

# Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Bajo la coordinación de

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid

y

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Deusto

Recibido: 01.12.06

Aceptado: 11.12.06

## I. Introducción

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

Todos los casos comentados en este número –salvo uno– se han resuelto o han sido publicados en el año 2006 y los temas que se abordan son los siguientes: ententes, abuso de posición dominante, concentraciones y libre acceso al mercado. En cada epígrafe se ha seguido un orden cronológico en la presentación de los casos.

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

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

## II. Ententes

*Caso N.º 21. Ententes: STJCE 16 febrero 2006, As. C-111/04, Adriatica di Navigazione/Comisión*

### NOTA

Adriatica di Navigazione (en lo sucesivo «Adriatica») es una compañía marítima con participación pública que ejerce su actividad de transporte de pasajeros y de vehículos particulares e industriales entre Grecia e Italia. Como consecuencia de la denuncia presentada por un usuario, motivada por el hecho de que las tarifas de los transbordadores eran sospechosamente similares en la línea que comunicaba estos dos países, la Comisión inició un procedimiento de investigación que, el 9 de diciembre de 1998, culminaba con la adopción de la Decisión 1999/271/CE (IV/34.466). En esta resolución, entre otros aspectos, se imponía a Adriatica una multa de 0,98 millones de los entonces ecus por haber participado en las reuniones entre las seis compañías de transbordadores que explotaban esa ruta con el objeto de concertar los niveles de las tarifas para camiones aplicables en las rutas que unen Patras con Bari y Brindisi.

No conforme con el fallo, Adriatica interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia con el propósito de que anulara, total o parcialmente, la Decisión y, subsidiariamente, que anulara o redujera la multa que se le había impuesto. Básicamente, los motivos de anulación que aducía y que serán objeto de un análisis posterior eran los siguientes: falta de motivación respecto a la definición del mercado de referencia y contradicción entre la exposición de motivos y la parte dispositiva (I); falta de acreditación de su participación en las prácticas colusorias que se le imputaban (II).

En relación con la *falta de una definición suficiente del mercado de referencia*, Adriatica entendía que la Comisión había adoptado la Decisión sin examinar previamente el mercado de referencia y, por lo tanto, sin apreciar las diferencias que existían entre los distintos tipos de servicios ofrecidos por las empresas que operaban en la ruta marítima que comunicaba Grecia con Italia.

Este motivo de anulación fue desestimado por el TPI y, posteriormente, confirmado en la sentencia objeto de estudio. Es cierto que es preciso distinguir entre la diferente función que la definición del mercado de referencia desempeña en el Derecho de la competencia. Así, mientras en el ámbito de aplicación del artículo 82 TCE tiene la condición de presupuesto necesario y previo a la calificación de un determinado comportamiento como contrario al Derecho de la competencia, en el marco del artículo 81 TCE su definición no tiene un carácter autónomo. En otros términos, la prueba de la existencia de un abuso de posición dominante exige acreditar la existencia de una posición de dominio en un determinado mercado, lo que obliga a delimitar pre-

viamente el mercado de referencia de que se trate (artículo 82 TCE). Por el contrario, a efectos del artículo 81 TCE, los presupuestos de aplicación son la existencia de un acuerdo, la afectación del comercio entre Estados miembros y el perjuicio de la competencia. Ello significa que la definición del mercado de referencia tiene un carácter meramente instrumental en la medida en que sirve para acreditar la distorsión de la competencia y el daño al comercio entre Estados.

No obstante, esta distinta condición del mercado de referencia no significa que su delimitación sea inoperante y que se exima a la Comisión de esta obligación, máxime imputándose la comisión de una infracción colectiva como en el caso que nos ocupa. Una errónea configuración del mercado de referencia incidiría sobre el régimen de responsabilidad de la empresa sancionada. Piénsese que si acredita la participación de la empresa en un acuerdo general y colectivo sobre los precios sin delimitar correctamente el mercado de referencia y, por lo tanto, sin delimitar correctamente su intervención en él se estarían generando consecuencias negativas en las relaciones entre la empresa y los terceros afectados. De hecho, éstos podrían dirigirse contra la empresa que ha participado en la infracción colectiva para obtener el resarcimiento de los daños que se le hayan causado por hechos que, quizá, no sean imputables a esta última.

En definitiva, la adecuada definición del mercado de referencia es un requisito necesario para la valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia, habiéndose puesto de relieve la importancia de este examen por la propia Comisión en la Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Según ella, *«la definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante o para la aplicación del artículo 85»* (DO 1997, C 372, pp. 5-13).

No obstante lo anterior, el TJCE desestimó el motivo de apelación alegado por la demandante por entender que la delimitación del mercado de referencia estaba correctamente efectuada ya que, si bien la exposición de motivos puede resultar ambigua y poco rigurosa, la parte dispositiva de la Decisión estaba correctamente formulada y únicamente se imputaba a Adria-

tica una infracción por su participación en un acuerdo de fijación de precios en la ruta Patras-Brindisi.

En relación con la *falta de acreditación de su participación en las prácticas colusorias que se le imputaban*, Adriatica admitía la asistencia y participación de uno de sus representantes a las reuniones que tuvieron lugar el 25 de octubre de 1990 y el 24 de noviembre de 1993 entre las seis compañías transbordadoras que operaban en la línea Grecia-Italia (cinco griegas y una italiana) con el objeto de adoptar un acuerdo de fijación de precios. No obstante, Adriatica afirmaba que su decisión de aumentar las tarifas había sido tomada antes del 25 de octubre de 1990 y que en ningún momento se adhirió al acuerdo sobre coordinación de precios adoptados por las otras cinco empresas competidoras. En este sentido, sostenía que la Comisión no había probado su consentimiento al acuerdo anticompetitivo y, por lo tanto, la multa debía ser anulada.

Frente a esta argumentación, el TPI y más tarde el TJCE recurrieron a una jurisprudencia ya consolidada según la cual, cuando se ha demostrado que una empresa ha participado en reuniones entre mercantiles con un propósito claramente anticompetitivo, corresponde a dicha empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación no estaba en modo alguno inspirada por un espíritu contrario a la competencia y que informó a sus competidores de que participaba con unas intenciones diferentes a las suyas (en este sentido, sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*, asuntos acumulados 40/73 a 38/73, 50/73, 54/7 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. 1663, ap. 315 y, más recientemente, sentencia de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, C-235/92, Rec. I-4539, ap. 181).

Pues bien, debe resaltarse que la infracción que se le imputa a la recurrente no se centra en la aplicación de las tarifas acordadas con sus competidores, sino simplemente en haber participado en un acuerdo que tenía por objeto la fijación de los precios de venta, conducta considerada anticompetitiva por sí misma y de la que únicamente puede ser exonerada si prueba su distanciamiento público (STPI de 17 de diciembre de 1991, *Hercules Chemicals/Comisión*, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 232; de 10 de marzo de 1992, *Solvay/Comisión*, T-12/89, Rec. p. II-907, apartados 98 a 100; y de 6 de abril de 1995, *Tréfileurope/Comisión*, T-141/89, Rec. II-791, ap. 85). La razón de ser de esta exigencia radica en que al participar en tales sesiones sin distanciarse públicamente de su contenido, se induce a las competidoras a pensar que los demás participantes suscriben el resultado de las reuniones y que se adaptan a él. Por lo tanto, el hecho de que Adriatica adoptara instrucciones internas que manifestaban su intención de no alinearse con las demás participantes sin que se les dotara de la preceptiva publicidad a efectos de las restantes empresas intervinientes en la práctica colusoria, es una simple medida de organización interna que resulta insuficiente para desvirtuar el carácter infractor de su conducta.

Marta Casado Abarquero

*Caso N.º 22. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-26/02, Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd./Comisión & Caso N.º 23. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-15/02, BASF AG/Comisión*

En ambos casos, la demanda de la empresa tiene por objeto la anulación o reducción de la multa impuesta por la Comisión en la Decisión 2003/2/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo a los arts. 81 TCE y 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/37.512 – Vitaminas) (DO 2003, L 6, p. 1).

Mediante esta Decisión, la Comisión declaró que varias empresas habían infringido los arts. 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo sobre el EEE al participar en prácticas colusorias que afectaron a los mercados de las vitaminas A, E, B<sub>1</sub>, B<sub>2</sub>, B<sub>5</sub>, B<sub>6</sub>, el ácido fólico, las vitaminas C, D<sub>3</sub>, H, el betacaroteno y los carotínidos. Las empresas afectadas habían fijado los precios de diversos productos, se habían asignado cuotas de ventas, habían acordado y aplicado aumentos de precios, habían publicado anuncios de precios de conformidad con sus acuerdos, habían vendido los productos a los precios convenidos, habían creado un dispositivo de supervisión y control del cumplimiento de sus acuerdos y habían participado en una estructura de reuniones regulares para aplicar sus planes.

La Comisión impuso multas por las infracciones en los mercados de las vitaminas A, E, B<sub>2</sub>, B<sub>5</sub>, C, D<sub>3</sub>, del betacaroteno y de los carotínidos, pero no impuso ninguna por las infracciones en los mercados de las vitaminas B<sub>1</sub>, B<sub>6</sub>, H y del ácido fólico al haber cesado más de cinco años antes del inicio de la investigación por la Comisión (art. 1 del R. n.º 2988/74). Daiichi, F. Hoffmann-La Roche AG y BASF AG fueron sancionadas por la infracción relativa a la vitamina B<sub>5</sub>.

La Comisión fijó el importe de las multas con arreglo a sus Directrices para el cálculo de las multas impuestas y a su Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas.

Tomó en consideración la gravedad y la duración de la infracción, evaluó de forma individual el papel desempeñado por cada empresa en las infracciones, reflejó en la multa impuesta toda circunstancia agravante o atenuante y aplicó, en su caso, la Comunicación sobre la cooperación.

Atendiendo a la naturaleza de las infracciones, su impacto en los mercados individuales de productos vitamínicos afectados y a que todas ellas se extendían al conjunto del mercado común y del EEE, calificó las infracciones de los arts. 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo EEE como muy graves, siendo sancionables cada una de ellas con multa de al menos 20 millones de euros.

Para determinar el importe de partida de las multas, la Comisión tomó en consideración el tamaño de cada uno de los mercados afectados, recordando que en la categoría de infracciones muy graves, la escala propuesta de multas probables permite aplicar el tratamiento diferenciado a las empresas

para tener en cuenta la capacidad económica efectiva de los infractores de causar un perjuicio significativo a la competencia, así como para poner la multa que asegure un suficiente efecto disuasorio. A tal efecto, agrupó a las empresas en función de su importancia relativa en cada uno de los mercados de productos vitamínicos afectados, añadiendo que la clasificación de una empresa en una agrupación particular puede ajustarse, en su caso, para tener en cuenta en particular la necesidad de asegurar la disuasión efectiva. Para ello, se basó en su respectivo volumen de negocios mundial del producto correspondiente, ya que cada cártel era de naturaleza global, y el volumen de negocios mundial indica la contribución de cada empresa a la eficacia del cártel en su conjunto o la inestabilidad de éste de no haber participado. Para determinar los volúmenes de negocio, tomó como referencia el último año civil completo de la infracción. Concluyó que Roche y Daiichi eran los dos principales productores de vitamina B<sub>5</sub> en el mercado mundial y los incluyó en una primera categoría, mientras que BASF, que tenía cuotas de mercado considerablemente inferiores en el mercado mundial, fue clasificada en una segunda categoría. El importe de partida de la multa correspondiente a esta infracción fue fijado en 20 millones de euros para Roche y Daiichi y en 14 millones de euros para BASF.

Con el fin de garantizar que la multa fuese suficientemente disuasoria, la Comisión incrementó en un 100% el importe de partida calculado para Roche y para BASF, de forma que se tuviesen en cuenta su tamaño y sus recursos globales. Como Roche, Daiichi y BASF habían cometido una infracción de larga duración, incrementó en un 80% la cantidad resultante de las operaciones anteriores.

Aplicó a Roche y a BASF una circunstancia agravante en tanto que líderes e instigadores, en particular en el marco de la infracción relativa a la vitamina B<sub>5</sub>, incrementándoles el importe de base de la multa, respectivamente, en un 50% y en un 35%. La Comisión no apreció ninguna circunstancia agravante ni atenuante en el caso de Daiichi.

Por último, la Comisión consideró que Roche y BASF habían sido las primeras en aportar pruebas decisivas sobre la existencia de los acuerdos ilícitos relativos a la vitamina B<sub>5</sub>. No obstante, al haber actuado como instigadoras o haber jugado un papel determinante en las actividades ilegales relativas a la vitamina B<sub>5</sub>, estimó que Roche y BASF no cumplían el requisito establecido en la sección B, letra e, de la Comunicación sobre la cooperación. En consecuencia, ninguna de las tres empresas implicadas en los acuerdos relativos a la vitamina B<sub>5</sub> pudo beneficiarse de una reducción de la multa basada en las secciones B o C de dicha Comunicación.

Todas ellas se beneficiaron sin embargo de una reducción de la multa con arreglo a la sección D de la Comunicación sobre la cooperación ya que ocho empresas destinatarias de la Decisión –entre ellas, Roche, BASF y Daiichi– habían cooperado con la Comisión antes de que se adoptara el pliego de cargos, habían contribuido materialmente a demostrar la existencia de

las infracciones en que habían sido parte y/o no habían impugnado sustancialmente los hechos en que la Comisión basó sus alegaciones. En particular, Roche y BASF, que habían aportado pruebas detalladas sobre la estructura organizativa del cártel relativo al mercado de la vitamina B<sub>5</sub>, contribuyeron decisivamente a demostrar o a confirmar algunos aspectos esenciales de esta infracción, por lo que, conforme a la sección D, apartado 2, primer guión, de la Comunicación sobre la cooperación, les concedió una reducción del 50% de la multa que se les habría impuesto si no hubiesen cooperado. A Daiichi, por haber facilitado datos sobre la organización y estructura del cártel de la vitamina B<sub>5</sub> que contribuyeron sustancialmente a demostrar o confirmar importantes aspectos de la infracción, le concedió una reducción del 35% de la multa que se le habría impuesto si no hubiese cooperado con la Comisión.

*Caso N.º 22. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-26/02, Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd./Comisión*

#### NOTA

Daiichi no negó los hechos imputados ni que éstos constituyesen infracciones de los arts. 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo EEE. Su demanda pretendía la anulación total del art. 3, letra f, de la Decisión, al considerar que la Comisión debería haberle concedido una inmunidad total con arreglo a la sección B de la Comunicación sobre la cooperación o al menos una reducción del importe de la multa.

