciones administrativas o judiciales y, por otro, personalidades escogidas debido a su competencia profesional en materia económica o en el ámbito de la competen-

cia y el consumo y, personas que ejerzan o hayan ejercido sus actividades en el sector de la producción, distribución, artesanía, servicios y profesiones liberales. Los magistrados o antiguos magistrados suelen ser mayoría.

La instrucción se lleva a cabo por ponentes, permanentes o no, nombrados por orden del Primer Ministro. El Director General de la Competencia, quien a su vez pertenece al Ministerio de Economía, hace las funciones de Comisario del Gobierno ante el Consejo de la Competencia. Emite dictámenes e interviene en todos los procedimientos para así expresar el punto de vista de los poderes públicos sobre los temas tratados.

#### **b) *La Dirección General de la Competencia, del Consumo y de la Represión del Fraude y el Ministro de Economía***

La DGCCRF, contrariamente al Consejo de la Competencia, pertenece al Ministerio que mantiene la cartera de Economía, y se encuentra directamente bajo la autoridad del Ministro. Su misión general es la de asegurar el buen funcionamiento de los mercados, particularmente merced a la aplicación de la política de competencia y de protección del consumidor, sobre todo por las investigaciones que emprende.

Conviene asimismo hacer mención de las atribuciones particulares del Ministro de Economía, el cual tiene prácticamente el papel de tercer pilar de sujeción del sistema de competencia francés, especialmente en la medida en que posee un poder de decisión exclusivo en cuanto a control de concentraciones, y, por supuesto, en que ejerce su autoridad sobre la DGCCRF.

El sistema administrativo francés, es, por tanto, dualista.

## 1.2. **Reparto de poderes entre las diferentes autoridades administrativas especializadas**

Tal y como hemos visto, la aplicación del derecho de la competencia tanto interna como comunitariamente hablando, y desde el punto de vista «administrativo», se reparte entre el Ministerio de Economía (DGCCRF incluida) (a) y el Consejo de la Competencia (b).

### a) *Funciones del Ministro de Economía y de la DGCCRF*

#### Funciones ministeriales

1) El Ministro de Economía, por su misión gubernamental, está a cargo de las cuestiones relativas a la política de la competencia y, por tanto, ha de preparar ciertos textos de alcance general, particularmente en cuanto a la reglamentación de precios y de las exenciones en bloque por categorías de acuerdos.

2) El Ministro dispone además del poder de encomendar asuntos al Consejo de la Competencia. Puede tratarse de una intervención para dictaminar sobre cualquier cuestión de competencia, o con motivos sancionadores cuando, alertado por una investigación de sus servicios o por una denuncia, el Ministro decide remitir al Consejo de la competencia el control de ciertas prácticas anticompetitivas previstas en el Código de Comercio o en los artículos 81 y 82 TCE.

3) Asimismo, el Ministro puede interponer un recurso principal o incidental ante el Tribunal de Apelación de París contra las decisiones del Consejo de la Competencia.

Finalmente, está también facultado para intervenir ante las jurisdicciones de derecho común. Tiene por tanto la facultad de participar plenamente en el desarrollo del procedimiento ante las jurisdicciones civiles o comerciales que actúan en la resolución de litigios privados en los que se invoca el derecho de la competencia, realizando observaciones que pueden desarrollarse de forma oral, mediante denuncias escritas e informes de investigación.

#### Poder exclusivo de decisión en materia de control de las concentraciones

En lo que se refiere al control de las concentraciones, el Ministro de Economía dispone del poder de decisión exclusivo. Antes de la Ley de 15 de mayo de 2001, las empresas no tenían la obligación de notificar sus concentraciones. Por tanto, el Ministro podía intervenir en cualquier operación para apreciar sus efectos sobre la competencia<sup>2</sup>. La reforma introducida por la Ley del 15 de mayo de 2001<sup>3</sup> pone al sistema francés al nivel existente a escala comunitaria. A partir de entonces, toda operación de concentración que sobrepasase ciertos límites en cuanto al volumen de negocios, tenía que ser notificada por los empresarios al Ministro de Economía, quien ya solamente interviene *ex ante*.

<sup>2</sup> Reservándose la posibilidad de posterior y excepcional replanteamiento, a petición del Consejo de la Competencia, de una concentración, si las empresas abusaron de su posición dominante adquirida merced a la misma concentración. Este texto solamente ha sido aplicado una vez hasta ahora (Asunto de filiales comunes en el dominio de la distribución del agua (Resolución n.º 02-D-44 de 11 de julio de 2002, Lyonnaise des Eaux, Compagnie Générale des Eaux).

<sup>3</sup> Ley n.º 2001-420 de 15 de mayo de 2001, BO 113 del 16 de mayo de 2001.

Tras realizar un análisis, el Ministro puede rechazar o aceptar la operación de concentración, remitiendo eventualmente su visto bueno a la aprobación de ciertos acuerdos por las diversas partes. En caso de no respetar sus decisiones o los acuerdos adoptados por las empresas, el Ministro, tras solicitar el dictamen del Consejo de la Competencia, está facultado para decretar sanciones contra dichas partes.

### **Poderes propios a la DGCCRF en el seno del Ministerio de Economía**

La DGCCRF, al estar bajo su control directo, aplica en la práctica varias de las atribuciones correspondientes al Ministro. Además de esas múltiples asignaciones, la DGCCRF tiene amplios poderes de investigación.

La iniciativa de la investigación puede ser interna cuando emana del Ministro o de la misma DGCCRF, o externa, particularmente en caso de que se pida una investigación por parte de los ponentes del Consejo de la Competencia o bien del Tribunal de Apelación de París antes de decidir sobre cualquier recurso emprendido contra una decisión del Consejo de la Competencia.

Finalmente, las atribuciones de Comisario del Gobierno en el seno del Consejo de la Competencia, las asume el Director General de la DGCCRF, cuyo papel es meramente consultivo.

### **b) *Funciones del Consejo de la Competencia***

El Consejo de la Competencia tiene funciones consultivas y resolutivas.

### **Función consultiva del Consejo de la Competencia**

Se puede consultar al Consejo de la Competencia para obtener su opinión ya sea sobre cuestiones generales de competencia, o en el marco de procedimientos específicos, administrativos o judiciales. Esas consultas pueden ser a veces obligatorias.

El gobierno, las comisiones parlamentarias o las organizaciones previamente citadas, pueden consultar al Consejo de la Competencia acerca de proposiciones de ley así como sobre toda cuestión relativa a la competencia. El Consejo de la Competencia emite entonces dictámenes de orden general. Las jurisdicciones de derecho común también están facultadas para solicitar al Consejo de la Competencia dictámenes sobre prácticas anticompetitivas de las que quisieran informarse.

El ministro puede asimismo consultar al Consejo de la Competencia acerca de cualquier concentración o proyecto de concentración que pudieran dañar la competencia. El dictamen emitido por el Consejo de la Competencia es puramente facultativo y no vincula al ministro. En el mismo se debe apreciar si los efectos sobre la competencia de la operación examinada pueden ser compensados por otras aportaciones al progreso económico.

### **Funciones contenciosas del Consejo de la Competencia**

El Consejo de la Competencia ocupa una posición céntrica en el sistema francés de represión de acuerdos y abusos de posición dominante. Está a cargo de la instrucción de estos casos, a partir de las pesquisas llevadas a cabo en la mayoría de los casos por la DGCCRF, y solamente dispo-



ne de poder resolutorio en relación a estas prácticas. El Consejo de la Competencia a veces actúa de oficio. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el Consejo de la Competencia actúa por iniciativa del Ministro de Economía por medio de la DGCCRF, de empresas o también de ciertas organizaciones facultadas para hacerlo: colectividades territoriales, organizaciones profesionales y sindicales, organizaciones autorizadas de consumidores.

El ámbito que abarca su competencia y que se extiende a todos los sectores económicos, se ve territorialmente limitado a las prácticas susceptibles de producir efectos sobre el territorio nacional. Es asimismo competente en la aplicación de las disposiciones de los artículos 81 y 82 del tratado CE.

En ocasiones, el Consejo de la Competencia debe compartir su competencia con las jurisdicciones nacionales. De hecho, al tener asignada una misión de interés general, el Consejo de la Competencia no es competente para resolver litigios contractuales y acciones de responsabilidad entre personas privadas, ni tampoco para condenar al autor de prácticas anticompetitivas al pago de daños y perjuicios en beneficio de la víctima. Este contencioso pertenece a las jurisdicciones civiles y comerciales e incluso, en algunos casos, a las jurisdicciones administrativas y penales (ver apartado 2 posterior).

Para darle una autoridad real, el legislador entregó al Consejo de la Competencia poderes sancionadores bastante amplios. Tiene asimismo la posibilidad de desarrollar programas de clemencia y de abrir procedimientos de transacción y de compromiso. No obstante, estos poderes son limitados.

### c) *Las diversas resoluciones contenciosas del Consejo de la Competencia*

#### **Sanciones económicas**

El Consejo de la Competencia puede imponer sanciones económicas a empresas reconocidas como culpables de prácticas anticompetitivas de acuerdos y abusos de posición dominante. La cuantía de la sanción puede elevarse hasta un 10% del volumen de negocios a escala mundial del grupo al que pertenece la sociedad infractora.

Estas sanciones han de ser proporcionales a la gravedad de los hechos acaecidos y a la amplitud de los daños producidos a la economía. Las sanciones se determinan de forma individual para las empresas y, por tanto, han de ser dictadas teniendo en cuenta la situación particular de cada una de ellas. El Consejo de la Competencia puede transmitir el asunto al Ministerio Fiscal en el caso de eventuales sanciones penales, ya que estas últimas dependen exclusivamente de las jurisdicciones de lo penal.

La mayor sanción impuesta hasta la fecha ha sido de 80 millones de euros a France Telecom por abuso de posición dominante, decisión del 7-11-2005.

#### **Poderes de conminación**

Al emitir su resolución, el Consejo de la Competencia puede ordenar a las diversas partes poner fin a sus prácticas anticompetitivas en un determinado plazo, o bien imponerles ciertas condiciones (artículo L.462-2, al.1 del Código de Comercio). En la práctica, estas conminaciones apuntan casi siempre al cese de dichos comportamientos, a aconsejar o prohibir ciertas prácticas comerciales, pero también a modificar, añadir o eliminar cláusulas contractuales.