#### *1. Sobre la vulneración de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad*

Daiichi impugna el distinto trato que se dispensó, a efectos de la determinación de los importes iniciales individuales, a los miembros del cártel relativo a la vitamina B<sub>5</sub>, con arreglo al punto 1 A, párrafos cuarto y sexto, de las Directrices. Considera que debería haber sido clasificada en una tercera categoría detrás de Roche y BASF, o subsidiariamente, en la segunda categoría junto con BASF o, en último extremo, en una categoría intermedia entre Roche y BASF. Alega, por un lado, que la Comisión no tomó en consideración que Roche y BASF, integradas verticalmente, podían comprimir los márgenes de sus competidores en el mercado posterior de las premezclas, y que esas mismas empresas, que producían una amplia gama de vitaminas, podían aplicar precios depredadores en el mercado de la vitamina B<sub>5</sub> subvencionando las pérdidas correspondientes mediante subidas del precio de las demás vitaminas. Y por otro, que se vulneró el principio de igualdad de trato, respecto a la infracción relativa a la vitamina B<sub>5</sub>, al ser clasificada en la primera categoría junto a Roche, cuando su situación no era comparable a

la de dicha empresa, y fue tratada de distinta forma que BASF, pese a que la situación de ésta era comparable a la suya. Se vulneró también aquel principio al clasificar a BASF en la segunda categoría de la infracción relativa a la vitamina B<sub>2</sub>, cuando su posición con respecto a dicha infracción era comparable a la suya en el marco de la infracción relativa a la vitamina B<sub>5</sub>.

El TPI reconoce que la integración vertical y la amplitud de la gama de productos pueden, en su caso, ser elementos pertinentes para apreciar la influencia que una empresa puede ejercer en el mercado y constituir indicios de dicha influencia complementarios de las cuotas de mercado (respecto a la integración vertical, STJ 14.2.1978, *United Brands/Comisión*; en relación con la amplitud de la gama de productos, STJ 9.11.1983, *Michelin/Comisión*), pero las alegaciones de la demandante no evidenciaron que Roche y BASF dispusiesen de ventajas competitivas particulares y significativas en el mercado de que se trata. Por lo que se refiere a la integración vertical, Daiichi se limita a alegar que Roche y BASF podían, subiendo el precio de la vitamina B<sub>5</sub>, comprimir los márgenes de los fabricantes de premezclas, compradores de dicha vitamina y competidores de Roche y de BASF en el mercado posterior de las premezclas. Observa que Daiichi, como proveedor de vitamina B<sub>5</sub>, también podía hacerlo, con la única diferencia de que, al no operar a su vez en el mercado de las premezclas, no podía aprovecharse de ello para reforzar su posición en ese mercado posterior. No obstante, esta diferencia pertenecería más al ámbito de las motivaciones de los tres productores para subir el precio de la vitamina B<sub>5</sub> que al de la influencia que podían ejercer en el mercado de dicho producto.

Daiichi se refirió asimismo a la amplitud de la gama de vitaminas ofrecida para afirmar que Roche y BASF estaban en condiciones de aplicar precios depredadores a la vitamina B<sub>5</sub> gracias a los ingresos que podían obtener de los mercados de las demás vitaminas, que constituían mercados distintos, pero estrechamente vinculados. El TPI entiende que no puede presumirse la capacidad para aplicar precios depredadores por el solo hecho de que la empresa de que se trate produzca una gama más amplia de productos similares que sus competidores.

A la alegación de vulneración del principio de igualdad de trato que habría implicado la clasificación de Daiichi, el Tribunal contesta que, aunque la agrupación de los miembros de un cártel en categorías para dispensarles un trato diferenciado al fijar los importes iniciales de las multas está admitida por la jurisprudencia pese a que equivale a ignorar las diferencias de tamaño entre empresas de una misma categoría (SSTPI 19.3.2003, *CMA CGM y otros/Comisión* y *Tokai Carbon y otros/Comisión*), debe respetar el principio de igualdad de trato: está prohibido tratar situaciones comparables de manera diferente y situaciones diferentes de manera idéntica, a menos que tal trato esté justificado objetivamente. Ahora bien, el control de legalidad sobre el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone la Comisión en la materia está limitado a que dicho reparto sea coherente y esté justifica-



do objetivamente sin sustituir de entrada la apreciación de la Comisión por la suya. En ejercicio de ese control, el TPI concluyó que la agrupación de los productores en dos categorías, los principales y los demás, no es una forma irrazonable de valorar su importancia relativa en el mercado a efectos de modular el importe de partida, siempre y cuando no dé como resultado una imagen burdamente deformada de los mercados de que se trate.

## 2. *Sobre la reducción de la multa por aplicación parcial de los acuerdos sobre precios y cantidades*

En la Decisión, la Comisión aludía a la STPI 14.5.1998, *Cascades/Comisión*, en la que se estimó que, una vez acreditada la participación de una empresa en una concertación con sus competidores en materia de precios, el hecho de que la empresa no haya ajustado su conducta en el mercado a la convenida con sus competidores no constituye necesariamente un elemento que deba tenerse en cuenta, como circunstancia atenuante, al determinar la cuantía de la multa que deba imponerse. El TPI pone de relieve, sin embargo, que en dicha sentencia se analizó una Decisión anterior a la adopción de las Directrices, que consideran expresamente circunstancia atenuante la no aplicación efectiva de acuerdos ilícitos. En consecuencia, la puesta en práctica más o menos completa, por un miembro del cártel, de las medidas acordadas con los demás miembros debe tener consecuencias sobre el alcance de la responsabilidad y sobre el nivel de la sanción (SSTJ 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, y 28.6.2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*).

Habiendo estimado el incumpliendo de las Directrices alegado, el TPI ejerce su competencia jurisdiccional plena (arts. 229 CE y 17 del R. n.º 17), para determinar si Daiichi debía beneficiarse de una reducción de la multa en atención a la no aplicación efectiva de los acuerdos ilícitos. El TPI, sin embargo, no pudo deducir de los elementos obrantes en autos que, durante el período en que la demandante tomó parte en los acuerdos ilícitos, se abstuviera efectivamente de aplicarlos, adoptando un comportamiento competitivo en el mercado o, cuando menos, que incumpliera clara y sustancialmente las obligaciones encaminadas a poner en práctica dicha concertación.

## 3. *Sobre la reducción de la multa por no haber negado los hechos*

Daiichi alega, en un tercer motivo de su demanda, que la Comisión debería haberle concedido la inmunidad total o una reducción de la multa no inferior al 75%, en virtud de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación o, subsidiariamente, una reducción de la multa de entre el 50% y el 75% en virtud de la sección C de dicha Comunicación. El TPI pone de relieve que, aunque la citada Comunicación crea expectativas legítimas en las empresas que desean informar a la Comisión de la existencia de un acuerdo ilícito, teniendo ésta la obligación de atenerse a ella (SSTPI 20.3.2002, *HFB*

y otros/Comisión y 8.7.2004, *Corus UK/Comisión*), en el caso, la Comisión aplicó fundadamente la Sección B, b, a Roche y a BASF, porque habían sido las primeras en suministrar elementos determinantes en relación con la infracción de la Vitamina B<sub>5</sub> (STPI 15.6.2005, *Tokai Carbón y otros/ Comisión*).

La demandante sostenía asimismo, para el caso de que no prosperara la alegación principal, que la Comisión debería haberle concedido al menos una reducción de la multa del 50%, ya que su cooperación fue tan amplia y voluntaria como la de Roche y BASF y se prestó en la misma fase del procedimiento administrativo o, en cualquier caso, superior al 35% por haberse atendido a lo dispuesto en los guiones primero y segundo de la sección D, apartado 2, de la Comunicación.

El TPI examina si la reducción del 35% del importe de la multa concedido por la Comisión con arreglo a la sección D lo fue únicamente en virtud de la cooperación contemplada en el apartado 2, primer guión, de dicha sección, o si, como afirma la Comisión, pretendía también recompensar a la demandante por no haber negado los hechos, teniendo en cuenta que la Comisión no niega que Daiichi cumplía el requisito contemplado en el apartado 2, segundo guión, de la referida sección.

La Comisión había concedido a Merck KgaA y a Aventis SA una reducción de la multa del 15 y el 10%, respectivamente, en aplicación de la Sec. D, apartado 2, segundo guión, por no haber negado los hechos, relativos a la infracción en los mercados de las vitaminas C y D<sub>3</sub>, respectivamente, pero no la aplicó a Daiichi, reduciendo únicamente la multa de ésta en virtud de la sección D, apartado 2, primer guión. La Comisión explicó esa omisión en el procedimiento, pero el TPI estimó que dicha explicación hubiera debido figurar en la Decisión como se mencionaba expresamente con respecto a Merck y Aventis (SSTPI 20.3.2002, *ABB Asea Brown Boveri/Comisión*, y 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*), por lo que concede a la demandante una reducción adicional del 15% del importe de su multa, calculado antes de la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación, que se añade al 35% ya concedido por la Comisión.

Manuela Eslava Rodríguez

*Caso N.º 23. Ententes: STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-15/02, BASF AG/Comisión*

NOTA

BASF admite igualmente su participación en las infracciones relativas a las vitaminas A, E, B<sub>1</sub>, B<sub>2</sub>, B<sub>5</sub>, C y D<sub>3</sub>, al betacaroteno y a los carotínidos, cuya gravedad reconoció. Su demanda pretende la anulación o la reducción de las multas. Reprocha a la Comisión que la severidad de las multas no tiene pre-

cedentes y ha supuesto una modificación radical en la política sancionadora de la Comisión.

### 1. *Sobre el derecho de defensa en los procedimientos de imposición de multas. El pliego de cargos*

Mediante los motivos primero y segundo de su demanda, pretende obtener la anulación integral del art. 3, b, de la Decisión por haberse vulnerado su derecho de defensa. En su razonamiento, el TPI pone de relieve que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (SSTJ 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, y 2.10.2003, *ARBED/Comisión*). Así los arts. 19. 1 del R. n.º 17 y 2 y 3 del R. n.º 2842/98 relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE –aplicables en este asunto *ratione temporis*–, imponen a la Comisión la obligación de comunicar las objeciones que se planteen contra las empresas y asociaciones interesadas y de ocuparse, en sus decisiones, únicamente de aquellas objeciones en relación con las cuales se haya ofrecido a dichas partes la oportunidad de expresar sus puntos de vista.

El pliego de cargos debe contener una exposición de las objeciones redactada en términos suficientemente claros, aunque sean resumidos, para que los interesados puedan conocer efectivamente los comportamientos que les imputa la Comisión. Sólo si cumple este objetivo, puede el pliego de cargos desempeñar la función que le atribuyen los diferentes Reglamentos comunitarios y que consiste en facilitar a las empresas todos los elementos necesarios para que puedan defenderse de forma eficaz antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva (STJ 31.3.1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, y STPI 14.5.1998, *Mo och Domsjö/Comisión*, confirmada en casación por STJ 16.11.2000, *Mo och Domsjö/Comisión*). Esta exigencia se respeta toda vez que la Decisión no imputa a los interesados infracciones distintas de las previstas en el pliego de cargos y sólo se ocupa de hechos sobre los cuales los interesados han tenido ocasión de formular observaciones (STJ 15.7.1970, *ACF Chemiefarma/Comisión*, y STPI 30.9.2003, *Atlantic Container Line y otros/Comisión*).

Desde el momento en que la Comisión indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido deliberadamente o por negligencia, dicha institución cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas. Al actuar así, la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como

infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa (STJ 7.6.1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión* y STPI 20.3.2002, *Lögstör Rör/Comisión*, confirmada en casación por STJ 28.6.2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*). Se entiende, por tanto, garantizado el derecho de defensa de las empresas afectadas ante la Comisión a través de la posibilidad de formular objeciones sobre la duración, la gravedad y el carácter anticompetitivo de los hechos reprochados.

Ahora bien, la función del pliego de cargos no varía porque una empresa haya cooperado. Por ello, el hecho de que BASF cooperase con la Comisión, reconociera haber cometido infracciones y describiera estos mismos hechos, no le privaba en modo alguno de su derecho y de su interés en recibir de la Comisión un documento exponiendo de forma precisa todas las imputaciones que formula contra ella, incluida la de poder basarse en declaraciones o pruebas facilitadas por otras empresas implicadas. Pero ello no implica que la Comisión esté obligada a indicar, en el pliego de cargos, la posibilidad de un eventual cambio en su política por lo que respecta al nivel general de las multas, posibilidad esta que depende de consideraciones generales de política de competencia sin una relación directa con las circunstancias particulares del asunto (SSTPI 10.3.1992, *Solvay/Comisión* y *Lögstör Rör/Comisión*).

Reprochaba asimismo BASF a la Comisión no haberle permitido presentar observaciones sobre su apreciación de que los comportamientos reprochados constituirían una pluralidad de infracciones.

Calificar determinadas actuaciones ilícitas como constitutivas de una única infracción o de una pluralidad de infracciones incide en la sanción impuesta, puesto que la comprobación de una pluralidad de infracciones puede entrañar la imposición de varias multas, en cada caso en los límites fijados en el art. 15.2 del R. 17 y, por tanto, en la observancia del límite máximo del 10% del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico anterior a la adopción de la decisión. El TPI entiende, sin embargo, que la utilización en el pliego de cargos de los términos «conjunto de acuerdos», «conjunto de acuerdos y arreglos», «acuerdos de cártel», «acuerdos colusorios» o «prácticas colusorias» no implica necesariamente una calificación jurídica precisa en términos de pluralidad de infracciones, pues una serie de conductas que tengan el mismo objeto contrario a la competencia y que, analizadas por separado, puedan subsumirse en el concepto de acuerdo, de práctica concertada o de decisión de una asociación de empresas a efectos del art. 81.1 TCE pueden constituir manifestaciones diferentes de una misma infracción (STJ 8.7.1999, *Comisión/Anic Partecipazioni*). Admite que, en el pliego de cargos, la Comisión dio muestras de dudas sobre la calificación precisa de los hechos en lo relativo a la unidad o pluralidad de las infracciones, pero ello no supone una vulneración del derecho de defensa. La decisión por la que se declara la existencia de una infracción no tiene por qué ser necesariamente una copia exacta del pliego de cargos. La Comisión ha de poder tener en cuenta, en su decisión, las respuestas de las empresas afecta-

das al pliego de cargos. Ha de poder aceptar o rechazar las alegaciones de las empresas afectadas y proceder a su propio análisis de los hechos que éstas exponen, bien para abandonar los cargos que hubieran resultado mal fundados, bien para adaptar o completar, tanto fáctica como jurídicamente, su argumentación en apoyo de los cargos que mantiene.

El derecho a ser oído se extiende a todos los elementos de hecho y de Derecho que constituyen el fundamento de la resolución precisamente para respetar su derecho de defensa, pero no a la posición final que la administración decide adoptar (STPI 21.1.1999, *Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/Comisión* y 3.12.2003, *Audi/OAMI*). Una discordancia entre el pliego de cargos y la decisión definitiva sólo constituye una vulneración del derecho de defensa en el supuesto de que alguna de las imputaciones formuladas en dicha decisión no hubiera sido expuesta en el pliego de cargos con claridad suficiente para que los destinatarios de éste pudieran defenderse. La calificación jurídica de los hechos recogida en el pliego de cargos sólo puede ser, por definición, provisional, y no cabe anular una decisión posterior por la mera razón de que las conclusiones definitivas basadas en esos hechos no coincidan exactamente con esa calificación intermedia.

De acuerdo con ello, en la Decisión impugnada, según el Tribunal, la Comisión no hizo sino adaptar y enunciar formalmente los fundamentos de Derecho de la argumentación en la que basó los cargos formulados, y no impidió a la demandada dar a conocer su punto de vista sobre estos cargos antes de que se adoptara la Decisión. BASF habría debido darse cuenta, al leer el pliego de cargos, de que la Comisión no excluía la existencia de varias infracciones distintas. La Comisión debió evitar la confusión y la contradicción lamentables que caracterizan la apreciación jurídica contenida en el pliego de cargos en cuanto a la cuestión de si se trataba de una sola o de varias infracciones. No obstante, esta confusión y esta contradicción no impidieron a la demandante dar a conocer su punto de vista sobre esta cuestión en su respuesta al pliego de cargos.

## 2. *Sobre el aumento, con fines disuasorios, de los importes de partida de las multas impuestas*

a) BASF aduce, en primer lugar, que el aumento carece de motivación suficiente. El TPI incide en que la obligación de motivación (art. 253 TCE) exige explicitar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad comunitaria para que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control, así como en que debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular, del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que especifique todos los elementos de hecho y de Derecho per-

tinente. La motivación de un acto cumple las exigencias del art. 253 CE, que impone apreciar no sólo su tenor literal, sino también su contexto, así como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (STJ 2.4.1998, *Comisión/Sytraval y Brink's France*). En el caso de una decisión en la que se imponen multas a varias empresas por una infracción de las normas comunitarias sobre la competencia, el deber de motivación debe determinarse en función de un gran número de factores, tales como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente.

Reconoce que la Decisión cuestionada no precisa a partir de qué datos fácticos la Comisión evaluó el tamaño y los recursos globales de BASF. Sin embargo, para el TPI, de ella se desprende de modo suficiente que la Comisión se basó en los volúmenes de negocios globales de las empresas, que indican, aunque sea aproximada e imperfecta, el tamaño y la pujanza económica de una empresa (SSTJ, *Musique diffusion française y otros/Comisión*; 12.11.1985, *Krupp Stahl/Comisión*; 17.12.1998, *Baustahlgewebe/Comisión*; SSTPI 14.7.1994, *Parker Pen/Comisión*; 14.5.1998, *SCA Holding/Comisión*; 9.7.2003, *Cheil Jedang/Comisión*). Ningún pasaje de la Decisión, según el TPI, autoriza a considerar, como sostiene BASF, que fueran efectivamente tenidos en cuenta otros elementos para aumentar con carácter disuasorio los importes de partida de las multas.

b) Invoca también BASF una falta de motivación en cuanto al nivel exacto del aumento controvertido (100%, es decir, un multiplicador de dos) y cuestiona la procedencia de este aumento. El TPI, admitiendo que en la Decisión no consta el método por el que se estableció este nivel concreto, concluye que el TJ tiene declarado que las exigencias de la obligación de motivación se cumplen cuando constan en la Decisión los elementos de apreciación que han permitido a la Comisión determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin estar obligada a recoger en ella una exposición más detallada.

Añade el Tribunal que asegurar la disuasión constituye una finalidad de la multa que debe guiar a la Comisión durante toda la fase de cálculo de la multa y no exige necesariamente que este cálculo venga caracterizado por una etapa específica destinada a una evaluación global de todas las circunstancias pertinentes a efectos de la consecución de dicha finalidad. La jurisprudencia comunitaria ha reconocido en diversas ocasiones la pertinencia del tamaño y la potencia económica de la empresa como elementos de apreciación en el marco de la fijación del importe de la multa, pues estos elementos pueden indicar la influencia que la empresa haya podido ejercer sobre el mercado o el conocimiento de las exigencias y de las consecuencias del Derecho de la competencia de que pueda disponer la empresa. Una empresa de gran dimensión, que disponga de recursos financieros considerables en comparación con los de otros miembros de un cártel, puede movilizar más fácilmente los fondos necesarios para el pago de su multa, lo cual justifica, con vistas a un efecto disua-

sorio suficiente de esta última, la imposición, en particular mediante la aplicación de un multiplicador, de una multa proporcionalmente más elevada que la misma infracción cometida por una empresa que no disponga de tales recursos (STPI 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*).

c) Tampoco prospera la alegación del excesivo aumento de los importes de partida. Las finalidades de las Directrices son, como pone de relieve el TPI, la transparencia y la objetividad, y no la previsibilidad del nivel de las multas. Además, en las infracciones muy graves, las Directrices se limitan a indicar que los importes de las multas previstos son de más de 20 millones de euros. Los únicos límites máximos respecto de tales infracciones son el general del 10% del volumen de negocios global (art. 15.2 R.17) y los máximos relativos al importe adicional que pueden admitirse en virtud de la duración de la infracción. Las Directrices no pueden, pues, fundamentar confianza legítima alguna en cuanto al nivel del importe de partida, de los importes adicionales aplicados a este importe en conceptos distintos de la duración de la infracción y de los importes finales de las multas que deben ser impuestas por infracciones muy graves.

d) Fracasaron asimismo los esfuerzos de BASF para que se tuvieran en cuenta las medidas adoptadas tendentes a mostrar la escasa probabilidad de reincidencia y las condenas sufridas en terceros Estados. Respecto de las primeras (el despido de sus directivos implicados en los hechos ilícitos y la adopción de programas internos de observancia de las normas de la competencia y de iniciativas de sensibilización del personal a este respecto), el Tribunal indica que no afectan a la realidad de la infracción comprobada y a la aplicación de factores de reducción de la multa. El mero hecho de que, en determinados casos, la Comisión haya tomado en consideración, en su práctica decisoria anterior, la aplicación de un programa de adecuación como circunstancia atenuante no implica en sí mismo una obligación de proceder del mismo modo en cada caso (SSTPI *Hercules Chemicals y otros/Comisión*; 10.3.1992, *ICI/Comisión*; 20.3.2002, *Sigma Technologie/Comisión*). Respecto de las condenas sufridas en terceros países por las mismas actuaciones colusorias, el TPI pone de relieve que el objetivo disuasorio perseguido al determinar el importe de una multa está destinado a garantizar que las empresas respeten las normas comunitarias sobre la competencia al desarrollar sus actividades en el interior de la Comunidad o del EEE (STPI 9.7.2003, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión*, y 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*).

### 3. Sobre la atribución a la demandante de un papel de líder e incitador en las infracciones de las vitaminas A, E, B<sub>5</sub>, C y D<sub>3</sub>, el betacaroteno y los carotínidos

Las empresas que desempeñan el papel de líder e incitador de un cártel deben cargar con una responsabilidad especial frente a las otras empresas

(SSTPI 14.5.1998, *Mayr-Melnhof/Comisión* y 29.4.2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*). Roche y BASF, según la Comisión, habían actuado juntos como líderes e instigadores de los acuerdos colusorios que afectaban a la gama común de productos vitamínicos que producían. En atención a ese factor agravante, los importes de partida de sus multas, fijados en función de la gravedad y de la duración de las infracciones, fueron incrementados en un 50% respecto a Roche y en un 35% respecto a BASF. Sin embargo, el análisis efectuado por el TPI en el marco de su plena jurisdicción le llevó a la conclusión de que el aumento en un 35% del importe de partida de las multas, en virtud del papel de líder o de incitador de BASF, debía ser confirmado respecto de las infracciones relativas a las vitaminas A, E y B<sub>5</sub> y suprimirse en relación con las de las vitaminas C y D<sub>3</sub>, el betacaroteno y los carotínidos.

#### 4. *Sobre la vulneración de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación y en las expectativas legítimas generadas en BASF*

En el marco de este motivo, aborda el TPI la cuestión de si la Comisión está obligada a levantar actas de las reuniones que celebra con personas o empresas. Aunque tal obligación general no incumbe a la institución demandada (STPI 28.4.1999, *Endemol/Comisión*), el TPI declara que la falta de una disposición expresa que prevea el levantamiento de un acta no excluye que, en un supuesto determinado, pueda estar obligada a consignar las declaraciones recibidas por ella en tal acto, en atención al principio de buena administración, que figura entre las garantías otorgadas por el ordenamiento jurídico comunitario en los procedimientos administrativos. Cuando una empresa se pone en contacto con la Comisión con vistas a una cooperación que puede ser recompensada en virtud de la Comunicación y se organiza una reunión en dicho contexto entre los servicios de la Comisión y esa empresa, se impone, si la empresa lo solicita al principio de la reunión, el levantamiento de un acta en la que conste la mayor parte de lo dicho en ella o, como mínimo, una grabación sonora. Es cierto que la información oral presenta el inconveniente de que su comunicación a la Comisión requiere la colaboración de ésta y está supeditada a la dedicación del tiempo de los agentes de la institución y a la disponibilidad de los medios necesarios (salas de reunión, aparatos de grabación, etc.); sin embargo, este inconveniente no resulta dirimente a efectos de la cuestión de si una información oral puede aceptarse con vistas a la aplicación de la sección B de la Comunicación sobre la cooperación. Concluye así que pueden facilitarse también oralmente elementos determinantes en el sentido de la sección B, letra b, de la Comunicación sobre la cooperación.

#### 5. *Sobre la vulneración del secreto profesional y del principio de buena administración*

En los procedimientos regidos por el principio contradictorio que puedan dar lugar a una condena, la naturaleza y el importe de las sanciones pro-



puestas están, por sí mismos, cubiertos por el secreto profesional mientras la sanción no haya sido definitivamente aprobada e impuesta, a fin de respetar la reputación y dignidad del interesado mientras no haya sido condenado, así como el principio de buena administración (STPI 6.7.2000, *Volkswagen/Comisión*, confirmada por la STJ 18.9.2003, *Volkswagen/Comisión*). BASF, sin embargo, no consiguió probar que los servicios de la Comisión fueran responsables de la filtración de la información, no siendo posible presumir tal origen de la filtración. En cualquier caso, aun admitiendo que fueran responsables de dicha filtración, tal irregularidad, según jurisprudencia reiterada, sólo puede entrañar la anulación de la decisión si se acredita que, a falta de dicha irregularidad, dicha decisión no habría sido adoptada o su contenido habría sido diferente, exigiéndose al demandante aportar al menos indicios que respalden dicha conclusión.

El examen de los ocho motivos de la demanda concluyó con la decisión del Tribunal de confirmar el importe de las multas impuestas a BASF por las infracciones de los mercados de las vitaminas A, E, B<sub>2</sub> y B<sub>5</sub> y modificar el de las impuestas a las de los mercados de las vitaminas C y D<sub>3</sub>, mediante supresión del incremento del 35% del importe de base realizado en virtud de las circunstancias agravantes, así como el de las impuestas por las infracciones relativas al betacaroteno y a los carotínidos, suprimiendo el incremento del 35% del importe de base realizado en virtud de las circunstancias agravantes y aumentando entre un 50 y un 75% el porcentaje de la reducción de multa llevada a cabo en virtud de la Comunicación sobre la cooperación.

Manuela Eslava Rodríguez

*Caso N.º 24. Ententes: STJCE 5 abril 2006, As. T-279/02, Degussa AG/Comisión*

#### NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, General Motors BV, domiciliada en Países Bajos, en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 21 de octubre de 2003 en el asunto T-368/00, Rec. p. II-4491.

La demandante solicita la reducción de la multa de 43 millones de euros que se había impuesto por la Comisión por medio de Decisión (DO 2001, L 59, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión derivan de la constitución en 1994 de Opel Nederland BV filial al 100% de General Motors Nederland BV. Esta filial era la única sociedad nacional que comercializaba la marca Opel en los Países Bajos. Se dedica a la importación, exportación y comercio al por mayor de vehículos automóviles, recambios y accesorios,

pero no interviene en la fabricación de vehículos. Ha celebrado acuerdos de distribución y de servicios con alrededor de 150 distribuidores, por lo que éstos son considerados revendedores autorizados de la red de distribución de Opel en Europa.

La Comisión consideró en su decisión que Opel Nederland había celebrado acuerdos con los distribuidores de Opel en los Países Bajos encaminados a restringir o prohibir las ventas de exportación de vehículos Opel a consumidores finales residentes en otros Estados miembros y a distribuidores de Opel establecidos asimismo en otros Estados miembros.

En septiembre de 1996 Opel Nederland había adoptado una estrategia global con el fin de restringir o impedir todas las exportaciones a partir de los Países Bajos; en segundo lugar, la estrategia global de Opel Nederland había sido ejecutada por medio de distintas medidas individuales, aplicadas de común acuerdo con sus distribuidores en el marco de la ejecución práctica de los contratos de distribución y que se habían convertido en parte integrante de las relaciones contractuales que Opel Nederland mantenía con los distribuidores de su red de distribución selectiva en los Países Bajos.

Según la Decisión impugnada, la estrategia global conllevaba en particular las medidas siguientes: una política de restricciones del abastecimiento; una política restrictiva en materia de primas, que excluía las ventas de exportación a consumidores finales de las campañas de primas por ventas al por menor, aplicada del 1 de octubre de 1996 al 20 de enero de 1998; una prohibición directa e indiscriminada de todas las exportaciones, aplicada del 31 de agosto al 24 de octubre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a consumidores finales, y del 31 de agosto al 12 de diciembre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a los demás distribuidores de Opel.

En cuanto a la determinación del importe de la multa, la Comisión califica la infracción de muy grave, dado que Opel Nederland había obstaculizado la realización del objetivo de mercado único. Toma en consideración la sólida posición de que goza la marca Opel en los mercados de referencia de la Unión. La infracción también desplegó sus efectos en los mercados de otros Estados miembros. Opel Nederland había actuado deliberadamente, ya que no podía ignorar que las medidas impugnadas tenían por objeto restringir la competencia. En conclusión, la Comisión estimó que 40 millones de euros constituía un importe de base adecuado para calcular la cuantía de la multa.

En cuanto a la duración de la infracción, la Comisión consideró que la infracción cometida se había prolongado durante diecisiete meses, lo que constituye una infracción de duración media. Tomando en consideración las duraciones respectivas de las tres medidas específicas, la Comisión estimó justificado aumentar el importe de 40 millones de euros en un 7,5%, es decir, en 3 millones de euros, lo que elevó el importe de la multa a 43 millones de euros.

Consideró la Comisión que no había circunstancias atenuantes en el caso de autos, en particular porque Opel Nederland había continuado aplicando

un componente esencial de esta infracción, a saber, la política restrictiva en materia de primas, tras las inspecciones que se llevaron a cabo por la Comisión.