## Medidas provisionales

Según el artículo L.464-1 del Código de Comercio, el Consejo de la Competencia puede, previamente a cualquier decisión sobre el fondo, tomar las medidas provisionales que le sean requeridas, o que estime necesarias. Dichas medidas pueden ser tomadas a requerimiento del Ministro o bien de las partes implicadas. Las demandas pueden presentarse accesoriamente a la relativa al fondo del asunto. Puede hacerse en cualquier momento del procedimiento, y el Consejo de la Competencia las puede tomar únicamente en caso de que las prácticas denunciadas afecten de forma grave e inmediata a la economía general, a la del sector implicado, al interés del consumidor o a la empresa denunciante. Cuando se cumplen estas condiciones, el Consejo de la Competencia puede ordenar a las partes que suspendan las prácticas referidas así como el retorno al estado anterior. Sin embargo, estas medidas han de limitarse estrictamente a los casos en que sea necesario actuar para hacer frente a la urgencia. Una vez decretadas, las medidas son de ejecución inmediata y en caso de que no fueran respetadas, el Consejo de la Competencia está facultado para imponer sanciones pecuniarias (artículo L.624-2).

## Posibilidad de recursos ante el Tribunal de Apelación

Es conveniente subrayar que todas las resoluciones contenciosas del Consejo de la Competencia pueden ser objeto de un recurso de anulación y de reforma ante el Tribunal de Apelación de París, cuyas resoluciones están bajo el control del Tribunal Supremo.

## d) *Los procedimientos alternativos de resolución: clemencia, transacción y compromisos*

La citada Ley de 15 de mayo de 2001 desarrollada por el Decreto de aplicación de 30 de abril de 2002<sup>4</sup>, introdujo en el derecho francés los procedimientos de clemencia y de transacción. El mandamiento n.º 2004-1173, de 4 de noviembre de 2004, completó este sistema introduciendo un procedimiento de «compromiso» equivalente al provisto en el artículo 9 del Reglamento comunitario 1/2003.

En Francia existen 3 procedimientos diferentes:

- *El procedimiento de clemencia* tiene como finalidad incitar a las empresas involucradas en acuerdos anticompetitivos a denunciarlos, a cambio de obtener la posibilidad de verse exentas, en todo o en parte, de las sanciones económicas a las que se pueden ver expuestas. Para obtener el beneficio de la clemencia, las empresas habrán de facilitar los elementos informativos que permitan, no solamente establecer los hechos reales, sino también la identidad de sus autores (Artículo L.464-2.IV del Código de Comercio).
- *El procedimiento de compromisos* consiste en el archivo del procedimiento una vez que la empresa consiente adquirir compromisos dirigidos a poner término a las prácticas anticompetitivas. Este procedimiento fue introducido por la disposición de 4 de noviembre de 2004 (Artículo L.464-2.1 del Código de Comercio).

<sup>4</sup> Decreto n.º 2002-689 de 30 de abril de 2002, BO 103 del 3 de mayo de 2002.

—El procedimiento de no contestación a los cargos, asimismo llamado de *transacción*, ofrece la posibilidad de beneficiarse de una reducción de la pena prevista a las empresas que no impugnan los cargos que les han sido notificados y que se comprometen a modificar su posterior comportamiento (Artículo L.464-2.III). La naturaleza y la importancia de los compromisos suscritos son los elementos principales tomados en consideración por el Consejo de la Competencia para aceptar el procedimiento y dictaminar la cuantía en la rebaja de la sanción.

Estos procedimientos alternativos, no son aplicables a las mismas prácticas. De hecho, el procedimiento de clemencia se aplica únicamente en casos de ententes, mientras que el procedimiento de transacción parece poder aplicarse tanto en las ententes como en los casos de abuso de posición dominante o de abuso de dependencia económica. En lo que al procedimiento de compromisos se refiere, el Sr. Bruno Lasserre, presidente del Consejo de la Competencia, aclaró que su campo natural de aplicación residía en casos «*poco graves y recientes*», y únicamente en prácticas de acuerdos verticales, abusos de posición dominante y abusos de dependencia económica, excluyendo los acuerdos horizontales<sup>5</sup>.

Por otra parte, estos procedimientos alternativos no tienen lugar en la misma fase del procedimiento tramitado ante el Consejo de la Competencia. El procedimiento de clemencia procede antes de la notifica-

ción de los cargos. Por el contrario, el procedimiento de transacción interviene necesariamente después de dicha notificación. Finalmente, el procedimiento de compromisos puede en teoría intervenir en cualquier momento del procedimiento, aunque debería de hacerlo más bien previamente a cualquier demanda oficial.

Estos procedimientos alternativos proveen de esta forma al Consejo de la Competencia, de lo que su propio presidente denomina «el imprescindible traje completo del regulador». El empleo de este término delata la evolución del Consejo de la Competencia hacia la regulación, alejándose así de la función «casi jurisdiccional». Así pues, el papel del Consejo de la Competencia no solo se remite a la aplicación estricta del derecho de la competencia con el fin de sancionar *ex-post* a los autores de prácticas anticompetitivas, sino que también interviene en los mercados merced a facultades más diversificadas que la mera sanción, para de esta manera dar forma al comportamiento futuro de sus operadores. De hecho, al ordenar la modificación de ciertas cláusulas contractuales, al imponer compromisos a las empresas, al aconsejar ciertas prácticas comerciales y al desarrollar programas de clemencia, el Consejo de la Competencia tiende a descolgarse de su papel jurisdiccional sancionador para acercarse a los modos de intervención de los organismos reguladores, cuidando de la conservación de los equilibrios de un sector y modelando permanentemente las prácticas que en él se realizan.

A modo de conclusión, la aplicación por las autoridades administrativas en Francia del Derecho de la competencia, tanto interno como comunitario, se caracteriza por una complejidad hoy día puesta

<sup>5</sup> Intervención del sr. Bruno Lasserre en el coloquio de la CCIP del 19 de enero de 2005: «*clemencia y transacción en materia de competencia*».

en tela de juicio<sup>6</sup>. Se pone en cuestión, en particular, la dualidad entre Ministro de Economía (DGCCRF) y Consejo de la Competencia, especialmente en el ámbito de las concentraciones, ya que en ellas el Consejo de la Competencia no tiene más que un papel consultivo y la resolución final pertenece al Ministro de Economía.

Asimismo, algunos preconizan que en materia de acuerdos y posiciones dominantes (abusos de posición dominante o de dependencia económica), el Consejo de la Competencia pueda disponer de los medios de investigación que en la actualidad están en manos de la DGCCRF.

Dicha complejidad se deja notar más aún cuando se le añade el importante y específico papel que de forma paralela tienen las jurisdicciones nacionales, papel acrecentado por el Reglamento comunitario n.º 1/2003, que examinaremos en la segunda parte.

## 2. La aplicación de las reglas de competencia por las jurisdicciones de derecho común

### 2.1. *La actual preocupación por el «private enforcement», en el derecho comunitario*

#### a) *La solución planteada por el TJCE en la sentencia «Courage contra Crehan» de 20 de septiembre de 2001*

La cuestión de las consecuencias civiles de un contrato que contraviniera las

reglas comunitarias de la competencia no fue durante mucho tiempo motivo alguno de preocupación. Sin embargo, el artículo 81, párrafo 2.º dispone que, los acuerdos o las decisiones prohibidas en virtud del Tratado CE son nulos de pleno derecho, por lo que ahí residía una ocasión para que intervinieran las jurisdicciones. No obstante, el Tratado silenciaba cuestiones referentes a otras consecuencias civiles derivadas de dichas disposiciones, especialmente en cuanto a los posibles daños y perjuicios para las víctimas de prácticas anticompetitivas. Al estar descentralizado el sistema jurisdiccional de la Comunidad Europea, pertenece naturalmente al juez nacional el sacar las consecuencias jurídicas de la nulidad de un acuerdo anticompetitivo y el decidir sobre los daños y perjuicios.

Pero los derechos nacionales eran notablemente diferentes sobre ese punto. Ciertos derechos, como el derecho francés, reconocen desde siempre a la parte perjudicada de un acuerdo ilícito el derecho de pedir daños y perjuicios a la otra parte. Al contrario, algunos otros derechos nacionales, como el británico, no reconocían la validez de semejante acción cuando el demandante formaba parte del acuerdo ilícito.

En la sentencia «Courage contra Crehan» de 20 de septiembre de 2001, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concretó las consecuencias civiles de la violación del artículo 81, y al mismo tiempo el papel otorgado a las jurisdicciones de derecho común en los diferentes Estados miembros. El Tribunal recalcó el papel decisivo de las acciones de derecho común ante las jurisdicciones nacionales para la aplicación

---

<sup>6</sup> Ver por ej. F. BRUNET: «Control de las concentraciones en Francia: ¿Es aún la consulta del Consejo de la Competencia de utilidad alguna?», *Revista Lamy de la competencia*, mayo-julio de 2005, n.º 3.

efectiva de las reglas de competencia comunitaria<sup>7</sup>.

En este caso, un distribuidor inglés de bebidas (Crehan) había firmado en 1990 con una cervecera inglesa, «Courage», dos contratos de arrendamiento de veinte años con una cláusula que establecía una obligación exclusiva de compra de cerveza. En 1993, como consecuencia de las facturas impagadas por el arrendatario (Crehan), la sociedad Courage interpuso una demanda con la intención de que se condenase a Crehan al pago de las sumas debidas. El arrendatario rechazaba la validez de esta demanda alegando que su obligación de compra era contraria al artículo 81 CE y, al mismo tiempo, interpuso una acción por daños y perjuicios contra su proveedor, al considerar que había sido dañado por la susodicha e ilícita cláusula de exclusividad.