La recurrente manifestó que no se habían adoptado en ningún momento estrategias destinadas a impedir o a restringir indiscriminadamente todas las exportaciones y que simplemente llevaba a cabo una estrategia para restringir las ventas a la exportación irregular a revendedores no autorizados, prohibidas en los contratos de distribución en vigor, y que no pretendía limitar las exportaciones lícitas a los consumidores finales o a otros distribuidores.

El Tribunal de Primera Instancia anuló parte de la decisión de la Comisión, dado que estimó que no se había probado de modo jurídicamente suficiente que la medida de restricción del abastecimiento hubiera sido comunicada a los distribuidores y, menos aún, que hubiera pasado a formar parte de las relaciones contractuales entre Opel Nederland y sus distribuidores.

Sin embargo consideró el Tribunal que al dejar de concederse primas por ventas de exportación, el margen de maniobra económica del que disponían los distribuidores para efectuar dichas ventas se veía reducido en comparación con el margen del que disponían para efectuar ventas nacionales. Indicó que los distribuidores se veían obligados, bien a aplicar a los clientes extranjeros condiciones menos favorables que a los clientes nacionales, bien a conformarse con un margen inferior cuando se trataba de ventas de exportación. Al suprimir las primas por ventas de exportación, estas últimas resultaban menos interesantes para los clientes extranjeros o para los distribuidores. En consecuencia estimó que la medida podía, por su propia naturaleza, influir negativamente en las ventas de exportación, aunque el abastecimiento no estuviera limitado. Por tanto, teniendo en cuenta los fines que se perseguían, y el contexto económico en el que debía aplicarse, el Tribunal de Primera Instancia consideró que esta medida constituía un acuerdo que tenía por objeto restringir la competencia (STJCE de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión, 19/77, Rec. p. 131, apartado 7; de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 23 a 25, y de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rhein-zink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26).

El Tribunal de Primera Instancia, al considerar que no se había demostrado la existencia de la medida consistente en restricciones del abastecimiento, redujo el importe de la multa fijando el importe de base, por lo que respecta a la gravedad de la infracción, en 33 millones de euros aumentado en un 7,5% teniendo en cuenta la duración de las infracciones. Por lo tanto, el importe de la multa se fijó en 35.475.000 euros.

En el recurso de casación la recurrente solicita que sea anulada la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que hace referencia a la supuesta estrategia global restrictiva de las exportaciones así como a la política de primas y en la medida en que confirma una multa relativa a dichos puntos.

El Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que la recurrente trata de ocultar bajo una demanda de error en la apreciación jurídica del Tribunal de Primera Instancia su pretensión de cuestionar una apreciación de los hechos.

Recuerda en este punto el Tribunal de Justicia que el Tribunal de Primera Instancia es el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos, y, por otra parte, es el único competente para apreciar estos hechos. Cuando el Tribunal de Primera Instancia ha comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia es competente para ejercer, con arreglo al artículo 225 CE, un control sobre la calificación jurídica de éstos y las consecuencias en Derecho que de ella haya deducido el Tribunal de Primera Instancia (STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Bausahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 23).

Del mismo modo el Tribunal de Primera Instancia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que debe atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados (ATJCE de 17 de septiembre de 1996, *San Marco/Comisión*, C-19/05 P, Rec. p. I-4435, apartado 40).

En lo que hace a la política de primas, la recurrente considera que sólo puede considerarse que un acuerdo tiene un objeto restrictivo a efectos del artículo 81 CE si, a primera vista, tiene manifiestamente como único objetivo o por objeto evidente restringir sensiblemente la competencia y que su política de primas no puede considerarse un acuerdo de esta índole. Considera además la recurrente que una interpretación demasiado amplia de este concepto podría llevar a condenar acuerdos perfectamente inofensivos para la competencia y vulneraría la presunción de inocencia y el derecho a ser oído, ante la imposibilidad de refutar dicha interpretación.

Recuerda el Tribunal de Justicia sobre esta cuestión que puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo, aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia sino que persiga también otros objetivos legítimos (STJCE de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 8 de julio de 1999, *Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 122, y de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 491). Aclara además el Tribunal de Justicia que el objetivo anticompetitivo puede alcanzarse no sólo a través de restricciones directas de las exportaciones, sino también a través de medidas

indirectas, como las controvertidas en el presente asunto, toda vez que influyen en las condiciones económicas de dichas operaciones.

Para determinar si un acuerdo debe considerarse prohibido en razón de las alteraciones de la competencia que tenga por efecto, procede examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido (STJCE de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 76, y *New Holland Ford/Comisión*, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, apartado 90). Recuerda además el Tribunal que no es necesario probar que existe intención de restringir la competencia, dado que tal intención no es un requisito necesario para apreciar si un acuerdo tiene por objeto una restricción semejante. Sin embargo, «nada impide a la Comisión ni a los órganos jurisdiccionales tener en cuenta dicha intención» (apartado 78).

La última pretensión de la demandante hace referencia al cálculo del montante de la sanción y en concreto alega que en otros supuestos la Comisión habría reconocido que el cese rápido de una infracción constituiría una circunstancia atenuante, que justificaría una reducción de la multa. Basa su pretensión en la Decisión 2002/405/CEE de la Comisión, de 20 de junio de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin*) (DO 2002, L 143, p. 1), en la cual el cese de la infracción, que había tenido lugar antes de que se enviara el pliego de cargos, si bien tres años después de comenzar la investigación y un año después de que la Comisión hubiese llevado a cabo distintas investigaciones sobre el terreno, daba «derecho a considerar la existencia de circunstancias atenuantes».

En este punto determina sin embargo el Tribunal que la recurrente no puso fin al régimen de primas hasta más de un año después de las primeras intervenciones de la Comisión y que en estas circunstancias y aun cuando la Comisión hubiese reducido la multa en una situación comparable, el Tribunal de Primera Instancia podía afirmar, justificadamente, que la Comisión no estaba obligada a acoger las circunstancias atenuantes en la Decisión impugnada.

No parece que esta interpretación resulte acorde con el principio de igualdad de trato entre las empresas destinatarias del Derecho Europeo de la Competencia, pero lo que evidentemente hace es subrayar el margen de apreciación con que la Comisión cuenta para determinar el montante de las sanciones en este ámbito.

María Pilar Canedo Arrillaga

*Caso N.º 25. Ententes: STJCE 6 abril 2006, As. C-551/03 P, General Motors BV/Comisión*

NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, General Motors BV, domiciliada en Países

Bajos, en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 21 de octubre de 2003 en el asunto T-368/00, Rec. p. II-4491.

La demandante solicita la reducción de la multa de 43 millones de euros que se había impuesto por la Comisión por medio de Decisión (DO 2001, L 59, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión derivan de la constitución en 1994 de Opel Nederland BV filial al 100% de General Motors Nederland BV. Esta filial era la única sociedad nacional que comercializaba la marca Opel en los Países Bajos. Se dedica a la importación, exportación y comercio al por mayor de vehículos automóviles, recambios y accesorios, pero no interviene en la fabricación de vehículos. Ha celebrado acuerdos de distribución y de servicios con alrededor de 150 distribuidores, por lo que éstos son considerados revendedores autorizados de la red de distribución de Opel en Europa.

La Comisión consideró en su decisión que Opel Nederland había celebrado acuerdos con los distribuidores de Opel en los Países Bajos encaminados a restringir o prohibir las ventas de exportación de vehículos Opel a consumidores finales residentes en otros Estados miembros y a distribuidores de Opel establecidos asimismo en otros Estados miembros.

En septiembre de 1996 Opel Nederland había adoptado una estrategia global con el fin de restringir o impedir todas las exportaciones a partir de los Países Bajos; en segundo lugar, la estrategia global de Opel Nederland había sido ejecutada por medio de distintas medidas individuales, aplicadas de común acuerdo con sus distribuidores en el marco de la ejecución práctica de los contratos de distribución y que se habían convertido en parte integrante de las relaciones contractuales que Opel Nederland mantenía con los distribuidores de su red de distribución selectiva en los Países Bajos.

Según la Decisión impugnada, la estrategia global conllevaba en particular las medidas siguientes: una política de restricciones del abastecimiento; una política restrictiva en materia de primas, que excluía las ventas de exportación a consumidores finales de las campañas de primas por ventas al por menor, aplicada del 1 de octubre de 1996 al 20 de enero de 1998; una prohibición directa e indiscriminada de todas las exportaciones, aplicada del 31 de agosto al 24 de octubre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a consumidores finales, y del 31 de agosto al 12 de diciembre de 1996, por lo que se refiere a las ventas a los demás distribuidores de Opel.

En cuanto a la determinación del importe de la multa, la Comisión califica la infracción de muy grave, dado que Opel Nederland había obstaculizado la realización del objetivo de mercado único. Toma en consideración la sólida posición de que goza la marca Opel en los mercados de referencia de la Unión. La infracción también desplegó sus efectos en los mercados de otros Estados miembros. Opel Nederland había actuado deliberadamente, ya que no podía ignorar que las medidas impugnadas tenían por objeto restrin-

gir la competencia. En conclusión, la Comisión estimó que 40 millones de euros constituía un importe de base adecuado para calcular la cuantía de la multa.

En cuanto a la duración de la infracción, la Comisión consideró que la infracción cometida se había prolongado durante diecisiete meses, lo que constituye una infracción de duración media. Tomando en consideración las duraciones respectivas de las tres medidas específicas, la Comisión estimó justificado aumentar el importe de 40 millones de euros en un 7,5%, es decir, en 3 millones de euros, lo que elevó el importe de la multa a 43 millones de euros.

Consideró la Comisión que no había circunstancias atenuantes en el caso de autos, en particular porque Opel Nederland había continuado aplicando un componente esencial de esta infracción, a saber, la política restrictiva en materia de primas, tras las inspecciones que se llevaron a cabo por la Comisión.

La recurrente manifestó que no se habían adoptado en ningún momento estrategias destinadas a impedir o a restringir indiscriminadamente todas las exportaciones y que simplemente llevaba a cabo una estrategia para restringir las ventas a la exportación irregular a revendedores no autorizados, prohibidas en los contratos de distribución en vigor, y que no pretendía limitar las exportaciones lícitas a los consumidores finales o a otros distribuidores.

El Tribunal de Primera Instancia anuló parte de la decisión de la Comisión, dado que estimó que no se había probado de modo jurídicamente suficiente que la medida de restricción del abastecimiento hubiera sido comunicada a los distribuidores y, menos aún, que hubiera pasado a formar parte de las relaciones contractuales entre Opel Nederland y sus distribuidores.

Sin embargo consideró el Tribunal que al dejar de concederse primas por ventas de exportación, el margen de maniobra económica del que disponían los distribuidores para efectuar dichas ventas se veía reducido en comparación con el margen del que disponían para efectuar ventas nacionales. Indicó que los distribuidores se veían obligados, bien a aplicar a los clientes extranjeros condiciones menos favorables que a los clientes nacionales, bien a conformarse con un margen inferior cuando se trataba de ventas de exportación. Al suprimir las primas por ventas de exportación, estas últimas resultaban menos interesantes para los clientes extranjeros o para los distribuidores. En consecuencia estimó que la medida podía, por su propia naturaleza, influir negativamente en las ventas de exportación, aunque el abastecimiento no estuviera limitado. Por tanto, teniendo en cuenta los fines que se perseguían, y el contexto económico en el que debía aplicarse, el Tribunal de Primera Instancia consideró que esta medida constituía un acuerdo que tenía por objeto restringir la competencia (STJCE de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión, 19/77, Rec. p. 131, apartado 7; de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 23 a 25, y de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rhein-zink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26).

El Tribunal de Primera Instancia, al considerar que no se había demostrado la existencia de la medida consistente en restricciones del abastecimiento, redujo el importe de la multa fijando el importe de base, por lo que respecta a la gravedad de la infracción, en 33 millones de euros aumentado en un 7,5% teniendo en cuenta la duración de las infracciones. Por lo tanto, el importe de la multa se fijó en 35.475.000 euros.

En el recurso de casación la recurrente solicita que sea anulada la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que hace referencia a la supuesta estrategia global restrictiva de las exportaciones así como a la política de primas y en la medida en que confirma una multa relativa a dichos puntos.

El Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que la recurrente trata de ocultar bajo una demanda de error en la apreciación jurídica del Tribunal de Primera Instancia su pretensión de cuestionar una apreciación de los hechos.

Recuerda en este punto el Tribunal de Justicia que el Tribunal de Primera Instancia es el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos, y, por otra parte, es el único competente para apreciar estos hechos. Cuando el Tribunal de Primera Instancia ha comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia es competente para ejercer, con arreglo al artículo 225 CE, un control sobre la calificación jurídica de éstos y las consecuencias en Derecho que de ella haya deducido el Tribunal de Primera Instancia (STJCE de 17 de diciembre de 1998, *Bausahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 23).

Del mismo modo el Tribunal de Primera Instancia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que debe atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados (ATJCE de 17 de septiembre de 1996, *San Marco/Comisión*, C-19/05 P, Rec. p. I-4435, apartado 40).

En lo que hace a la política de primas, la recurrente considera que sólo puede considerarse que un acuerdo tiene un objeto restrictivo a efectos del artículo 81 CE si, a primera vista, tiene manifiestamente como único objetivo o por objeto evidente restringir sensiblemente la competencia y que su política de primas no puede considerarse un acuerdo de esta índole. Considera además la recurrente que una interpretación demasiado amplia de este concepto podría llevar a condenar acuerdos perfectamente inofensivos para la competencia y vulneraría la presunción de inocencia y el derecho a ser oído, ante la imposibilidad de refutar dicha interpretación.



Recuerda el Tribunal de Justicia sobre esta cuestión que puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo, aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia sino que persiga también otros objetivos legítimos (STJCE de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 122, y de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 491). Aclara además el Tribunal de Justicia que el objetivo anticompetitivo puede alcanzarse no sólo a través de restricciones directas de las exportaciones, sino también a través de medidas indirectas, como las controvertidas en el presente asunto, toda vez que influyen en las condiciones económicas de dichas operaciones.

Para determinar si un acuerdo debe considerarse prohibido en razón de las alteraciones de la competencia que tenga por efecto, procede examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido (STJCE de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 76, y New Holland Ford/Comisión, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, apartado 90). Recuerda además el Tribunal que no es necesario probar que existe intención de restringir la competencia, dado que tal intención no es un requisito necesario para apreciar si un acuerdo tiene por objeto una restricción semejante. Sin embargo, «nada impide a la Comisión ni a los órganos jurisdiccionales tener en cuenta dicha intención» (apartado 78).

La última pretensión de la demandante hace referencia al cálculo del montante de la sanción y en concreto alega que en otros supuestos la Comisión habría reconocido que el cese rápido de una infracción constituiría una circunstancia atenuante, que justificaría una reducción de la multa. Basa su pretensión en la Decisión 2002/405/CEE de la Comisión, de 20 de junio de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (COMP/E-2/36.041/PO – Michelin) (DO 2002, L 143, p. 1), en la cual el cese de la infracción, que había tenido lugar antes de que se enviara el pliego de cargos, si bien tres años después de comenzar la investigación y un año después de que la Comisión hubiese llevado a cabo distintas investigaciones sobre el terreno, daba «derecho a considerar la existencia de circunstancias atenuantes».

En este punto determina sin embargo el Tribunal que la recurrente no puso fin al régimen de primas hasta más de un año después de las primeras intervenciones de la Comisión y que en estas circunstancias y aun cuando la Comisión hubiese reducido la multa en una situación comparable, el Tribunal de Primera Instancia podía afirmar, justificadamente, que la Comisión no estaba obligada a acoger las circunstancias atenuantes en la Decisión impugnada.

No parece que esta interpretación resulte acorde con el principio de igualdad de trato entre las empresas destinatarias del Derecho Europeo de la Competencia, pero lo que evidentemente hace es subrayar el margen de apre-

ciación con que la Comisión cuenta para determinar el montante de las sanciones en este ámbito.

María Pilar Canedo Arrillaga

*Caso N.º 26. Ententes: STPI 2 mayo 2006, As. T-328/03, O2 GmbH y Co. OHG/Comisión*

#### NOTA

La Decisión impugnada se refería a un acuerdo marco entre O2 y T-Mobile Deutschland GmbH por el que se establecía el uso compartido de infraestructuras (antenas, controladores de red, postes, estaciones, etc.) y una itinerancia nacional para la tercera generación de telecomunicaciones móviles en el mercado alemán, entendida, según el propio TPI como aquella que «permite a los operadores concernidos, sin compartir ningún elemento de red, utilizar la red de los demás operadores para proporcionar servicios a sus propios clientes». Concretamente, a principios de 2002 O2 y T-Mobile notificaron a la Comisión Europea la existencia de este acuerdo y solicitaron una declaración negativa con arreglo al artículo 81.1 TCE y, sólo subsidiariamente, una exención al amparo del artículo 81.3 TCE.

Atendiendo a la petición solicitada, el 16 de julio de 2003 la Comisión adoptó la Decisión 2004/207/CE en la que, por una parte, entendía que las disposiciones del acuerdo relativas al uso compartido de las infraestructuras no eran contrarias al Derecho de la competencia, formulando una declaración negativa al respecto; y por otro, estimaba que las estipulaciones relativas a la itinerancia nacional restringían la competencia pero podían beneficiarse de una exención individual del artículo 81.3 TCE pero sujeta a un calendario de duración estricto conforme.

No conformes con la Decisión, las mercantiles implicadas interpusieron un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia. Respecto a las estipulaciones relativas a la itinerancia nacional, alegaban que no existía restricción alguna a efectos del artículo 81.1 TCE y que la Comisión no se basaba en un análisis de los efectos reales del acuerdo sobre la competencia, sino que simplemente partía de la presunción de que la compra de servicios de red por parte de un operador de red a otro operador reduciría la competencia entre ambos en lo relativo a la cobertura, la calidad, la capacidad de transmisión o los precios al por mayor.

El Tribunal de Primera Instancia, acogiendo las alegaciones de las demandantes, subraya que la aplicación del artículo 81.1 TCE exige tomar en consideración la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo (STJCE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière*, 56/65) y el impacto del acuerdo sobre la competencia actual y potencial (STJCE de 28 de febrero de 1991, *Delimitis*, C-234/89).

En relación con el primero de los aspectos, *la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo*, el TPI censuró a la Comisión la falta de un examen objetivo de la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo. Pues bien, contrariamente a lo afirmado por la Comisión sin sustento probatorio ni justificación alguna que permitiera asegurar su exactitud, el TPI entendió que la presencia de O2 en el mercado de las comunicaciones 3G no podía considerarse garantizada y que la Comisión debería haber analizado si el acuerdo era necesario o no para que este operador penetrara en el mercado de telefonía móvil 3G en Alemania. Y ello, no sólo a los efectos de la concesión de la exención, sino, con carácter previo, a los efectos del análisis económico de la incidencia del acuerdo sobre la competencia que determina la aplicación del artículo 81.1 TCE.

Entendió el Tribunal que la Comisión había partido de la premisa errónea de que la itinerancia nacional restringía la competencia. Igualmente, le reprochaba el no haber tomado en consideración la situación del mercado de las comunicaciones móviles 3G, un mercado emergente en el que la competencia se ve amenazada por la presencia de un operador dominante y la existencia de barreras de entradas importantes (como puede ser, por ejemplo, la infraestructura necesaria para el desarrollo de la actividad).

En relación con *el impacto del acuerdo de itinerancia sobre la competencia actual y potencial*, la Comisión partió del carácter restrictivo de ésta. Así, desde el punto de vista de la cobertura de la red –afirmaba– la itinerancia constituía un freno al desarrollo de la red del operador que utiliza la de su asociado. Tampoco, según la Comisión, la calidad de la red y el nivel de precios se iban a ver mejorados puesto que O2 dependería de las decisiones técnicas y comerciales de su asociado.

En este contexto, el Tribunal de Primera Instancia reprochó, una vez más, a la Comisión que partiera de una premisa no verificada, sin plantearse siquiera que el acuerdo, contrariamente a restringir el juego de la competencia, podía permitir al operador más débil competir con otros cuya capacidad sea notablemente superior.

En definitiva, una resolución que no hace sino poner de manifiesto la necesidad de que la Comisión, en la aplicación de las normas relativas al artículo 81 TCE, realice un examen objetivo, no sustentado en meras formulaciones teóricas, del impacto de un determinado acuerdo sobre la competencia.

Marta Casado Abarquero

*Caso N.º 27. Ententes: STJCE 18 mayo 2006, As. C-397/03 P, Archer Daniels Midland Co., y Archer Daniels Midland Ingredients Ltd./Comisión*

NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, Archer Daniels Midland, con domicilio social en

Decatur (Estados Unidos) y su filial Daniels Midland Ingredients Ltd, con domicilio social en Reino Unido, en el que se solicita que se anule la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 9 de julio de 2003 en el asunto T-224/00, Rec. p. II-2597.

La demandante solicita la reducción de la multa de 47,3 millones de euros que se había impuesto por la Comisión solidariamente a las recurrentes por medio de Decisión (DO 2001, L 152, p. 24).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión derivan del hecho de que en 1991 las demandantes entran en el mercado de la lisina, aminoácido natural, empleado en la alimentación animal que en algunos casos puede ser sustituido por la soja.

En 1996, ADM Company fue acusada por las autoridades norteamericanas, junto con otras sociedades, de prácticas colusorias consistentes en la fijación de los precios de la lisina y el reparto de los volúmenes de ventas de dicho producto entre junio de 1992 y junio de 1995. Después de que dichas empresas llegaran a un acuerdo con el Ministerio de Justicia norteamericano, el juez que conocía del asunto impuso una multa de 70 millones de USD a ADM Company y tres directivos de ADM Company fueron condenados a penas de prisión y a multas por su papel en dichas prácticas colusorias.

Una de las empresas que habían colaborado con la recurrente en el acuerdo propuso a la Comisión colaborar con ella para demostrar la existencia de un cártel acogiéndose a la aplicación de la Comunicación de 2004 a la que posteriormente se acogieron también otras de las empresas partícipes en los acuerdos.

La Comisión se dirigió a ADM Company y ADM Ingredients solicitándoles información en aplicación del artículo 11 del Reglamento 17. Tras dirigir un escrito recordando que no habían respondido a la solicitud ADM Ingredients respondió a la solicitud.

En 1998 la Comisión remite un pliego de cargos a las recurrentes y al resto de empresas en el que se les acusa de haber determinado los precios de la lisina en el EEE y haber establecido cuotas de ventas en dicho mercado y de haber intercambiado información sobre sus volúmenes de ventas, a partir de diferentes fechas. En concreto la recurrente llevó a cabo la práctica desde junio de 1992 (ADM) y hasta junio de 1995. Tras recibir este pliego de cargos, las demandantes informaron a la Comisión de que no negaban la veracidad de los hechos.

Posteriormente se remitió un pliego de cargos adicional modificando las fechas a que se refiere la infracción, hechos que no fueron contestados por las empresas destinatarias.

Para determinar el importe de la multa, la Comisión, aplicando las directrices, fija primero el importe de base de la multa, determinado en función de la gravedad y de la duración de la infracción (39 millones de euros en el caso de ADM). Considera la Comisión que las empresas implicadas habían cometido una infracción muy grave, teniendo en cuenta su naturaleza, sus

repercusiones concretas en el mercado de la lisina en el EEE y la dimensión del mercado geográfico afectado. A continuación, basándose en los volúmenes de negocio totales realizados en el último año de la infracción y estimando que existía una considerable disparidad en la dimensión de las empresas autoras de la infracción, la Comisión aplicó un trato diferenciado. Por consiguiente, el importe de partida de las multas se fijó en 30 millones de euros en los casos de ADM.

Respecto de la duración de la infracción, la Comisión decide incrementar la multa teniendo en cuenta la duración de la infracción y por ello determina un incremento del 10% anual, de modo que el incremento fue de un 30% para ADM.

En segundo lugar, tomando en consideración las circunstancias agravantes, el importe de base de la multa impuestas a ADM se incrementa en un 50%, es decir, en 19,5 millones de euros en el caso de ADM porque dicha empresa habría asumido la función de responsable de la infracción.

En tercer lugar, tomando en consideración las circunstancias atenuantes, la Comisión disminuye en un 10% los importes de base de las multas de todas las empresas implicadas, dado que todas ellas habían puesto fin a la infracción desde las primeras intervenciones de los poderes públicos.

En cuarto lugar, la Comisión aplicó una reducción del 10% del importe de la multa a ADM en aplicación de la Comunicación sobre la cooperación.

La multa fue reducida por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 25 de agosto de 2000.

Ante el Tribunal de Justicia las partes solicitan la anulación de la sentencia recurrida o subsidiariamente la reducción o anulación de la multa.

Los motivos en que se fundamenta el recurso de casación son los siguientes: violación del principio de irretroactividad, al haberse admitido que la Comisión aplicara las Directrices con carácter retroactivo; violación del principio de igualdad en la aplicación del cálculo de las multas; violación del principio *non bis in idem*, al haberse considerado que la Comisión no estaba obligada a compensar ni a tener en cuenta las multas abonadas por ADM a otras autoridades en relación con las mismas conductas; incumplimiento de la obligación de motivación; desnaturalización de las pruebas; violación del principio en virtud del cual la Comisión debe respetar las normas que se impone a sí misma, al haberse autorizado a dicha institución a infringir las Directrices, y violación del principio de proporcionalidad en el montante de las multas.

El motivo basado en la violación del principio de irretroactividad cuestiona el hecho de que el Tribunal haya aceptado la aplicación de las directrices sobre el cálculo de las multas con carácter retroactivo al considerar que, de haber seguido la práctica precedente, la cuantía de las multas habría sido inferior.

En este sentido el Tribunal de Justicia recordó acertadamente que el principio de irretroactividad de las normas penales, consagrado como derecho

fundamental en el artículo 7 del CEDH, constituye un principio general del Derecho comunitario que debe respetarse al imponer multas por infracción de las normas sobre competencia, y que dicho principio exige que las sanciones impuestas sean las vigentes en el momento en que se cometió la infracción. Este principio no se vería vulnerado por el hecho de que la Comisión aplique las Directrices a hechos cometidos antes de su entrada en vigor, teniendo en cuenta que en las Directrices no alteran los máximos establecidos en la norma ni tampoco los criterios básicos por ella establecidos, siendo así que la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones anteriores no forma parte de dicho marco jurídico (apartado 18 y STJCE de 28 de junio 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión; C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425).

Mantiene en este punto el Tribunal que no puede considerarse que una modificación de la política represiva como la que se opera por medio de la aprobación de las directrices puede tener repercusiones en lo que respecta al principio de irretroactividad, en particular si dicha modificación se lleva a cabo mediante la aprobación de reglas de conducta tales como las Directrices (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 222). Sin embargo, una aplicación eficaz de las normas comunitarias sobre la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de dicha política (sentencias de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion Française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 109, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 227).

Se deduce que las empresas participantes en un procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de una multa no pueden confiar legítimamente en que la Comisión no sobrepasará el nivel de las multas impuestas anteriormente ni en que seguirá aplicando un determinado método de cálculo de las multas y son posibles los incrementos en el nivel de multas aplicadas en casos concretos o en reglas generales de conducta (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 228 a 230).

En lo que hace a la vulneración del principio de igualdad la recurrente considera que la Comisión ha vulnerado el citado principio al imponer sanciones iguales a empresas que tienen volúmenes de negocios sensiblemente diferentes.

Considera el Tribunal que la demanda parte del hecho de que cuando varias empresas participan en la misma infracción, los importes de partida de la multa tan sólo pueden diferenciarse sobre la base del volumen de negocios resultante de las ventas del producto en cuestión en el EEE, siendo esta premisa errónea según apreciación el Tribunal de Justicia.

El siguiente motivo de recurso hace referencia a una posible vulneración del principio *non bis idem*.

Siguiendo una demanda que resulta habitual en las empresas recurrentes, en este caso se plantea la desproporción de las sanciones impuestas por la

Comisión al no haberse tenido en cuenta las sanciones impuestas por autoridades de competencia de terceros Estados. Proceder de otra manera implicaría el riesgo de penalizar excesivamente a las empresas afectadas y supondría imponerles una multa desproporcionada en relación con la necesidad de disuasión o con la justicia represiva.

Para fundamentar su pretensión la recurrente plantea en primer lugar que hay identidad absoluta de hechos en los procedimientos llevados a cabo por autoridades de terceros Estados y el llevado a cabo por la Comisión. Además considera que siendo ésta la circunstancia, el principio *non bis in idem* debería respetarse sin necesidad de convenio internacional aplicable.

La Comisión realiza una consideración que no deja de resultar llamativa. Denomina el principio que nos ocupa como integrante del «derecho natural» invocando las dos sentencias emblemáticas en este ámbito la STJCE de 13 de febrero de 1969, *Wilhelm* y otros (14/68, Rec. p. 1), y de 14 de diciembre de 1972, *Boehringer Mannheim/Comisión*, (7/72, Rec. p. 1281). Sin embargo, tras esta afirmación «resulta únicamente aplicable dentro de la Unión Europea», lo cual parece contradictorio con la esencia misma del Derecho natural.

Además considera la Comisión que no puede existir identidad de hechos salvo que ambos se caractericen por un mismo objeto y una misma localización territorial. La Comisión afirma que los hechos incriminados por ella no son idénticos a los incriminados por las autoridades norteamericanas y que nada permite a ADM afirmar que estas últimas tenían la intención de sancionarla por la aplicación de los acuerdos en el seno del EEE.