Ante dicha demanda, el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) decidió que el derecho inglés no permitía a una parte de un acuerdo ilícito reclamar derechos y perjuicios a la otra parte firmante. Sin embargo, constataba que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en la decisión *Perma Life Mufflers Inc. C. Intl' Parts Corp*, había decidido que una parte de un acuerdo anticompetitivo, en situación de inferioridad económica, podía interponer una demanda por daños y perjuicios contra la otra parte.

Así pues, dentro de la hipótesis en la que el derecho comunitario confiriese una protección jurídica similar a la parte del acuerdo ilícito, la *Court of Appeal* consideraba que podía existir un eventual conflicto entre el principio de autonomía

procesal y el de una aplicación uniforme del derecho comunitario.

La *Court of Appeal* remitió entonces al Tribunal de justicia una cuestión prejudicial dirigida a conocer:

- Si por un lado, una de las partes de un contrato anticompetitivo podía remitirse al artículo 81 ante una jurisdicción nacional a efectos de solicitar la nulidad del contrato; y,
- Si por otro, esta misma parte podía exigir daños y perjuicios por el mero hecho de someterse a dicho contrato ilícito.

Acerca del primer punto, el Tribunal, en sentencia de 20 de septiembre de 2001, recordaba que el Tratado CE crea un orden jurídico propio que se impone a las jurisdicciones nacionales y que los artículos 81 y 82 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran derechos en los justiciables que las jurisdicciones nacionales han de salvaguardar<sup>8</sup>. Añade además que el artículo 81 del Tratado constituye una disposición fundamental, indispensable para el cumplimiento de las misiones conferidas a la Comunidad y, en especial, para el funcionamiento del Mercado interior. Por lo tanto, el Tribunal proclama que: «*cualquier particular tiene derecho a valerse de la justicia por la violación del artículo 81 párrafo 1 del Tratado, incluso si es parte implicada en un contrato susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia*»<sup>9</sup>.

En cuanto al segundo punto, el Tribunal considera que es de la incumbencia

<sup>7</sup> [392 U S 134 (1968)]

<sup>8</sup> TJCE, BRT y SABAM, 30 de enero de 1974, caso C-127/73.

<sup>9</sup> TJCE, *Courage LTD c. Crehan*, 20 de septiembre de 2001, caso C.453/99, c 24.

de las jurisdicciones nacionales el asegurar la aplicación las normas comunitarias así como la protección de los derechos que confieren a los particulares. Añade asimismo que el reconocimiento de semejante derecho basta para restar ánimos a los posibles acuerdos o prácticas susceptibles de dañar a la competencia y que las demandas por daños y perjuicios suponen una contribución sustancial al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad. Por tanto el Tribunal dicta lo siguiente:

*No se puede excluir [en el derecho nacional] que tal demanda [por daños y perjuicios] sea puesta por una de las partes de un contrato considerado como contrario a las reglas de la competencia<sup>10</sup>.*

Sin embargo, el Tribunal aporta un detalle importante con el fin de precisar el alcance de este derecho. Efectivamente y en virtud del principio según el cual ningún justiciable puede aprovecharse de su propio comportamiento ilícito, dicta asimismo que:

*el derecho comunitario no se opone a que [...] el derecho nacional deniegue a una parte, cuya responsabilidad en la distorsión de la competencia sea significativa, el derecho a la obtención de daños y perjuicios por la otra parte del contrato<sup>11</sup>.*

El Tribunal indica a este respecto que para la apreciación del carácter culpable por la participación en el acuerdo ilícito, habrá de tomar en cuenta el contexto económico en el que fue concluido y especialmente la eventual situación de inferioridad de una de las partes. De esta guisa, el tribunal incluye consideraciones económicas en la definición de la falta y

parece apuntar en realidad al principal responsable y primer beneficiario del acuerdo anticompetitivo<sup>12</sup>.

Así pues, de la sentencia «Courage contra Crehan» y más concretamente, de la aplicación de los principios de efecto directo y efecto útil de las normas comunitarias, se deduce que las partes implicadas en un acuerdo anticompetitivo siempre tienen la posibilidad de invocar el artículo 81 para solicitar la nulidad de los actos y reclamar daños y perjuicios, con mayor motivo si se encontraban en situación de inferioridad en el momento de producirse estos hechos. No obstante, la parte que más significativamente cometió la infracción no puede valerse de las reglas de la competencia para reclamar daños y perjuicios a la otra parte.

**b) *El efecto directo de los artículos 81 y 82 y su insuficiente aplicación por el juez nacional***

De lo anterior se deduce que las jurisdicciones nacionales pueden verse obligadas a aplicar las reglas comunitarias de competencia en litigios entre particulares.

Nos encontramos principalmente con dos tipos de aplicación de los artículos 81 y 82:

- O bien se recurre a ellos defensivamente (como un escudo), es decir respondiendo a un demandante que busca la aplicación de un acuerdo anticompetitivo;
- O bien se recurre a ellos ofensivamente (como un arma), especialmente

<sup>10</sup> *Ibid.*, c 28.

<sup>11</sup> *Ibid.*, c 31.

<sup>12</sup> Christian GAVALDA, Gilbert PARLÉANI: «Note sous arrêt: Courage Ltd c. Crehan», *JCP E Semaine Juridique* (ed. Entreprise), 12/09/2002, n.º 37, pp. 1427-1428.

cuando una de las partes recurre a un tribunal para pedir la nulidad de un contrato y una indemnización por daños causados por un comportamiento anticompetitivo.

Si bien resulta difícil cuantificar el número de contenciosos privados en materia de competencia, resulta cierto que en Francia, y en general en Europa, dicho contencioso está aún poco desarrollado, tal y como lo demostró un estudio impulsado por la Comisión en 2004<sup>13</sup>. Además, la práctica refleja que las decisiones de las jurisdicciones nacionales de derecho común emitidas en torno a la competencia, lo son casi siempre en el mismo tipo de casos. Se trata principalmente de litigios de índole contractual en los que se recurre exclusivamente al artículo 81, única y casi sistemáticamente con intenciones defensivas. Los contenciosos para la reparación de perjuicios causados por prácticas anticompetitivas son una minoría, tanto si se hace referencia al artículo 81 como al 82 (o a sus correspondientes en derecho francés).

Así pues, el contencioso en materia de competencia está a menudo limitado a litigios en el marco de las relaciones verticales, de acuerdos de distribución selectiva o exclusiva, de casos de boicot o también de aplicación de los reglamentos de exención<sup>14</sup>. Las causas de esta escasez son conocidas.

<sup>13</sup> Estudio ASHURST: *Study on the conditions of claims on damages in case of infringement of EC competition rules* disponible en la web: [http://www.europa-eu.int/comm/competition/antitrust/others/private\\_enforcement/indix\\_en.html](http://www.europa-eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/indix_en.html).

<sup>14</sup> C. MOMÈGE, L. IDOT: *Application of articles 81 & 82 EC by the french ordinary courts: A procedural perspective*, European Competition Law Annual 2001-Effective Enforcement of EC Antitrust Law, (C. D. Ehlermann, I. Atanasiu ed.), Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 232-252.

## 2.2. **Escollos principales del desarrollo del Contencioso antitrust ante las jurisdicciones de derecho común y soluciones previstas**

### a) *Escollos relacionados con las características del sistema judicial francés*

#### Admisibilidad de la demanda y costes

La debilidad de la vía jurídica en materia de competencia se debe ante todo a un conjunto de características del sistema judicial francés, que atañe tanto al papel de las partes como al de los jueces y también a las especificidades de los litigios de competencia.

En un principio, podemos interrogarnos sobre la admisibilidad de la demanda y sobre el interés que hay en interponerla. De hecho, las *class actions* no existen en el derecho francés, de forma que las asociaciones de consumidores no pueden entablar acciones ante las jurisdicciones de derecho común para la defensa de los intereses individuales de los consumidores. Sin embargo, existe desde hace unos años una posibilidad de demanda conjunta, pero su dificultad (exigencia de órdenes expresas) y los riesgos que conlleva para las asociaciones hacen que haya sido escasamente utilizada.

Los costes del procedimiento son asimismo un factor de desánimo para la parte perdedora, sobre todo en caso de que tuvieran que asumirlos enteramente si no se ganara el pleito. El problema de los costes va ligado al de la duración de los procedimientos, generalmente de dos años o más en el caso de Francia.



## Carencia de formación económica de magistrados y tribunales

A menudo, se suele alegar también la falta de formación económica de los magistrados, para explicar la reticencia de las empresas en llevar sus litigios ante las jurisdicciones de derecho común. En el caso de Francia, deben distinguirse dos problemas. El primero es el de la formación general de los magistrados en Derecho de la competencia; es, a todas luces, insuficiente. De hecho, el Derecho de la competencia se enseña de forma muy limitada, tratándose normalmente de una asignatura semestral, muy general en el marco de los estudios de derecho. Esto explica en parte porqué se percibe el Derecho de la competencia como un derecho para especialistas, principalmente practicado en París, por grandes bufetes de abogados.

El segundo problema se deriva de la especificidad francesa de los tribunales de comercio<sup>15</sup>. Estos tribunales, por su naturaleza, son los que más a menudo se van a encontrar con litigios de competencia. Sin embargo, sus jueces no son profesionales. Paradójicamente, como son precisamente profesionales que provienen del mundo de la empresa, algunos pueden haberse enfrentado a esta especialidad del derecho en su vida profesional y, en todo caso, están generalmente más capacitados para analizar y dirimir asuntos económicos que muchos jueces profesionales que hayan tratado más sobre cuestiones de derecho común. De todas formas, aunque se hable a menudo de una reforma de los tribunales de comercio, la

profesionalización de sus jueces parece harto difícil tratándose de una institución tan antigua<sup>16</sup>.

## Dificultad de cuantificar perjuicios e impactos

Por otra parte, el cometido del juez en el marco de una acción por responsabilidad basada en el derecho de la competencia es complejo: la definición de la falta, es decir de la práctica anticompetitiva, se funda cada vez más en consideraciones económicas, sin mencionar los problemas de la prueba (ver siguiente epígrafe). La cuestión del vínculo de causalidad entre la práctica denunciada y el perjuicio pretendido puede resultar igual o más delicada, tratándose una vez más de fenómenos económicos: ¿las pérdidas acaecidas son acaso necesariamente consecuencia del acuerdo o del abuso de posición dominante? ¿Y si así fuera, acaso lo son todas? Finalmente, de manera general, el perjuicio sufrido por una de las partes tras un comportamiento anticompetitivo resulta muy difícil de evaluar y, en consecuencia, igual de difícil resulta determinar la cuantía de los daños y perjuicios que se derivan de ello. La apreciación, sobre todo, del perjuicio comercial, es difícilísima. Ahora bien la elección de los modelos económicos (*yard stick, before and after, etc.*) más pertinentes para cuantificar estos elementos es asimismo objeto de debate entre economistas.

Finalmente, un comportamiento anticompetitivo raramente afecta a un único competidor, a una sola víctima, sino más bien a un conjunto de empresas o a todo

---

<sup>15</sup> Tribunales especializados en asuntos económicos,

---

<sup>16</sup> Año 1563.



el mercado. A partir de ahí resulta muy complejo determinar con precisión el impacto sobre la situación personal del demandante. Ello requeriría la formulación de conjeturas sobre cual hubiera sido la situación de este último en el mercado sin el comportamiento en cuestión. Para terminar, el conjunto de estas tareas se hace aún más delicado debido a la dificultad de recopilar la información necesaria para la evaluación de todos estos elementos<sup>17</sup>.

b) **Obstáculos relacionados con el régimen de la prueba**

La carga de la prueba, particularmente en los casos de transgresiones de la competencia, corresponde al demandante. Esto no es ningún problema cuando en un contrato o tras la decisión de una autoridad de la competencia, se invoca el artículo 81. El asunto de la carga de la prueba resulta mucho más delicado en el caso de alianzas ocultas, de prácticas concertadas o de abusos de posición dominante. En la mayoría de estos casos, en una primera fase, el demandante deberá proceder a una difícil verificación económica tanto en cuanto a la delimitación del mercado pertinente como a la supuesta posición dominante que el demandado ocupa en él. El demandante, entre otras cosas, habrá de recurrir a nociones, evaluaciones y análisis económicos (evaluación de las cuotas de mercado, apreciación de las ba-

rreras de entrada al mercado, etc.) que no siempre son fáciles de utilizar. En una segunda fase, el demandante tendrá que demostrar, de conformidad con las normas de prueba del derecho francés, que existe una falta, es decir un abuso de posición dominante más allá del perjuicio personal y de un vínculo de causalidad entre la falta y el perjuicio censado.

Conviene advertir que la reunión de pruebas es un gran problema. De hecho, el derecho francés no prevé procedimiento alguno que se equipare al *discovery* anglo-sajón, que deriva en la obligación de producir un conjunto de pruebas y de forma más generalizada, el conjunto de las informaciones relevantes relacionadas con el litigio.

2.3. **Soluciones contempladas para hacer más atractivo el Contencioso antitrust**

a) **Debate sobre la utilidad de reforzar el Contencioso antitrust**

Es conveniente especificar que la necesidad de desarrollar el contencioso privado en Europa, aunque hoy día es la idea dominante, no es sin embargo aceptada por todos. De hecho, algunos hacen valer que el *private enforcement* del Derecho de la competencia es obviamente menos eficaz que el *public enforcement*, debido principalmente a las mayores facultades de investigación y de sanción de que disponen las autoridades de la competencia, al elevado coste del contencioso privado y finalmente porque el contencioso privado, dirigido por consideraciones de intereses privados, no reúne las condiciones para ase-

<sup>17</sup> Maurice NUSSENBAUM: «Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles», *Les Petites affiches*, 20 de enero de 2005, n.º 14, p. 37; Michel GLAIS: «L'évaluation des sanctions par le juge», *Revue de la concurrence et de la consommation*, mayo-junio de 2000, n.º 115, p. 31.

gurar el respeto del orden público económico<sup>18</sup>.

Esta postura es sin embargo minoritaria dentro de la doctrina<sup>19</sup>. Desde luego que no la comparten ni el TJCE (fallo Courage) ni la Comisión Europea, quienes consideran que:

*las jurisdicciones nacionales ejercen una función esencial en la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia. Preservan los derechos subjetivos previstos por el derecho comunitario cuando resuelven litigios entre particulares, indemnizando sobre todo daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. El papel que juegan las jurisdicciones nacionales en este tema es complementario al de las autoridades de la competencia de los Estados miembros<sup>20</sup>.*

Antes de finales de 2005, la Comisión tiene que publicar un Libro Verde destinado a dar un impulso decisivo al *private enforcement* y, asimismo, a la función de las jurisdicciones nacionales en la aplicación del derecho comunitario de la competencia.

## b) Soluciones que la doctrina critica

### Daños y perjuicios punitivos

La instauración de los «daños y perjuicios punitivos», del tipo de los *treble damages* del derecho americano y que consisten en condenar por daños y perjuicios

a una suma equivalente al triple del montante del perjuicio, se invoca a menudo como un medio para hacer el Contencioso antitrust más atractivo para los demandantes. Este sistema, de hecho, presenta ciertas ventajas.

Ante todo, se muestra como una respuesta a la dificultad de evaluar el perjuicio sufrido. El hecho de instaurar daños y perjuicios punitivos ampliamente más elevados que el perjuicio «realmente» sufrido, que según se dice, es muy a menudo infravalorado por los jueces, aseguraría una reparación efectiva. Además, los daños y perjuicios punitivos aparecen como un medio para aumentar el número de demandas por responsabilidad debido a las posibles ganancias ofrecidas a las víctimas de prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, la instauración de daños y perjuicios punitivos plantea numerosas dudas en la doctrina y entre sus practicantes<sup>21</sup>. En primer lugar, la instauración de los *treble damages* pondría una vez más en tela de juicio los fundamentos de la responsabilidad civil, especialmente en el derecho francés. De hecho, el derecho francés está basado en el tríptico: *todo el perjuicio, nada más que el perjuicio, sólo cuenta la situación de la víctima*. Ahora bien, la instauración de daños y perjuicios triplicados sería como institucionalizar un verdadero «enriquecimiento sin causa» de la víctima (cuya idea es rechazada por el fallo Courage, del TJCE, antes citado)<sup>22</sup>. Por otro lado, estos daños y

<sup>18</sup> Wouters P.J. WILLS: «Should private enforcement be encouraged in Europe?», *World Competition Law and Economics Review*, tomo 26, n.º 3, septiembre de 2003.

<sup>19</sup> Clifford A. JONES: «Private Antitrust enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», *World Competition Law and Economics Review*, tomo 27, n.º 1, marzo de 2004.

<sup>20</sup> Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, cs. 7.

<sup>21</sup> Robert SAINT- ESTEBEN: «Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs», *Les Petites affiches*, 20 de enero de 2005, n.º 14, p. 53.

<sup>22</sup> Véase fallo Courage citado anteriormente, punto n.º 30 y sig. (22)

perjuicios punitivos, al transformar a las víctimas en nuevos procuradores privados del derecho de la competencia, introduciría una confusión entre los intereses privados y públicos. Ciertamente que es deseable un reforzamiento en la eficacia del contencioso privado, pero con la condición de no sustituir los instrumentos que la acción administrativa prevé para el mantenimiento del orden público económico. Finalmente, los *treble damages* presentan un riesgo de sanción excesiva, especialmente teniendo en cuenta el principio *non bis in idem*.

### Aligeramiento de la carga de la prueba

Para superar los obstáculos relacionados con la administración de la prueba, se propone a veces aliviar o aligerar su carga. Para ello, se ha contemplado exigir solamente una prueba *prima facie* del vínculo de causalidad, cuyo efecto sería la inversión de la carga de la prueba. Asimismo, se sugirió que la sola prueba relativa a la ilegalidad del comportamiento o del acuerdo fuera suficiente, sin necesidad de pedir la prueba relativa a la falta prevista por derecho de responsabilidad civil.

Si se quiere facilitar el desarrollo del contencioso privado de la competencia, resulta loable exigir una prueba rigurosa previamente a la eventual condena de una empresa sobre la base de las reglas antitrust.

Por consiguiente, tanto la instauración de daños y perjuicios punitivos como el aligeramiento de la carga de la prueba, ofrecen el riesgo de hacer más atractivo el contencioso antitrust para los demandantes en detrimento de un tratamiento jurisdiccional justo y riguroso.

### c) Otras soluciones contempladas

La instauración de *class actions*, al posibilitar el reagrupamiento de los intereses, permitiría a las víctimas repartir los riesgos y los costes relacionados con las demandas. En Francia se está en estos momentos estudiando el tema, pero existe una fuerte oposición, en especial por parte de los profesionales.

Por otra parte, hay que hacer hincapié en la escasa formación de jueces y abogados en derecho de la competencia, sobre todo a nivel universitario en la comunicación sobre el derecho de la competencia y en la necesidad de «formación permanente» de los jueces.

En Francia, al menos en los textos, se instauró una primera solución: la ley de 2001 citada anteriormente, previó la posibilidad de especializar a algunos tribunales también de apelación, a los cuales se trasladarían exclusivamente los contenciosos que tratasen de las reglas de competencia. Sin embargo, esta disposición legal con cuatro años de antigüedad, no ha sido puesta en práctica por la falta de decretos de aplicación. No obstante, estos últimos deberían ser adoptados en los próximos meses.

También se deben tomar medidas para facilitar la recolección de pruebas. Para ello, se puede sobre todo aumentar los poderes de los jueces, mejorar la formación de los expertos y aliviar las exigencias que soporta el demandante para demostrar la utilidad de los documentos aportados.

Pero el aspecto más importante sigue siendo el de la cooperación entre las autoridades de la competencia y las jurisdicciones de derecho común. De momento le está permitido a la DGCCRF intervenir ante las jurisdicciones en plei-

tos privados (artículo L.470 del Código de Comercio). Queda por generalizar este tipo de cooperaciones con el conjunto de las autoridades de la competencia, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario. Ahí reside la apuesta de la reforma introducida por el Reglamento 1/2003.