Las apreciaciones del Tribunal de Justicia sobre este punto ponen de manifiesto en primer lugar que la toma en consideración que el Tribunal había establecido en la sentencia *Walt Wilhelm* deriva de la especial situación en ese supuesto, por una parte, por la estrecha interdependencia entre los mercados nacionales de los Estados miembros y el mercado común y, por otra, por el especial sistema de reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de prácticas colusorias en un mismo territorio, el del mercado común. Estos hechos llevaron al Tribunal de Justicia, tras haber admitido la posibilidad de un doble procedimiento sancionador y ante la eventualidad de que ello supusiera una doble sanción, a estimar necesario tener en cuenta la primera decisión sancionadora por exigirlo así la equidad.

El Tribunal de Primera Instancia había comprobado que en el caso de autos no se planteaba tal situación y llegó a la conclusión de que, al no haberse invocado disposición expresa alguna de un Convenio que obligara a la Comisión a determinar el importe de las multas teniendo en cuenta las sanciones ya impuestas a la misma empresa por los mismos hechos por las autoridades o los tribunales de un Estado tercero, como los Estados Unidos de América o Canadá, las demandantes no podían acusar a la Comisión de haber incumplido esa supuesta obligación en el presente asunto.

El Tribunal de Justicia aclara que, aun suponiendo que el razonamiento expuesto sea erróneo y que la sanción impuesta por las autoridades de un Estado tercero sea un factor que deba tenerse en cuenta al apreciar las circunstancias del caso a efectos de determinar la cuantía de la multa, la imputación basada en que la Comisión no tuvo en cuenta las multas ya impuestas en los Estados terceros sólo podría prosperar en caso de que fueran idénticos los hechos de los que acusaban a ADM la Comisión, por una parte, y las autoridades de los Estados Unidos y de Canadá, por otra.

Las recurrentes alegan en este sentido que puesto que la Comisión había reconocido manifiestamente, en sus escritos y en la Decisión impugnada, que los hechos sancionados en el marco de los procedimientos incoados en los Estados terceros eran precisamente los mismos que los expuestos ante el Tribunal de Primera Instancia, éste debería haberles dado la oportunidad de ser oídas en relación con la declaración de dicho Tribunal en sentido contrario.

Sin embargo declara el Tribunal que siendo cierto que la Comisión señaló que la infracción cometida en el EEE resultaba de la existencia de una práctica colusoria de ámbito mundial, esto no implica que se reconozca identidad de los hechos de los que acusaban a las recurrentes la propia Comisión, por un lado, y las autoridades de Estados Unidos y de Canadá, por otro.

El Tribunal recoge la apreciación de la Comisión que considera que ADM y las restantes empresas a las que afecta dicha Decisión infringieron el artículo 81 CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE ya que, dentro del EEE y en el marco de un acuerdo, fijaron los precios de la lisina, controlando la oferta y repartiéndose entre ellas los volúmenes de venta, y que intercambiaron información sobre sus volúmenes de venta con el objetivo de controlar el respeto de las cuotas de ventas que habían convenido. Por su parte, y según las informaciones proporcionadas por las autoridades de Estados Unidos y de Canadá, las multas penales impuestas a las empresas afectadas por la Decisión en cuestión tuvieron en cuenta solamente los efectos contrarios a la competencia que el acuerdo examinado en dicha Decisión había producido en lo que corresponde a sus competencias.

De lo anterior se deduce, según la Comisión, que se trataba de la aplicación de un acuerdo colusorio en territorios diferentes.

Cabe destacar en este punto que el Tribunal parece hacer suya la apreciación de la Comisión en virtud de la cual, siempre que existan diferentes normas jurídicas vulneradas, y que cada autoridad imponga las sanciones «en el ejercicio de sus competencias» no puede considerarse que haya identidad de hechos.

Determina así el Tribunal que, cuando la sanción impuesta en el Estado tercero se refiere únicamente a las aplicaciones o efectos de la práctica concertada en el mercado de dicho Estado y la sanción comunitaria únicamente a las aplicaciones o efectos de dicha práctica en el mercado comunitario, no existe identidad entre los hechos.



Desconoce el Tribunal la identidad real desde el punto de vista fáctico y el hecho de que en el cálculo de las multas impuestas por la Comisión se toma en consideración el volumen de negocios mundial de la empresa afectada. Esta circunstancia podría llevarnos a la situación de quiebra del principio de *non bis in idem*, pero desde luego abogaríamos a favor de una toma en consideración de las sanciones previamente impuestas a pesar de la tesis mantenida sin fisuras hasta el momento por el Tribunal y el resto de las instancias comunitarias.

Este argumento se rebate por el Tribunal manteniendo que en la Decisión impugnada el volumen de negocios mundial se utilizó únicamente para comparar las dimensiones relativas de las empresas afectadas, a fin de tener en cuenta la capacidad efectiva para ocasionar un perjuicio importante en el mercado de lisina del EEE.

Cabe destacar finalmente el motivo de recurso basado en la infracción del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta.

Consideran las recurrentes que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al rechazar el argumento según el cual el principio de proporcionalidad exige que exista cierta relación entre la multa y el volumen de negocios que ha de tomarse en consideración y del que resulta que una multa del 115% de dicho volumen de negocios, como sucede en el presente asunto, es desproporcionada. Para su cálculo, las recurrentes se basan en el volumen de negocios que obtuvieron en el mercado de la lisina en el EEE en el curso del último año de infracción.

Las recurrentes estiman que la sentencia de 16 de noviembre de 2000, KNP BT/Comisión (C-248/98 P, Rec. p. I-9641), contiene un principio de aplicación general, en virtud del cual la sanción debe ser proporcionada a la importancia de la empresa en el mercado de los productos que constituyen el objeto de la infracción.

Las recurrentes sostienen que los hechos del presente asunto son idénticos a los del asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1994, Parker Pen/Comisión (T-77/92, Rec. II-549), sentencia en la que dicho Tribunal redujo la multa basándose en que la Comisión no había tenido suficientemente en cuenta el volumen de negocios que debía considerarse. Para las recurrentes carece de importancia el hecho de que lo que se redujo en el asunto Parker Pen/Comisión, antes citado, fuera la multa definitiva y no el importe de partida de la multa calculado en función de la gravedad. En aquel asunto no hubo un cálculo separado del importe de partida. Por otro lado, las recurrentes alegan que la multa que se les impuso resulta desproporcionada en relación con el volumen de negocios que ha de considerarse, tanto si se tiene en cuenta la multa definitiva como el importe de partida en función de la gravedad.

El Tribunal de Justicia mantiene en esta cuestión que para determinar la multa se puede tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfec-

ta, del tamaño de ésta y de su potencia económica, como la parte de este volumen que procede de las mercancías objeto de la infracción y que, por tanto, puede dar una indicación de la amplitud de ésta. No hay que atribuir a ninguna de estas cifras una importancia desproporcionada en comparación con los demás criterios de apreciación y, por consiguiente, la determinación de una multa adecuada no puede ser resultado de un simple cálculo basado en el volumen de negocios global. Ello es así sobre todo cuando las mercancías afectadas sólo representan una pequeña fracción de ese volumen (sentencias *Musique Diffusion Française* y otros/Comisión, apartado 121, y *Dansk Rørindustri* y otros/Comisión, apartado 243, antes citadas).

En cambio, el Derecho comunitario no contiene ningún principio de aplicación general según el cual la sanción deba ser proporcionada a la importancia de la empresa en el mercado de los productos que constituyen el objeto de la infracción.

Recuerda finalmente el Tribunal de Justicia que no le corresponde sustituir, por razones de equidad, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por la suya propia, cuando éste resuelve, en el ejercicio de su plena jurisdicción, sobre el importe de las multas impuestas a unas empresas por haber infringido éstas el Derecho comunitario, razón por la cual el Tribunal rechaza el recurso de casación.

María Pilar Canedo Arrillaga

*Caso N.º 28. Ententes: STJCE 30 mayo 2006, As. T-198/03, Bank Austria Creditanstalt AG/Comisión*

#### NOTA

Mediante sentencia de 30 de mayo de 2006, el Tribunal de Primera Instancia ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre las decisiones formales referentes a la revelación de secretos comerciales adoptadas por el consejero auditor en nombre de la Comisión. Tales decisiones han sido impugnadas ante el Tribunal en contadas ocasiones, entre las que se encuentra la sentencia *AKZO II* (STPI de 24 de junio de 1986, *AKDO/Comisión*, asunto 53/85, Rec. 1986, pp. 1965-1977) y la que en este momento nos ocupa.

En términos generales, la problemática que subyace en ambos asuntos es la tensión entre alcance del contenido público de las decisiones dictadas por la Comisión y el relativo al secreto profesional que los funcionarios europeos deben observar con respecto a la información a que hayan tenido acceso a través del desempeño de sus funciones.

En lo concerniente al *secreto profesional*, el artículo 28 del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE (que tiene su antecesor en el artículo 20 del Reglamento 17/1962, del Consejo, de 6

de febrero de 1962) establece que la información obtenida en aplicación de las normas del Reglamento no podrá ser utilizada más que para el fin para el que haya sido recabada. Por su parte, el artículo 9 de la Decisión 2001/462/CE de la Comisión, de 23 de mayo, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia, en su artículo 9 dispone que *«1. Cuando esté previsto divulgar información que pudiera considerarse secreto comercial de una empresa, ésta será informada por escrito de tal intención y de los motivos que la justifiquen. Se fijará un plazo para que la empresa presente sus observaciones por escrito al respecto; 2. Cuando la empresa en cuestión se oponga a la divulgación de tal información, pero se concluya que no se trata de información protegida y que, por lo tanto, puede ser divulgada, tal conclusión se expone en una decisión motivada que será notificada a la empresa afectada. En la decisión se señalará la fecha tras la cual la información será divulgada, sin que el plazo pueda ser inferior a una semana desde la fecha de la notificación; 3. Los párrafos primero y segundo serán aplicables, mutatis mutandis, a la información mediante publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas».*

Por lo que a la publicidad de las decisiones se refiere, el artículo 30 del Reglamento 1/2003 afirma que en la publicación únicamente se mencionarán los nombres de las partes y, para nosotros más relevante, el «contenido principal de la decisión», incluidas las sanciones impuestas.

Pues bien, básicamente, la disyuntiva que se ha planteado es si el consejero auditor tiene que decidir sobre si ciertas partes de una decisión de la Comisión deben o no publicarse ya que no forman parte del «contenido principal» de la decisión.

Expuesta la problemática jurídica nos centraremos en los hechos que motivaron el asunto y que traen causa de la Decisión de 11 de junio de 2002 dictada por la Comisión en el asunto COMP/36.571/D-1. En esta Decisión se declaró que Bank Austria Creditanstalt AG (en lo sucesivo «Creditanstalt») había participado en una práctica colusoria con varios bancos austriacos y se le imponía una multa. Días más tarde la Comisión comunicaba a los afectados un proyecto de versión no confidencial de la Decisión y les sollicitaba que autorizaran su publicación. En respuesta a este requerimiento, Creditanstalt pidió a la Comisión que publicara la Decisión sustituyendo la exposición de los hechos por el texto que ellos pretendían. Tras varias reuniones entre los servicios de la Comisión y los abogados de los afectados sin conseguir llegar a un consenso sobre el tenor literal de la versión a publicar, el consejero auditor dio a conocer una última versión no confidencial de la Decisión y declaró que no contenía información amparada por la garantía de tratamiento confidencial prevista en el Derecho comunitario.

Pues bien, la jurisprudencia que básicamente sienta esta sentencia distingue entre dos distintos tipos de informaciones amparados por el secreto profesional. Por un lado está la información dirigida a personas, empresas o aso-

ciaciones de empresas con derecho a ser oídas en los procedimientos de aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia. Y por otro, la información destinada al público en general.

En relación con la *información frente a personas, empresas o asociaciones con derecho a ser oídas en los procedimientos de aplicación de las normas sobre la competencia*, la obligación de los funcionarios de no divulgar ciertos datos amparados por el secreto profesional resulta atenuada siempre que sea necesario para el buen desenvolvimiento de la instrucción. Así lo dispone el artículo 28.2 del Reglamento 1/2003 (y el anterior artículo 20.2 del Reglamento 17/1962). No obstante, esta facultad del funcionario no es extensible a los secretos comerciales. En estos casos, la protección que se dispensa es mucho más estricta (STPI AKDO II, anteriormente mencionada, aps. 26 a 28) puesto que resulta de aplicación los párrafos primero y segundo del artículo 9 de la Decisión 2001/462 anteriormente mencionada.

Es precisamente esta protección excepcional del secreto comercial la que impone que se precise el contenido y alcance de este concepto. Pues bien, en la propia resolución analizada se afirma que es aquel que *«no sólo no puede divulgarse públicamente, sino que incluso su mera comunicación a un sujeto distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente los intereses de aquél»* (apartado 30).

En relación con la *información frente al público en general*, y puesto que no existe ese interés general propio de la instrucción del procedimiento, la obligación de no divulgar información confidencial es bastante más severa y alcanza a toda aquélla amparada por el secreto profesional, constituya o no secreto comercial.

En estos casos, el juzgador ha ponderado, por un lado el interés de los afectados por la decisión a que no se divulgue información confidencial (insistimos, se trata de un concepto más amplio que el de secreto comercial) y, por otro, el interés general en la transparencia de la acción comunitaria, el interés del público de conocer con la mayor amplitud los motivos de cualquier acción de la Comisión, del interés de los operadores económicos en saber cuáles son las conductas por las que pueden ser sancionados y el interés de las personas perjudicadas por la infracción en conocer los detalles de cara a poder hacer valer, si así lo estiman oportuno, sus derechos frente a las empresas sancionadas (apartado 78).

Por lo tanto, la problemática se centra en delimitar lo que deba entenderse por información amparada por el secreto profesional. Pues bien, en un intento por delimitar sus elementos configuradores, el TPI entiende que para que exista secreto profesional: a) es necesario que sólo conozca la información un número restringido de personas; b) debe tratarse de información cuya divulgación pueda causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado a un tercero; c) es preciso que los intereses que la divulgación de la información puedan lesionar objetivamente sean dignos de protección (apartado 71).

En definitiva, cuando se trate de aprobar el contenido de la versión destinada a la publicación de la decisión, el consejero auditor no debe limitarse a examinar si contiene secretos comerciales o información análoga, sino que debe además verificar si contiene información que no puede divulgarse públicamente por entrar dentro de la órbita del secreto profesional del funcionario. Pero ello, en ningún caso quiere decir que la empresa pueda oponerse a que se dé difusión pública a aquellos detalles de su conducta infractora que no estén amparados por el secreto profesional, entendido en los términos expuestos en el párrafo precedente.