## **SECCIÓN II. LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REGLAMENTO 1/2003 Y SU INFLUENCIA EN LOS SISTEMAS NACIONALES: ESTUDIO DEL CASO FRANCÉS**

### **3. Nuevas funciones de las autoridades nacionales de competencia según el Reglamento 1/2003**

#### **3.1. Innovaciones institucionales**

##### **a) Creación de una «red europea de la competencia»**

La innovación principal de la reforma, está en la creación de una «red europea de la competencia», cuyo principio se afirma en el decimoquinto considerando del Reglamento 1/2003<sup>23</sup>. Esta red la forman la Comisión y las diversas autoridades nacionales de la competencia (en adelante ANC). Las normas que encuadran esta nueva cooperación se recogen en el capítulo 4 del Reglamento, posteriormente completado con una comunicación sobre cooperación en el seno de la red de las autoridades de la Competencia<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Para un estudio general sobre el reglamento 1/2003: L. IDOT: *Derecho comunitario de la competencia: el nuevo sistema comunitario de puesta en marcha de los artículos 81 y 82 CE*, Bruylant 2004.

<sup>24</sup> Comunicación de la Comisión sobre cooperación dentro de la red de autoridades de la competencia, DOUE C 101 de 27 de abril de 2003, p. 43. (CR en ad.)

### **El respeto del principio de autonomía institucional**

Debido a la gran diversidad estructural de las ANC en el seno de la Comunidad, se decidió dejar que los Estados miembros designaran las autoridades de competencia competentes para la aplicación de los artículos 81 y 82.

Los Estados miembros utilizaron plenamente la libertad que se les ofreció y las opciones elegidas son representativas de la diversidad de los diferentes sistemas nacionales de competencia. Así pues, nos encontramos dentro de la red con los tres grandes modelos de ANC:

- *el modelo unitario*, adoptado por los Países Bajos e Italia, en el que una sola autoridad puramente administrativa asume a la vez las funciones de investigación, instrucción y decisión;
- *el modelo dualista*, cuyo desarrollo hemos podido ver anteriormente en el caso de Francia, y en el que las funciones de investigación las asume un departamento del Ministerio de Economía, mientras que las de instrucción y decisión incumben a una autoridad administrativa independiente; ambas instituciones (Consejo de la Competencia y Ministerio de Economía (DGCCRF) son «de designación».
- *el modelo dualista de autoridad administrativa y jurisdiccional*, algunos Estados miembros optaron finalmente a la vez por una autoridad administrativa encargada de las actuaciones judiciales y una jurisdicción de derecho común, que es la única facultada para ejercer el poder de decisión.

## El respeto del principio de autonomía procesal

De igual manera, se deja a los Estados miembros la libre elección de los procedimientos y de las sanciones que se deriven de la aplicación de los artículos 81 y 82. En efecto, el reglamento armoniza ciertos aspectos del procedimiento como la normativa sobre la carga de la prueba (artículo 2), y elabora, en el artículo 5, una lista exhaustiva de los diferentes tipos de resoluciones que pueden ser adoptadas por las ANC. Sin embargo, estas últimas siguen aplicando los artículos 81 y 82 conforme a sus normas de procedimiento nacionales.

La doctrina no puso mayores objeciones a esta elección en la medida en que al ser todos los Estados miembros signatarios del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, las diferencias existentes entre sus respectivas reglamentaciones no dejarían de ser mínimas. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto en lo que respecta al inicio y al desenlace del procedimiento, tratándose de etapas esenciales cuyas diferencias entre Estados miembros podrían no resultar tan despreciables.

En cuanto al inicio del procedimiento, el Reglamento no prevé disposición alguna sobre el régimen de la prescripción ni sobre el reconocimiento o no del principio de oportunidad de las actuaciones judiciales. En el caso del desenlace del procedimiento, el reglamento limita el esfuerzo de armonización al establecimiento de una lista exhaustiva de decisiones modelo susceptibles de ser adoptadas por las ANC: ordenar el cese de una infracción, ordenar medidas provisionales, aceptar compromisos, imponer multas, o cualquier otra sanción prevista por el derecho nacional. Concretamente, y con la obligada

condición de prever sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, los Estados miembros son completamente libres de establecer e imponer las sanciones que quieran.

Por ese motivo se pueden observar diferencias considerables en cuanto a sanciones. Según los Estados miembros, estas pueden ser de índole administrativa o penal; su importe puede variar enormemente; finalmente, en algunos estados pueden aplicarse a personas físicas. El conjunto de esas diferencias, acentuado aún más por el desarrollo de los programas de clemencia y la «repenalización» del derecho de las prácticas anticompetitivas implica el riesgo de revelarse incompatible con cualquier movimiento de descentralización que en el futuro se intente, que no podrá llevarse a cabo sin la conservación de cierta coherencia en la aplicación de los artículos 81 y 82.

### b) *El nuevo papel del Comité consultivo*

El Comité consultivo, creado por el reglamento 17/62, y formado por representantes de los Estados miembros, es la instancia en la cual se manifiesta la colaboración entre la Comisión y las ANC. Su consiguiente inserción en el nuevo dispositivo institucional introducido por la normativa 1/2003 se produce de forma natural, con un reforzamiento notable de su papel, y por tanto, con un aumento de las prerrogativas de las ANC.

En cuanto a la composición del comité, podemos destacar que cuando el artículo 10 de la normativa 17/62 decía simplemente que el comité:

*estaba compuesto por funcionarios competentes en materia de alianzas dudosas y de posiciones dominantes,*

la nueva normativa dispone que ahora «*está compuesto por representantes de las autoridades de la competencia de los Estados miembros*». Esta modificación ya es interpretada por las ANC como el reconocimiento de una «*legitimidad propia*»<sup>25</sup>.

El nuevo funcionamiento del Comité, se rige por el artículo 14 de la normativa que instituye, además del procedimiento normal, un procedimiento simplificado en el que solamente se le puede consultar por escrito.

Además, el artículo 14.5 especifica que en adelante la Comisión ha de tener muy en cuenta el dictamen del Comité e informar a este último de cómo valoró su dictamen. Por otra parte, cuando el Comité emite su dictamen por escrito, puede recomendar su publicación a la Comisión. En tal caso esta última deberá proceder (artículo 14.6).

El ámbito que abarca la función consultiva del Comité se ha ampliado sensiblemente. Como ocurría hasta ahora, se le ha de consultar antes de cualquier decisión que adopte la Comisión (artículo 14.1). La comunicación en la red extiende ahora su función consultiva a los textos de alcance general. De hecho, los puntos 63 y 64 de esta comunicación indican que el Comité debe ser consultado sobre los proyectos de reglamentos, las comunicaciones y las directrices adoptadas por la Comisión.

Además, cuando la Comisión, aplicando el artículo 11.6 del Reglamento, tiene intención de privar a una ANC de un asunto para tramitarlo ella misma, se podrá

debatir la cuestión en el Comité y éste emitirá un dictamen oficioso.

### 3.2. **Funcionamiento de la red**

El artículo 11.1 del reglamento indica que la Comisión y las ANC aplican las normas comunitarias de la competencia «*en colaboración estrecha*». Este principio implica, como complemento del nuevo dispositivo institucional, la implantación de criterios de distribución de los casos y de mecanismos que permitan, por un lado, asegurar una cooperación efectiva y, por otro, mantener una aplicación coherente de los artículos 81 y 82 CE.

#### a) **La distribución de los casos entre las ANC y la Comisión**

Los criterios de distribución de los casos se exponen en los puntos que van del 5 al 15 de la Comunicación en la red. El punto 5 distingue tres hipotéticos casos: la intervención de una sola ANC, la intervención de varias ANC que actuaran de forma paralela y, finalmente, la intervención únicamente de la Comisión. Está además explicitado que preferentemente y siempre que sea posible, se traten los casos por una única ANC.

Para designar la ANC, la Comisión tiene en cuenta la noción de *autoridad mejor situada*. Esta noción reviste a la vez criterios de vinculación con el caso y la preocupación por la eficacia en su tratamiento. Así pues, se considerará como mejor situada, a la ANC en cuyo territorio el acuerdo o la práctica tuviera efectos sustanciales directos, se pusiera en marcha o tuviera sus orígenes. La autoridad deberá además ser capaz de llevar el caso, resumiendo en particular los me-

---

<sup>25</sup> Bruno LASSERRE: «“Modernización”, las adaptaciones necesarias del Consejo de la competencia», *Revista Concurrentes*, n.º 1, Diciembre de 2004, pp. 29-39.



dios de la prueba y, de poner fin a la infracción sancionándola con eficacia. Estas condiciones son acumulativas.

Por lo demás, cuando la práctica en cuestión produce efectos sustanciales en más de tres Estados miembros, la Comisión considera que ella misma es la mejor situada para intervenir.

Estos criterios de competencia se completan con mecanismos de reubicación de los casos de gran flexibilidad. Estos mecanismos están ante todo fundamentados en una obligación recíproca de información dentro de la red.

Cuando intervienen en virtud de los artículos 81 y 82, las ANC han de informar al resto de la red mediante intranet, rellenando un formulario descriptivo que ha de contener diferentes informaciones precisas (nombre de la autoridad a cargo del caso, producto o servicio afectado, territorio afectado, supuesta infracción, supuesta duración de la infracción, etc.). Se trata de una innovación importante en la medida en que la obligación de informar ya no solamente es vertical, dirigida a la Comisión, sino que se aplica también horizontalmente, entre las ANC. Esta información debe de transmitirse desde el comienzo del procedimiento iniciado, es decir, «antes o justo después» de las primeras medidas de investigación. En el caso de Francia, cuando el Consejo de la Competencia es requerido por el Ministro de Economía con motivo de un informe de investigación elaborado por la DGCCRF, esta última es quien tiene que cumplir con la obligación de informar.

Este mecanismo de información recíproca tiene como objetivo posibilitar una readjudicación eventual de los casos, especialmente en lo que a procedimien-

tos paralelos no justificados se refiere, o cuando se hace cargo de un caso una autoridad que no es «la mejor situada» para tratarlo. El procedimiento de reubicación o de redirección de los casos ha de ser rápido. Una vez que la información se transmite a los miembros de la red, éstos disponen de un plazo de dos meses para presentar sus posibles alegaciones. En caso de procedimientos paralelos o consecutivos, el artículo 13 del Reglamento tiene previsto unas disposiciones que permiten suspender un procedimiento iniciado de oficio, o rechazar una queja cuyo objeto es o haya sido tratado por otro miembro de la red.

En cambio, hay una excepción en el principio de readjudicación de asuntos: una petición de clemencia dirigida a una ANC, no puede en ningún caso ser transmitida a otra ANC sin el consentimiento del solicitante.

#### b) *Los mecanismos de cooperación entre las ANC y la Comisión*

Para asegurar el eficaz funcionamiento de la red, la normativa prevé por un lado, mecanismos de intercambio de información y, por otro, mecanismos de asistencia en materia de investigación.

El funcionamiento de la red depende principalmente de la buena circulación de la información entre autoridades. Esto atañe a la vez a las informaciones automáticamente transmitidas en el momento del inicio del procedimiento (artículo 11.3) y a las informaciones más específicas, propias de un caso particular, que pueden ser transmitidas a petición de otra ANC (art. 12). El principio de libre circulación de la información tiene sin embargo varias limitaciones.



En primer lugar, todas las informaciones intercambiadas en la red están protegidas por el secreto profesional (art 28.2). En segundo lugar, solo pueden ser utilizadas para la aplicación de los artículos 81 y 82 y únicamente dentro del objeto para las que fueron recogidas (art 28.1). En tercer lugar, al no haber una armonización en el régimen de sanciones, las informaciones susceptibles de derivar en sanciones penales con destino a personas físicas sólo se pueden utilizar en dos casos: cuando la ley de la autoridad «emisora» prevé sanciones similares, o bien cuando las informaciones hubieran sido recogidas con los mismos patrones de protección de los derechos de la defensa de las personas físicas (en cuyo caso, sin embargo, no se podría pronunciar ninguna pena privativa de libertad).

Finalmente y en cuarto lugar, las informaciones facilitadas en el marco de una petición de clemencia dirigida a una ANC, no pueden en ningún caso ser utilizadas por otra ANC para iniciar otro procedimiento.

En materia de investigación, el Reglamento n.º 17/62 preveía mecanismos verticales que permitían a la Comisión solicitar a una autoridad nacional realizar ciertas medidas de investigación sobre su territorio. El Reglamento 1/2003 extiende esta posibilidad al conjunto de las ANC que, en lo sucesivo, pueden solicitar asistencia mutua en el marco de sus respectivas investigaciones.

### **c) *La conservación de la coherencia entre las decisiones de las ANC***

La descentralización de la aplicación de los artículos 81 y 82 CE afecta a la conservación de la coherencia en las resoluciones. Por ese motivo, a la vez que refuerza el papel de las ANC y del Comité consultivo,

el Reglamento 1/2003 mantiene la preeminencia de la Comisión sobre el conjunto del nuevo dispositivo. Esta preeminencia se muestra en la obligación que tienen las ANC de informar a la Comisión antes de tomar decisiones, lo cual se basa en el derecho de «preferencia» concedido a la Comisión y en el ánimo de prevenir conflictos.

### **La obligación de informar antes de la toma de decisiones**

Cuando una ANC tiene previsto adoptar una resolución desfavorable para las empresas, debe obligatoriamente informar de ello a la Comisión (art 11/4). El objetivo de esta disposición es el de permitir reaccionar a la Comisión. La información ha de ser facilitada 30 días antes de la resolución y debe incluir un resumen del caso, un proyecto de decisión o en su defecto, la acción prevista. Las decisiones consideradas desfavorables son las que ordenan el cese de la infracción, las que aceptan compromisos o las que retiran el beneficio de una exención por categoría.

En el caso de Francia, donde las decisiones son tomadas por una «cuasi-jurisdicción» (el Consejo de la Competencia), la obligación de facilitar un proyecto de decisión afectaría a los principios de independencia y de colegialidad. A fin de aceptar las disposiciones de la normativa, el Consejo de la Competencia facilita la notificación de los cargos, o el informe que confirma dichos cargos retenidos contra las partes.

### **El derecho de «preferencia» de la Comisión**

Esta obligación de informar a la Comisión tiene como objeto permitirle reaccionar contra la resolución adoptada, utili-

zando eventualmente los poderes que le otorga el artículo 11/6. Según esta disposición, el inicio de un procedimiento por la Comisión desautoriza automáticamente a las autoridades de la competencia en la aplicación de los artículos 81 y 82.

En principio, esta facultad debería de ser utilizada por la Comisión principalmente durante la fase de readjudicación consecutiva a la apertura de un procedimiento por una ANC. Sin embargo, nada impide a la Comisión utilizarla, ya no al inicio del procedimiento sino durante su transcurso e incluso a su conclusión. Resulta evidente que la Comisión no recurrirá a este último extremo más que en ciertos casos de carácter excepcional, especialmente cuando percibe el riesgo de una resolución contraria a la jurisprudencia comunitaria o cuando juzgue necesario adoptar una decisión con objeto de reafirmar la política comunitaria de competencia

### Prevención de conflictos

Al otro extremo del mecanismo a una autoridad nacional incompetente de desposeer un asunto, la normativa prevé otras disposiciones con el fin de prevenir los conflictos de decisión. De hecho, la obligación de informar prevista por el artículo 11.4, fundamentalmente, tendrá como objetivo, no tanto el permitir a la Comisión desautorizar a la ANC que iniciara el procedimiento, sino más bien auxiliar a esta última sobre la práctica de la toma de decisiones y asistirle en su función resolutoria. Por otra parte, el artículo 16.2 especifica que cuando la Comisión ya ha pronunciado una resolución sobre hechos similares que conlleven los mismos derechos legales, la autoridad de la competencia no puede enfrentarse a la decisión de la Comisión.

### 4. El nuevo papel de las jurisdicciones nacionales de derecho común según el Reglamento 1/2003

La reforma introducida por el Reglamento 1/2003 no está basada únicamente en la colaboración entre la Comisión y las ANC. También se fundamenta en la complementariedad de las funciones desempeñadas por la Comisión y las autoridades de la competencia con las jurisdicciones de derecho común, cuando éstas últimas aplican el derecho comunitario de la competencia. Dicha complementariedad puede en un principio sorprender, en la medida que la Comisión es un órgano administrativo que está a cargo de la puesta en práctica de una política comunitaria, mientras que las jurisdicciones de derecho común tienen por misión resolver, con toda independencia, los litigios entre particulares por intereses privados.

Esta complementariedad es, sin embargo, una realidad. Para empezar, está motivada por la necesidad. En efecto, la decisión de pasar de un sistema de autorización a un sistema de excepción legal en la aplicación del artículo 81.3, se explica en parte por el hecho que la Comisión ya no estaba capacitada para tratar todas las peticiones de exención individual que le eran remitidas y necesariamente tenía que definir prioridades en el tratamiento de los asuntos. Desde ese momento, la protección de los derechos subjetivos nacidos de la aplicación de los artículos 81 y 82 debía de ser garantizada por otras instancias, no sólo ya por las ANC, sino también por las jurisdicciones de derecho común.

Visto así, uno de los objetivos de la reforma es el fortalecimiento del papel de las jurisdicciones nacionales en la aplicación de los artículos 81 y 82 y el suscitar el de-

sarrollo del Contencioso antitrust. Para ello, contiene tres notables innovaciones:

- 1) En primer lugar, la supresión de las notificaciones, que debería implicar, en principio, un aumento de los conflictos y litigios relacionados con el desarrollo de los contratos.
- 2) El final del monopolio de la Comisión en cuanto a la aplicación del artículo 81.3, lo cual confiere, no solo a las ANC sino también y sobre todo a las jurisdicciones nacionales, plena competencia para la aplicación del artículo 81 en todas y cada una de sus disposiciones, incluso aquellas relacionadas con las exenciones. Es una de las mayores innovaciones del Reglamento.
- 3) La puesta en marcha de un procedimiento de cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales prevista ya en una Comunicación de 1993, que en su día no había tenido mucho éxito, pero que en adelante debería ser mucho más efectiva. Se ha publicado una nueva Comunicación para desarrollar esta cooperación<sup>26</sup>.

#### 4.1. ***Nuevo papel del juez nacional en la aplicación del derecho comunitario de la competencia***

##### a) ***Ventajas del contencioso ante el juez nacional***

La Comisión considera que las jurisdicciones nacionales pueden contribuir significativamente al mantenimiento de

una competencia efectiva dentro del Mercado Común. En efecto, en su Comunicación sobre el tratamiento de las denuncias<sup>27</sup>, señala que las jurisdicciones de derecho común son las únicas que pueden pronunciarse sobre la validez o la nulidad de los contratos y conceder indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de violación de los artículos 81 y 82 CE. El desarrollo de un contencioso basado en los artículos 81 y 82 y la atribución de daños y perjuicios a las víctimas debería, por tanto, tener un efecto disuasorio en los comportamientos anticompetitivos.

El punto 16 de la Comunicación enumera de hecho todas las ventajas que una víctima de comportamientos anticompetitivos podría obtener al poner el caso en manos del juez de derecho común:

- El juez puede conceder una indemnización por el daño sufrido a causa de las prácticas anticompetitivas;
- El juez puede dictaminar la nulidad de algunos contratos o cláusulas amparándose en el artículo 81.2 y sacar todas las consecuencias posibles en derecho interno;
- El juez está mejor situado que la Comisión para dictar medidas provisionales;
- La Comisión puede introducir un recurso ante el juez, basándose a la vez en el derecho comunitario y en el derecho nacional;
- El juez está facultado para el pago de los gastos a la parte que haya ganado, lo cual nunca sería posible en un procedimiento administrativo ante la Comisión.

---

<sup>26</sup> Comunicación sobre cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, C 101/54 de 27/4/2004, n.º 17 y sig.

---

<sup>27</sup> Comunicación de la Comisión del tratamiento por la Comisión de las denuncias depositadas por cuenta de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, DOCE de 27/4/2004 C101/65.

La Comisión, por tanto, fomenta ampliamente el desarrollo del Contencioso antitrust y su meta es que el juez nacional se reafirme como el juez natural en la aplicación del derecho comunitario de la competencia en los litigios entre particulares.