Marta Casado Abarquero

*Caso N.º 29. Ententes: STJCE (Sala Segunda) 29 junio 2006, As. C-289/04 P, Showa Denko KK/Comisión*

#### NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, Showa Denko KK, domiciliada en Tokio (Japón), en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 29 de abril de 2004 en los asuntos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181. La demandante solicita la reducción del importe de la multa que se había impuesto por el Tribunal de Primera Instancia, que por su parte reducía el importe que en su momento había sido impuesto por la Comisión por medio de la decisión Electroodos de grafito (DO 2002, L 100, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión se remontan al año 2000, en que la Comisión remitió un pliego de cargos a las empresas incriminadas por haber realizado acuerdos y prácticas concertadas en el sector de los electroodos de grafito. Los citados acuerdos se adoptaron en reuniones a diferentes niveles en los que las empresas acordaron entre otras cuestiones que los precios de los electroodos de grafito debían fijarse a nivel mundial; las decisiones sobre precios de cada empresa debían tomarlas exclusivamente el presidente o los directores generales; el «productor doméstico» debía fijar el precio de mercado en su «territorio» y los demás productores lo «seguirían»; en los mercados «no domésticos», en los que no había ningún productor «doméstico», los precios se decidirían por consenso; los productores «no domésticos» no debían competir agresivamente y se retirarían de los mercados «domésticos» de los demás; la capacidad no debía aumentar (los productores japoneses debían reducir su capacidad); no habría transferencia de tecnología fuera del círculo de productores que participaran en el cártel.

Independientemente de las acciones llevadas a cabo por la Comisión, la demandante había sido objeto de multas pecuniarias de carácter penal en

Estados Unidos y habían satisfecho indemnizaciones civiles en Canadá y Estados Unidos.

Las razones alegadas por la demandante para solicitar la citada anulación parcial se basan en cuatro razones: una aplicación inadecuada del «multiplicador disuasivo» para calcular el importe de la multa impuesta por infracción del art. 81.1 TCE, los criterios de aplicación del citado factor de multiplicación, el respeto al principio de tutela judicial efectiva y finalmente el error de Derecho por vulneración del principio *non bis in idem*.

Respecto de la aplicación inadecuada del «multiplicador disuasivo» para calcular el importe de la multa impuesta por infracción del art. 81.1 TCE, la discusión se centra en la cuestión de determinar si el volumen de negocios mundial de la empresa infractora puede ser tenido en cuenta por la Comisión a la hora de determinar el factor disuasivo de la sanción a la hora de determinar el montante de la multa impuesta. La demandante no discute el hecho de que el citado volumen de negocios mundial —y no el obtenido gracias a los productos a los que se refieren los acuerdos entre las partes en el cártel— sea tenido en consideración a la hora de determinar el montante base de la multa (STPI de 16 de noviembre de 2000, Sarrió/Comisión, C-291/98 P, Rec. p. I-9991, apartados 85 y 86, y STPI de 14 de julio de 2005, Acerinox/Comisión, C-57/02 P, Rec. p. I-6689, apartados 74 y 75), pero considera que, siendo esto así una nueva toma en consideración para determinar el factor multiplicador, resulta excesiva y por tanto improcedente.

El Tribunal había considerado, para determinar la cuantía de la sanción, que las empresas de gran tamaño disponen, en general, de recursos económicos superiores y de mejores conocimientos de Derecho de la competencia que las empresas de menor tamaño. Por ello el Tribunal de Primera Instancia invocó la regla según la cual una infracción cometida por una empresa de dimensiones considerables dispone de recursos financieros importantes y por tanto, respetando el principio de proporcionalidad, puede ser objeto de sanciones más elevadas que las que pueden imponerse a otras empresas que no dispongan de tales recursos aunque hayan cometido la misma infracción.

El Tribunal de Justicia manifiesta tratando de definir el concepto de «disuasión» que las multas impuestas por la Comisión tienen por objeto «castigar» los comportamientos ilícitos de las empresas incriminadas y «disuadir» tanto a éstas como a otros operadores económicos de infringir, en el futuro, las normas comunitarias sobre competencia. Por lo tanto, la Comisión, al calcular el importe de la multa, puede tomar en consideración, en concreto, el tamaño y el poder económico de la empresa de que se trata (STJCE de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion Française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartados 105 y 106, y 119 a 121).

Teniendo en cuenta el «enorme» volumen de negocios global de la demandante, ésta podría más fácilmente movilizar los fondos necesarios para el pago de la multa, por lo que el efecto disuasorio de la sanción justificaría la aplicación del factor de multiplicación.

El segundo motivo de recurso hace referencia a los criterios de aplicación del citado factor de multiplicación en el cálculo del montante de la multa que, según la demandante no han sido mencionados por la Comisión ni por el Tribunal de Primera Instancia.

Se plantea en primer lugar por la demandante si el factor de disuasión puede aplicarse teniendo en cuenta circunstancias ajenas a la empresa a la que se impone la sanción. Alega en este sentido la Comisión, respaldada por el Tribunal, que el efecto disuasorio tiene como objeto impedir que se produzcan en el futuro infracciones a las normas de competencia, pero que ese efecto afecta no sólo a la empresa objeto del procedimiento sino igualmente a todas las que operan en el mercado, por lo que el factor de disuasión se valora tomando en consideración una multitud de elementos y no sólo la situación particular de la empresa de que se trata (apartado 23).

En segundo lugar se plantea por la recurrente la posibilidad de que en el cálculo de la multa –en concreto a efectos de calcular el factor multiplicador a efectos de disuasión– la Comisión tenga en cuenta no sólo el tamaño de la empresa infractora sino especialmente su actitud. El Tribunal de Justicia considera que el tamaño es uno de los factores que pueden tomarse en cuenta a la hora de determinar la determinación del multiplicador disuasivo (STJCE *Musique Diffusion Française* y otros/Comisión, antes citada, y STJCE de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri* y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 242 y 243). Califica además el Tribunal de «parámetros hipotéticos y demasiado inciertos» los alegados por la demandante cuando considera que «una multa equitativa sólo puede ir destinada a compensar el perjuicio causado al libre juego de la competencia y que se debería evaluar, a tal efecto, la probabilidad del descubrimiento del cártel así como los beneficios obtenidos por los miembros de éste» (apartado 30).

Continúa la recurrente cuestionando la aplicación del factor multiplicador considerando que, si efectivamente se pretende que la multa tenga una eficacia de disuasión, ésta debe ser calculada atendiendo a las ventajas o beneficios que la empresa de se trata pudiera prever que obtendría en caso de no ser detectado el comportamiento ilegal y la probabilidad prevista de dicha detección. Igualmente alega la demandante que no se puede considerar que una empresa que tiene su producción diversificada en varios productos sea menos sensible a las multas que una empresa que se dedique a un solo producto y que en este caso concreto, dado que la demandante no había participado de manera activa en el cártel ni había desarrollado ninguna estrategia de eliminación de la competencia en el sector afectado, no cabría aplicarle ningún factor multiplicador disuasivo.

El Tribunal de Justicia nuevamente confirma la posición de la Comisión al considerar que la Comisión dispone de una «facultad de apreciación especialmente amplia» por lo que respecta a la elección de factores que se deben tomar en consideración para determinar el importe de las multas sin que sea

necesario remitirse a una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio (véanse, en particular, el auto de 25 de marzo de 1996, SPO y otros/Comisión, C-137/95 P, Rec. p. I-1611, apartado 54, y la sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, apartado 33).

Se subraya igualmente que el hecho de que la demandante no participara de manera activa en el cártel debe tenerse en cuenta en una fase posterior del procedimiento a efectos de determinar la cuantía de la multa (circunstancia atenuante) pero carece de relevancia para determinar la gravedad del cártel.

Alega finalmente la recurrente que el incremento de la multa resulta desproporcionado teniendo en cuenta su escaso volumen de negocios en el Espacio Económico Europeo. El Tribunal de Justicia confirma nuevamente que esta apreciación debe considerarse errónea, dado que el cálculo debe realizarse teniendo en cuenta el volumen de negocios global de la recurrente. Manifiesta acertadamente el Tribunal que, si se tomara en consideración el volumen de negocios de la empresa en el EEE, ésta se vería inadecuadamente beneficiada por una situación que viene derivada del acuerdo en virtud del cual la demandante había aceptado no entrar a competir en este último mercado, permitiendo así que los demás productores se pusieran de acuerdo en los correspondientes precios.

El motivo de recurso referente al proceso justo se basa en el hecho de que la empresa demandante considera que no se ha respetado el principio de audiencia ni la exigencia de motivación suficiente para arbitrar la defensa.

El Tribunal recuerda en este caso que el derecho de defensa en todo procedimiento que pueda llevar a la imposición de sanciones, especialmente de multas o de multas coercitivas, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario que debe ser observado, aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 9).

La obligación de oír a las empresas que son objeto de un procedimiento con arreglo al artículo 81 CE se satisface cuando la Comisión declara, en el pliego de cargos, que examinará si es preciso imponer multas a las empresas consideradas y cuando indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden implicar la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la supuesta infracción (véase, en particular, la sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartados 19 y 20).

Dejamos por su interés para el último lugar el análisis del tercer motivo de recurso que pretende una vulneración del principio *non bis in idem*. Considera la demandante que, si en el cálculo de las multas y del multiplicador disuasorio la Comisión tiene en cuenta el volumen de negocios de la empresa infractora, debería igualmente tomar en consideración las sanciones impuestas a la empresa demandante en Japón, Canadá y Estados Unidos. Considera la recurrente que el «efecto disuasorio depende del coste total de



la conducta ilícita» siendo así que éste debería incluir no sólo las multas impuestas en el EEE, sino también las impuestas en cualquier otro lugar (apartado 47).

La apreciación que sobre esta cuestión realiza el Tribunal de Justicia resulta especialmente interesante teniendo en cuenta que la Corte no había zanjado aún la cuestión de la eventual obligación de la Comisión de imputar una sanción impuesta por las autoridades de un Estado tercero en el caso de que sean idénticos los hechos de los que acusen a una empresa esta institución y tales autoridades, sino que hasta este momento había hecho de la identidad de los hechos imputados por la Comisión y por las autoridades del Estado tercero un requisito previo al análisis de la cuestión planteada.

Comienza la Corte este punto recordando, como ya había hecho en ocasiones anteriores (véanse, en particular, las sentencias de 5 de mayo de 1966, Gutmann/Comisión CEEA, 18/65 y 35/65, Rec. pp. 149 y ss., especialmente p. 172, y de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 59), que el principio *non bis in idem*, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el órgano jurisdiccional.

Este principio es recogido en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece «que nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado». El mismo precepto establece que cabe reapertura del proceso conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si «hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada».

En este caso concreto el Tribunal de Justicia centra el análisis en el hecho de que la doble sanción deriva de la imposición de normas de defensa de la competencia procedentes de terceros Estados no miembros de la Unión europea que obedecen a exigencias, objetivos y finalidades propios de otros ordenamientos que conducen a consecuencias jurídicas muy variadas en el ámbito administrativo, penal o civil y pueden tener bienes jurídicamente protegidos diferentes.

El Tribunal considera que el principio *non bis in idem* no se aplica a situaciones en las que los ordenamientos jurídicos y las autoridades en materia de competencia de Estados terceros intervinieron en el marco de sus propias competencias (apartado 56). El Tribunal considera que no existe ningún Convenio Internacional que prohíba que las autoridades públicas, incluidos los tribunales, de distintos Estados procesen y condenen a una persona física o jurídica por los mismos hechos que aquéllos por los que ya fue juzgada en otro Estado.

La recurrente mantiene así mismo subsidiariamente la pretensión de que la sanción impuesta se vea reducida aplicando el principio de proporcionalidad al considerar que la multa es excesiva por el hecho de que la Comisión no ha tomado en consideración las sanciones impuestas por las otras autoridades de competencia, aunque sí ha tomado en consideración el volumen de negocios mundial de la empresa.

Recuerda así mismo el Tribunal que los Acuerdos celebrados entre las Comunidades y el Gobierno de Estados Unidos de América, el 23 de septiembre de 1991 y el 4 de junio de 1998, sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia (DO 1995, L 95, p. 47, y DO 1998, L 173, p. 28) se limitan a cuestiones prácticas de procedimiento, como el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades en materia de competencia y no contemplan en absoluto la imputación o la consideración de las sanciones impuestas por una de las partes de dichos Acuerdos. Por ello considera que no existe obligación por parte de la Comisión de tener en cuenta las multas impuestas por autoridades de un tercer Estado en el marco de sus competencias en materia de Derecho de la competencia. Manifiesta sin embargo que existe la posibilidad de que la Comisión pueda tomar en consideración la existencia de multas impuestas por las autoridades de un tercer Estado en el marco de la facultad de apreciación de que ésta disfruta en materia de fijación de multas por las infracciones al Derecho comunitario de la competencia. «En consecuencia, si bien no cabe excluir que la Comisión tenga en cuenta multas anteriormente impuestas por las autoridades de Estados terceros, no está, sin embargo, obligada a hacerlo» (apartados 60 y 61).

No parece discutible el hecho de que los mercados protegidos por las normas de defensa de la competencia de autoridades de terceros estados y las normas de competencia comunitarias son diferentes y que en consecuencia los bienes jurídicamente protegidos son distintos. Resulta indudable que no existe obligación legal de respeto del principio *non bis in idem* ni de moderación de las sanciones teniendo en cuenta que el Convenio Europeo se refiere a sanciones de carácter penal y no afecta lógicamente a terceros Estados. Parece sin embargo cuestionable, desde el punto de vista material, que a la hora de realizar el cálculo de las sanciones se asuma como base el volumen de negocios global de la empresa y no el que afecta a los productos objeto de sanción y que sin embargo no se establezca una obligación de moderación de las sanciones impuestas por autoridades de terceros Estados.

No siendo el objeto directo de la sentencia, resulta sin embargo destacable que la sentencia realiza una precisión respecto de empresas afectadas por la normativa comunitaria y la de uno o varios Estados miembros de la Unión. Manifiesta escuetamente en este sentido el Tribunal que la situación jurídica en este caso es bien distinta. Resulta por tanto que la situación objeto de esta sentencia no resulta comparable con aquella en la que un cártel se circunscribe exclusivamente al ámbito de aplicación territorial del ordenamiento

jurídico de la Comunidad Europea. Cabría por tanto pensar que la apreciación del Tribunal sería en este caso diferente y queda por determinar si se va a mantener la tesis de simple toma en consideración de las sanciones o bien se procederá a un respeto real del principio *non bis in idem*.

María Pilar Canedo Arrillaga

*Caso N.º 30. Ententes: STJCE (Sala Segunda) 29 junio 2006, As. C-308/04 P, SGL Carbón AG/Comisión*

#### NOTA

La sentencia que nos ocupa es el resultado de un recurso de casación presentado por la demandante, SGL Carbón AG, domiciliada en Alemania, en el que se solicita la anulación parcial de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 29 de abril de 2004 en los asuntos T- 236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181. La demandante solicita la reducción del importe de la multa que se había impuesto por el Tribunal de Primera Instancia, que por su parte reducía el importe que en su momento había sido impuesto por la Comisión por medio de la decisión Electrodo de grafito (DO 2002, L 100, p. 1).