El Reglamento 1/2003 tiende a reforzar esta línea en cuatro puntos. De hecho, y éste es uno de los elementos más importantes de la reforma, pone el punto final al monopolio de la Comisión en cuanto a la aplicación del artículo 81.3 y hace competentes a las jurisdicciones nacionales en la tarea de eximir acuerdos, decisiones y prácticas concertados que satisfagan al artículo 81/3.

Refuerza asimismo las formas de cooperación entre las jurisdicciones y la Comisión en la lucha contra las prácticas anticompetitivas. Convierte al juez nacional en el ejecutor de las decisiones emitidas por la Comisión y, finalmente, impone al juez nacional la aplicación del derecho comunitario de la competencia respetando la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia de las jurisdicciones comunitarias.

#### b) *Autonomía institucional y procesal*

##### **El nombramiento del juez competente**

El Reglamento 1/2003 mantiene el principio de autonomía institucional en cuanto al nombramiento de las jurisdicciones competentes en la aplicación de los artículos 81 y 82. Los Estados miembros gozan por tanto de total libertad en cuanto a la jurisdicción que quieran elegir. En Francia, y dentro del marco del proyecto de «especialización» anteriormente expuesto, es probable que se nombre a varios grandes

tribunales de comercio y de apelación; por el momento, todos son competentes conforme a las normas de procedimiento del derecho común.

Por su parte, las jurisdicciones penales, a veces tienen que hacer uso del derecho comunitario de la competencia en aplicación del artículo L. 420-6 del Código de comercio, que castiga con 4 años de reclusión y una multa de 75.000 € por la participación en las infracciones referidas en los artículos L.420-1 y L.420-2, muy cercanas a las que apuntan los artículos 81 y 82. Asimismo, las jurisdicciones administrativas, también serán llamadas a su vez a aplicar el derecho de la competencia, cuando estén encausadas autoridades o personas públicas en actos de «dominio público».

##### **Autonomía procesal**

Los Estados miembros son libres de nombrar las jurisdicciones competentes en la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, las cuales deben aplicar sus normas procesales nacionales para tratar prácticas anticompetitivas. Este principio está recogido en el punto 9 de la comunicación sobre cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones.

Se está por tanto aplicando el derecho procesal nacional, respetando ciertos principios procesales esenciales provenientes de la jurisprudencia comunitaria, como por ejemplo, la obligación de aplicar por norma el derecho comunitario<sup>28</sup> y la posibilidad para una de las partes de un acuerdo ilícito de pedir daños y perjuicios siempre y cuando se encuentre en

<sup>28</sup> DOCE, 14 de diciembre de 1995, caso C-430 y 431/90.

una situación de dependencia<sup>29</sup> respecto a la otra.

Además, las jurisdicciones nacionales habrán de respetar, por un lado, las disposiciones procesales integradas en la normativa como, por ejemplo, el régimen de utilización de las piezas comunicadas por la Comisión, o las condiciones de suspensión o de clausura del procedimiento.

#### 4.2. **Cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales**

La cooperación entre el juez y la Comisión desde las primeras pesquisas es indispensable sobre todo en la fase de instrucción y de juicio.

##### a) **Implicación de las jurisdicciones nacionales en los procedimientos de investigación**

En lo que respecta al control jurisdiccional de las investigaciones, el artículo 20.8 del Reglamento se remite a los principios planteados por el Tribunal de Justicia especialmente en los asuntos *Hoescht*<sup>30</sup> y *Roquette*<sup>31</sup>.

Cuando la Comisión presenta una solicitud de autorización para proceder a una inspección, las jurisdicciones nacionales realizan un mero control acerca del carácter proporcionado y no excesivo de las medidas previstas. Durante dicho control de proporcionalidad de las medidas coercitivas, la jurisdicción nacional puede pre-

guntar a la Comisión sobre los motivos que la incitan a sospechar de una violación de los artículos 81 y 82. Sin embargo, este control nunca puede ejercerse sobre la necesidad de la resolución que conlleva a la inspección, porque el control de la legalidad de las resoluciones de la Comisión compete exclusivamente al Tribunal de Justicia. Finalmente, en caso de ausencia de respuesta por parte de la Comisión, la jurisdicción nacional puede rechazar la asistencia solicitada.

##### b) **Instrucción y juicio**

En esta fase es cuando más que nunca ha de producirse la cooperación entre el juez nacional y la Comisión, para así facilitar la aplicación, por el primero, del derecho comunitario de la competencia en los litigios entre particulares que le hayan atribuido.

Para ello, la Comisión se presenta cual *amicus curiae* (amiga del tribunal)<sup>32</sup>, para así secundar a las jurisdicciones nacionales en la aplicación de las normas comunitarias de la competencia y «ayudarlas» cuando lo «consideren necesario».

Es decir que la petición de ayuda de la Comisión siempre es facultativa. Las modalidades de dicha ayuda están previstas en el artículo 15 del Reglamento n.º 1/2003, y especificadas en la Comunicación anteriormente citada.

— En primer lugar, los jueces pueden pedir a la Comisión que esta facilite «documentos que estén en su posesión o bien información acerca del procedimiento...», por ejemplo información sobre un

<sup>29</sup> DOCE, 20 de septiembre de 2001, *Courage*, caso 453/99.

<sup>30</sup> DOCE, *Hoetsch*, 21 de septiembre de 1989, caso 46/87.

<sup>31</sup> DOCE, *Roquette*, 22 de octubre de 2002, caso C-94/00.

<sup>32</sup> Comunicación sobre cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, C 101/54 de 27/4/2004, n.º 17 y sig.

procedimiento abierto, sobre la fecha prevista para la decisión, o sobre el sentido de «la decisión prevista». La Comisión precisa que podría contestar en el plazo de un mes, lo que prueba la voluntad de celeridad en la cooperación. Es preciso subrayar el carácter informal de esta cooperación. La solicitud de la jurisdicción puede tramitarse por correo o incluso por correo electrónico, a una dirección indicada en la Comunicación.

Obviamente, la transmisión de documentos e información está sometida a los límites impuestos por el respeto al secreto profesional y al secreto mercantil.

Así pues, la Comisión se encuentra enfrentada a dos obligaciones antinómicas: por una parte la obligación de cooperar, y por tanto de informar, y por otra parte la de respetar el secreto profesional y el secreto de los negocios (artículo 287 CE). Sabemos que el fallo «Postbank» de 18/09/1996<sup>33</sup> propuso una solución bastante compleja a tal dilema, solución recogida en la Comunicación antes citada (n.º 25): la Comisión, antes de comunicar información que contuviera secretos mercantiles de terceras empresas (o partes), ha de asegurarse de la salvaguarda del secreto y de los intereses legítimos de las empresas a nivel de la jurisdicción nacional, la cual debe ofrecer garantías para tal efecto. En su defecto, se autorizará a la Comisión a rehusar la comunicación de la información.

Por otra parte, siempre dentro del marco de la jurisprudencia «Postbank», la Comisión está autorizada a rehusar la comunicación si los «intereses de la Comunidad» o «el cumplimiento de su misión»

se vieran afectados por la transmisión de documentos o de información.

— Otra forma de asistencia al juez, está en la «solicitud de dictamen» a la Comisión. La obtención de un dictamen hecho por la Comisión puede ser de una gran ayuda para el juez nacional de derecho común. Este dispositivo ya existía en Francia: desde 1977, el juez podía solicitar el dictamen del Consejo de la Competencia. Pero contrariamente al procedimiento francés que prevé un procedimiento contradictorio ante el Consejo de la Competencia, antes de que este emita su dictamen, la Comisión decidió que lo establecería, sin escuchar a las partes, para así mantenerse «neutral» frente a los intereses privados confrontados ante el juez nacional. Puede resultar algo lamentable, ya que es obvio que el «dictamen» de la Comisión tendrá mucho peso para el Juez nacional; e incluso aunque este dictamen pudiera discutirse ante este último, podemos pensar que la discusión será mucho menos efectiva que si hubiese tenido lugar mucho antes, ante la misma Comisión, previamente a la elaboración del dictamen.

Más allá de esta útil «cooperación» con la Comisión, la extensión del poder de los jueces nacionales en la aplicación del derecho comunitario, hizo necesario, sobre todo, definir las soluciones a eventuales conflictos de ley, por un lado, y de decisiones, por otro.

#### 4.3. **Solución a los conflictos de leyes y de resoluciones**

Inicialmente, el Reglamento se preocupó de los posibles conflictos que pudieran suceder entre el derecho comunitario y los derechos nacionales.

<sup>33</sup> T-353/94 (Rec. 1996, II, p. 921).



Como ya hemos visto, el juez nacional es requerido para aplicar el Derecho comunitario de la competencia, aunque sea de oficio. Esta aplicación podría darse de forma paralela a la del derecho interno de la competencia. Por ello, cabe la posibilidad de que las soluciones previstas por uno u otro derecho sean objeto de discrepancia.

Por supuesto, el principio de «primacía» del Derecho comunitario ha de ser la regla en estos conflictos, dado que no hay duda alguna sobre la imposibilidad de declarar lícita, con base en el derecho interno, una práctica que fuera ilícita según los artículos 81 y 82 CE.

El debate era más delicado a la inversa, en cuanto a prácticas que fueran lícitas a nivel comunitario: los derechos internos podían ser más severos en la protección de la competencia y prohibir, por ejemplo, un acuerdo exento en virtud de artículo 81.3 o que se beneficiara de una «declaración negativa».

Los respectivos partidarios de las tesis de la «simple» o de la «doble barrera» se enfrentaban. Desde 1969, en la sentencia «Walt Willem»<sup>34</sup>, el TJCE adoptó la teoría de la «barrera simple», al menos en cuanto a acuerdos beneficiarios de una exención individual o más aún, de un Reglamento de exención. Se discutía la cuestión en cuanto a las prácticas para las cuales el artículo 81.1 o incluso el artículo 82 eran inaplicables, a falta de cumplir las condiciones de dichas disposiciones (ausencia de perjuicio a la competencia, de efectos en el comercio entre Estados miembros...).

El Reglamento n.º 1/2003 ha zanjado el problema: triunfa la tesis de la «barrera

simple»; si en la práctica el acuerdo afecta al comercio entre Estados miembros, se impone la solución del derecho comunitario, sea cual sea; si la práctica es lícita según el artículo 81.1, no podrá ser prohibida basándose en el derecho nacional<sup>35</sup>. En cambio, y en relación a los abusos de posición dominante, los Estados pueden «adoptar y aplicar en su territorio las leyes nacionales más estrictas que prohiban o sancionen el comportamiento unilateral de una empresa».

Pero no bastaba con zanjar los conflictos entre los derechos internos y el comunitario para conseguir una aplicación coherente del derecho comunitario dentro de la Unión. También era preciso no permitir el desarrollo de jurisprudencias nacionales divergentes en la interpretación y en la aplicación del mismo derecho comunitario, aun considerando que es esencial el papel del TJCE en el marco de las cuestiones prejudiciales (artículo 234 CE). El artículo 16 de la Normativa n.º 1/2003, desarrollado en la Comunicación sobre cooperación con las jurisdicciones, fija las normas relacionadas con dicha «aplicación uniforme».

#### **4.4. Aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia por el juez nacional**

Los principios establecidos en el artículo 16 del Reglamento están clara y explícitamente indicados en la Comunicación sobre cooperación con las jurisdicciones.

Es preciso entrever dos situaciones dentro del mismo caso, en función de si la Co-

<sup>34</sup> C-14/68 de 13/2/1969 (Rec. 1969, p. 1).

<sup>35</sup> Reglamento, artículo 3 § 2.



misión se ha pronunciado o no, mediante decisión.

a) *Si el juez resuelve después de la Comisión*

Ha de respetar la susodicha decisión de la Comisión que se impone a la suya. Si, por el contrario, decidiera adoptar un juicio diferente, al no estar de acuerdo con la decisión de la Comisión, solamente podría enviar una cuestión prejudicial al TJCE y, en la espera, aplazar su propia decisión.

b) *Si el juez resuelve antes que la Comisión*

Tiene que procurar evitar una decisión que fuera contra la decisión «prevista» por la Comisión, lo cual, obviamente supone que el juez haya sido informado de la existencia de un procedimiento abierto en la Comisión, del estado de este procedimiento y de la «resolución prevista». El juez, aunque en principio es libre de decidir, puede por precaución, posponer su decisión, ya que, tal y como especifica la Comisión en la citada Comunicación, «por su parte se esforzaría en dar prioridad a los casos en los que haya decidido iniciar un procedimiento y que sean objeto de un procedimiento nacional pendiente de resolver por tal motivo...»<sup>36</sup>.

Por otra parte, si la Comisión ya hubiere adoptado una resolución en otro asunto si-

milar, el juez podría resolver sin esperar, aunque, se da por hecho, que siempre resolverá conforme a aquella.

## CONCLUSIÓN

Se puede decir que, en adelante, las autoridades y jurisdicciones nacionales se van a parecer a soldados de infantería en primera línea del combate, luchando contra las prácticas anticompetitivas con todos los medios ofrecidos tanto por el derecho interno como por el comunitario.

Pero no basta con abastecer de armas a los combatientes, también es preciso organizarlos de manera que sus armas no se encasquillen y sean eficientes, y sobre todo... que por exceso de celo, torpeza o mala organización, no empiecen a disparar a diestro y siniestro... aún con el riesgo de herirse entre ellos.

Esta parábola guerrera es sin lugar a dudas impropia cuando se trata de la función de un juez, independiente por principio. Pero ilustra en su totalidad la gran complejidad de la labor de las ANC y de las jurisdicciones nacionales, que han de trabajar para una interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario, dentro de una Unión formada por 25 países, algunos de los cuales descubren a la vez la Unión y el Derecho de la competencia.

<sup>36</sup> Comunicación sobre cooperación con las jurisdicciones nacionales, n.º 12.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARHEL, P. (2004): «Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence», *JCP E Semaine juridique*, n.º 51 du 16 décembre 2004, p. 2010.
- BELLAMY & CHILD (2002): *European Community Law of Competition*, Fifth Edition, Sweet Maxwell, Thomson.
- BOUT, R.; BRUSCHI, M.; LUBY, M.; POILLOT-PERRUZZETTO, S., CAS, G. (2005): *Droit économique*, édition Lamy.
- BRAULT, D. (2004): *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, L.G.D.J.
- BRUNET, F. (2005): «Contrôle français des concentrations: la consultation du Conseil de la concurrence a-t-elle encore une utilité?», *Revue Lamy de la concurrence*, mai-juillet 2005, n.º 3.
- CANIVET, G. (2004): «L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence», *Concurrences-RDLC*, décembre 2004- n.º1, p. 21.
- CHEYNEL, B.; NOURISSAT, C. (2005): «Adaptation du droit français au droit communautaire» commentaire de l'ordonnance n.º 2004-237 du 4 novembre 2004, *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 2, février / avril 2005, p. 63.
- ETUDE ASHURST (2004): *Study on the conditions of claims on damages in case of infringement of EC competition rules* disponible en la página web: [ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/economic\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/economic_clean_en.pdf)
- FASQUELLE, D. (1998): «La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles», *RTD com*, 51 (4), oct-déc 1998, p. 763.
- GAVALDA C.; PARLÉANI G. (2002): «Note sous arrêt: Courage Ltd c. Crehan», *JCP E Semaine Juridique* (édition entreprise), du 12 septembre 2002, n.º 37, p. 1427.
- GALVADA, C., PARLEANI, G. (2002): *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 4<sup>e</sup> édition.
- GLAIS M. (2000): «L'évaluation des sanctions par le juge», *Revue de la concurrence et de la consommation*, mai-juin 2000, n.º 115, p. 31.
- IDOT, L. (2004): *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Série Concurrence, Bruylant.
- IDOT, L. (2005): «La réforme du droit antitrust en Europe: un an de pratique (A propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005)», *Europe* n.º 4, du 1<sup>er</sup> avril 2005, p. 6.
- JONES, C. A. (2004): «Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», *World Competition* 27(1): 13-24, 2004, Kluwer Law International.
- KOMNINOS, A. P. (2002): «New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage V. Crehan and the Community Right to Damages», *Common Market Law Review* 39: 447-487, 2002, Kluwer Law International, p. 447.
- KOVAR, R. (2004): *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE*, D. 2003, n.º 7, p. 478.
- LASSERRE, B. (2004): «"Modernisation": les adaptations nécessaires du Conseil de la concurrence», *Concurrences-RDLC*, décembre 2004-n.º 1, p. 29.
- MEFFRE, J. (2005): *Modernisation du droit communautaire de la concurrence. Le contrôle a posteriori de la licéité des accords par le juge national: questions de procédure*, D. n.º 5 du 3 février 2005, p. 361.
- MOMÈGE, C., IDOT, L. (2001): *Application of articles 81 & 82 EC by the french ordinary courts: A procedural perspective*, European Competition Law Annual 2001 - Effective Enforcement of EC Antitrust Law, (C.D. Ehlermann, I. Atanasiu ed.), Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 232.
- NUSSENBAUM, M. (2005): «Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles», *Petite affiches*, 20 janvier 2005, p. 37.
- PAULIS, E., GAUER, C. (2005): «Le règlement 1/2003 et le principe du ne bis in idem», *Concurrences-RDLC*, n.º 1-2005, p. 32.
- PICOT, T. (2005): «La nouvelle procédure d'engagements prévue à l'article L. 464-2, I, du Code de commerce: un "settlement" à la française en matière de concurrence», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 2, février/ avril 2005, p. 142.
- RIFFAULT-SILK, J. (2004): «La réforme du règlement n.º 17: vers une nouvelle mise en œuvre des articles 81 et 82 CE. La jurisprudence de l'exception légale française: quel modèle pour l'application des nouvelles règles de droit communautaire?», *Cahiers de droit de l'entreprise* n.º 3 du 1<sup>er</sup> juillet 2004, p. 1.
- RIOU, P. (2004): «La mise en œuvre du règlement n.º 1/2003 par les autorités nationales de concurrence, révolution ou évolution?», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n.º 2 du 6 mai 2004, p. 28.
- SAINT-ESTEBEN, R. (2005): «Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs», *Petite affiches*, 20 janvier 2005, p. 53.
- SÉLINSKY, V. (2005): «Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence»,

*Revue Lamy de la concurrence*, n.º 3, mai/ juillet 2005, p. 17.

VOGEL, J.; VOGEL, L. (2005): «Du droit à la régulation de la concurrence: les programmes de clémence», *La semaine juridique, édition entreprise*, n.º 23 du 9 juin 2005.

VOGEL, J.; VOGEL, L. (2004): «Concurrence, réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE: les conséquences pratiques du "paquet modernisation"», *JCP E Semaine juridique*, n.º 39 du 23 septembre 2004, p. 1474.

WILS W.P.J.: «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe», *World Competition* 26(3): 473-488, 2003, Kluwer Law International.

WISH, R.: *Competition law*, LexisNexis Butterworths, Fifth Edition.

## Disposiciones comunitarias y nacionales

### Disposiciones comunitarias

Règlement (CE) n.º 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O.C.E. L. 1* du 4 janvier 2003.

Règlement (CE) n.º 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *J.O.C.E. L. 123* du 27 avril 2004.

Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de Concurrence *J.O. C 101* du 27 avril 2004.

Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *J.O. C 101* du 27 avril 2004.

Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, *J.O. C101/65* du 27 avril 2004.

### Disposiciones francesas

Loi n.º 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *J.O. 113* du 16 mai 2001.

Décret n.º2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, *J.O. 103* du 3 mai 2002.

Ordonnance n.º 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *J.O. n.º 258* du 5 novembre 2004.

### Jurisprudencia comunitaria

CJCE, *BRT* et *SABAM*, 30 janvier 1974, aff. C-127/73.

CJCE, *Hoechst*, 21 septembre 1989, aff. 46/87.

CJCE, *Courage LTD c. Crehan*, 20 septembre 2001, aff. C-453/99.

CJCE, *Roquette*, 22 octobre 2002, aff. C-94/00.