Los hechos que dieron lugar a la citada decisión se remontan al año 2000, y coinciden con los expuestos en la nota precedente por lo que puede realizarse una remisión en bloque al punto primero de lo expuesto.

No coinciden sin embargo todas las circunstancias en ambos supuestos, razón por la cual se justifica un comentario separado de ambas resoluciones. Una de las más relevantes diferencias entre ambos supuestos es que en este caso la demandante tiene sede en Alemania y por lo tanto dentro del territorio comunitario. Además, la demandante realiza en este caso una solicitud previa al recurso de casación en la que requiere la reapertura de la fase oral del procedimiento.

La recurrente considera que debería abrirse nuevamente la fase de juicio oral del procedimiento ante el Tribunal de Justicia al considerar que el Abogado General no siempre reproduce correctamente la exposición de los hechos de las partes ni las declaraciones del Tribunal de Primera Instancia. Considera igualmente que las conclusiones contienen asimismo alegaciones y suposiciones no aportadas por las partes en sus respectivos escritos y que por lo tanto no habían sido objeto de la vista. Por lo tanto, dichas conclusiones no pueden preparar suficientemente para sentenciar, sino que requieren de forma excepcional observaciones adicionales antes de que el Tribunal de Justicia se pronuncie definitivamente.

El Tribunal de Justicia manifiesta en ese sentido que, si bien es cierto que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes presenten observaciones en respuesta

a las conclusiones presentadas por el Abogado General (auto de 4 de febrero de 2000, Emesa Sugar, C-17/98, Rec. p. I-665, apartado 2), también lo es que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, a propuesta del Abogado General o a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (STJCE de 13 de noviembre de 2003, Schilling y Fleck-Schilling, C-209/01, Rec. p. I-13389, apartado 19, y de 17 de junio de 2004, Recheio – Cash & Carry, C-30/02, Rec. p. I-6051, apartado 12).

Considera no obstante en este caso que tiene elementos suficientes para resolver, por lo que no hay razones para reiniciar la fase oral.

La recurrente basa su recurso de casación en diferentes puntos que pasamos a analizar.

Comienza la demandante solicitando la toma en consideración de las sanciones impuestas por autoridades procedentes de terceros Estados en la doble vertiente que supondría respeto del principio *non bis in idem* y por lo tanto desaparición de la segunda sanción impuesta o, subsidiariamente, la mera moderación de la multa aplicando los principios de proporcionalidad y equidad.

El Tribunal de Justicia realiza en este caso una apreciación coincidente a la que establece en la sentencia SOHA (véase, por tanto, para más detalle en la argumentación del Tribunal, el parágrafo quinto del comentario precedente), lo que, en resumen supone que, no habiendo coincidencia de bienes jurídicos protegidos, no procede aplicar el principio *non bis in idem* y cabe, por tanto, imponer doble sanción. Aclara el Tribunal que «el principio *non bis in idem* no se aplica a situaciones en las que los ordenamientos jurídicos y las autoridades en materia de competencia de Estados terceros intervinieron en el marco de sus propias competencias» (apartado 32).

Respecto de la aplicación de los principios de proporcionalidad y equidad y la consiguiente reducción de las sanciones tomando en consideración las impuestas por las autoridades de terceros Estados, el Tribunal considera del mismo modo que en el caso SOHA que, al no existir convenio internacional que establezca la reducción como obligación para la Comisión, ésta podría tener en cuenta las citadas sanciones para moderar el montante de la multa en ejercicio de su poder discrecional de cálculo del montante de la multa.

En esta misma línea de argumentación mantiene el Tribunal que el objetivo disuasorio que la Comisión puede lícitamente perseguir al determinar el importe de una multa está destinado a garantizar que las empresas respeten las normas sobre la competencia establecidas en el Tratado CE al desarrollar sus actividades en el interior del mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartados 173 a 176). En consecuencia, a la hora de apreciar el carácter disuasorio de una multa que se ha de imponer por una infracción de

dichas normas, la Comisión no está obligada a tener en cuenta posibles sanciones impuestas a una empresa por infracciones de las normas sobre competencia de Estados terceros.

El segundo elemento en que basa la recurrente su demanda es el cálculo equivocado del montante de base de la multa, lo que, en su opinión, supone infracción del principio de igualdad de trato.

A la hora de establecer el cálculo del montante de base de las sanciones la Comisión realiza una clasificación de las empresas atendiendo a las cuotas de mercado y volúmenes de negocio de los operadores, posteriormente una cuota media de mercado.

Recuerda el Tribunal de Justicia que la Comisión disfruta de una amplia facultad de apreciación y flexibilidad por lo que respecta al método de cálculo de las multas y que puede, en dicho contexto, tener en cuenta múltiples factores, siempre que se respete el límite máximo relativo al volumen de negocios (apartado 46 y STJCE de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 240 a 243).

Manifiesta que la Comisión, adecuadamente, se basa en los volúmenes de negocios obtenidos y en las cuotas de mercado alcanzadas por los miembros del cártel a través de las ventas del producto de que se trata en el mercado mundial durante el período contemplado en la Decisión. Ello no obstante, de esta afirmación no podría derivarse que la conclusión de que cualquier diferencia entre las empresas de que se trata en el volumen de negocios o en la cuota de mercado deba traducirse en una categoría distinta para cada empresa participante en el cártel y, por consiguiente, en un importe de base diferenciado.

Manifiesta por tanto el Tribunal de Justicia que no resulta contrario al principio de igualdad de trato el reagrupamiento de empresas dentro de una categoría siempre que éste sea «suficientemente coherente y objetivo» en comparación con las categorías establecidas.

El tercer motivo de recurso hace referencia a una posible vulneración de los principios *in dubio pro reo*, *nulla poena sine lege* e igualdad de trato.

La Comisión había justificado un incremento en la cuantía de la sanción impuesta a la recurrente basándose en el hecho de que la empresa habría advertido telefónicamente a otras empresas de la inminencia de controles realizados por la Comisión.

La recurrente alega en su defensa, en primer lugar, que esa práctica no puede considerarse ilegal, razón por la cual no debería ser sancionada (*nulla poena sine lege*); en segundo lugar, que al suponer la existencia de hechos que no estaban apoyados ni en declaraciones de la Comisión, ni en sus propias declaraciones, la Comisión infringiría el principio *in dubio pro reo*, y en tercer lugar, que se vulneraría el principio de igualdad de trato.

Sobre esta cuestión manifiesta el Tribunal de Justicia que el hecho de que la recurrente advirtiera a otras empresas de la inminencia de las inspec-

ciones de la Comisión buscaba disimular la existencia del cártel, mantenerlo en funcionamiento y hacer fracasar la investigación de la Comisión. Esta actividad puede calificarse de circunstancia agravante al suponer un comportamiento de obstrucción y, contrariamente a las alegaciones de la recurrente, no se trata de una infracción específica y autónoma de las normas comunitarias sobre la competencia, sino de un comportamiento que refuerza la gravedad de la infracción inicial. Además, mientras que el importe de base de la multa se fija en función de la infracción, la gravedad de ésta se determina en atención a muchos otros factores, en relación con los cuales la Comisión dispone de un margen de apreciación. El hecho de que tengan en cuenta circunstancias agravantes al determinar la multa se adecua al objetivo de la Comisión de garantizar la conformidad con las normas sobre competencia.

Se pone en tela de juicio por la recurrente la cuantía de la multa al sobrepasar ésta el montante máximo establecido en el Reglamento 17. El motivo de argumentación se basa en varios elementos dentro de los que destaca, en primer lugar, que el umbral máximo que puede alcanzar el montante de la multa (10% del volumen de negocios de la empresa) debería afectar tanto al importe final de la sanción como a cada uno de los importes intermedios con que opera la Comisión a la hora de realizar los cálculos. En segundo lugar, considera la demandante que la decisión adolece de falta de motivación al no encontrarse razones por las que la multa ha sido reducida en relación con otras empresas destinatarias de ella y no respecto de la recurrente.

Aclara el Tribunal que sólo el importe final de la multa impuesta debe respetar el límite anteriormente mencionado y que, en consecuencia, nada impide que la Comisión llegue, durante las distintas etapas de cálculo, a un importe intermedio superior a dicho límite, siempre que el importe final de la multa impuesta no lo supere (apartado 82 y STJCE de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, apartados 592 y 593, y de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, apartado 278).

Respecto de la referencia a la igualdad de trato e incumplimiento de la obligación de motivación, el Tribunal considera que la Comisión está obligada a realizar apreciaciones individuales y que, teniendo en cuenta que la posición de la recurrente no era análoga a la de otras empresas, la Comisión había aplicado el método de cálculo de la multa controvertida de manera coherente y no discriminatoria.

La recurrente alega que la Comisión podría haber vulnerado su derecho a la defensa por no haberle concedido acceso a determinados documentos del expediente.

Ante esta alegación, la Comisión afirma que estas alegaciones no pueden mantenerse teniendo en cuenta, en primer lugar, que la recurrente había reco-

nocido su participación en la infracción y, por otra parte, que se había beneficiado de la Comunicación sobre la cooperación.

El Tribunal de Justicia manifiesta que la mera falta de comunicación de un documento sólo constituye una infracción del derecho de defensa cuando la empresa afectada puede demostrar, en primer lugar, que la Comisión se basó en dicho documento para fundamentar su imputación relativa a la existencia de una infracción y, en segundo lugar, que dicha imputación únicamente podía acreditarse mediante el citado documento (STJCE de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartados 24 a 30, y STJACE de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartados 7 a 9).

Precisa igualmente el Tribunal que corresponde a la empresa afectada demostrar que el resultado al que llegó la Comisión en su Decisión controvertida habría sido diferente si el documento, que no había sido comunicado a dicha empresa y sobre el que se basó la Comisión para declarar la infracción, había sido rechazado como elemento de prueba (STJCE de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 73).

La recurrente alega que la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que la empresa vio su capacidad contributiva notablemente debilitada a causa de las elevadas multas impuestas por otras autoridades reguladoras de la competencia y a causa de las importantes indemnizaciones por daños y perjuicios que tuvo que abonar en terceros Estados. En consecuencia, la imposición de otra multa de un importe notable llevaría a la empresa al borde de la quiebra.

Recuerda el Tribunal de Justicia que la Comisión no está obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa infractora al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado (STJCE de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 54 y 55, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 327).

Aclara igualmente el Tribunal que esta afirmación no es inconsecuente con el contenido de las Directrices de la Comisión sobre el cálculo de las multas. Éstas reclaman que debe tomarse en consideración la capacidad contributiva real de una empresa a la hora de determinar el montante de la multa.

La consideración del Tribunal pone sin embargo de manifiesto que esta capacidad sólo es importante en un «contexto social específico», constituido por las consecuencias que el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende o de los que se abastece sin que la demandante presentara elemento alguno que pudiera sostener la existencia de tal contexto.

Dentro de este motivo de alegación, la recurrente hace también referencia a los principios de proporcionalidad y la protección de los derechos de una empresa derivados de la libertad económica y de la propiedad.

Reconociendo estos derechos, el Tribunal considera, sin embargo a la Corte que estos principios están sujetos a restricciones de interés general y que no pueden ser tenidos en cuenta en el contexto de la determinación de una multa por infringir el Derecho comunitario de la competencia.

La última reclamación hace referencia al cálculo de los intereses de demora.

Recuerda en este punto el Tribunal que la Comisión tiene reconocidas las facultades de fijar la fecha en la que las multas son exigibles y aquélla en que empezarán a devengar intereses (de demora), así como las de fijar el tipo de tales intereses y establecer detalladamente cómo deberá ejecutarse su decisión. En otro caso, las empresas podrían beneficiarse pagando con retraso, lo que atenuaría el efecto de las sanciones.

Por todo ello considera el Tribunal que la Comisión puede adoptar como punto de referencia un nivel superior al del tipo de mercado aplicable, como el ofrecido a un prestatario medio, en la medida necesaria para desalentar conductas dilatorias por lo que respecta al pago de la multa.

María Pilar Canedo Arrillaga

*Caso N.º 31. Ententes: STJCE 13 julio 2006, As. C-74/04, Comisión/Volkswagen AG*

#### NOTA

La resolución analizada se dicta como consecuencia de un recurso de casación interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas solicitando la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de diciembre de 2003, *Volkswagen/Comisión* (T-208/01). En esta sentencia, a su vez, se anulaba la Decisión 2001/711/CE, de 29 de junio de 2001 por la que la Comisión sancionaba a Volkswagen con una multa de 30,96 millones de euros por haber celebrado un acuerdo de fijación de los precios de reventa del modelo Passat con los concesionarios pertenecientes a su red de distribución comercial en Alemania. En particular, según la Comisión, había quedado demostrado que Volkswagen había celebrado con el concesionario alemán un acuerdo sobre el precio de reventa del turismo mencionado, que el acuerdo controvertido tenía por objeto restringir la competencia, que con ello se afectaba de manera significativa al comercio entre los Estados miembros y, finalmente, que dicho acuerdo no se beneficiaba de una exención individual o por categorías en el sentido del artículo 81.3 TCE.

Para entender el alcance de esta sentencia es preciso describir someramente el sistema de comercialización de turismos de Volkswagen AG (socie-



dad matriz y la mayor empresa del grupo Volkswagen). Como es sabido, esta mercantil desarrolla su actividad en el sector de la fabricación de automóviles. La venta de sus vehículos en la Comunidad se efectúa a través de un sistema de distribución selectivo y exclusivo, a través de concesionarios con los cuales ha firmado un contrato de concesión comercial. Pues bien, los antecedentes fácticos de la sentencia del TJCE se remontan a septiembre de 1995 y enero de 1998, fecha en la que firmó un contrato de concesión comercial tipo con los concesionarios alemanes por el que les atribuía un determinado territorio contractual a cambio de comprometerse a promover de forma intensiva las ventas y los servicios de posventa y a explotar de manera óptima el potencial del mercado. Posteriormente, la empresa automovilística remitió a sus concesionarios alemanes una serie de directrices por las que les intimaba a no conceder descuentos en las ventas del Passat, o a concederlos de manera muy limitada. Son precisamente estas directrices las que, a raíz de una denuncia presentada por un comprador, impulsaron a la Comisión a considerar infringido el apartado 1 del artículo 81 TCE por estimar que existía un acuerdo de voluntades en materia de fijación de precios del modelo Passat.

La Comisión entendió que las instrucciones remitidas por Volkswagen a sus revendedores no constituían un comportamiento unilateral puesto que, según ella, la admisión a una red de distribuidores implica que los socios contractuales aceptan la política de distribución del fabricante y que, en la medida en que pasan a formar parte de las relaciones comerciales continuadas mantenidas entre ellos, queda probada la bilateralidad del acuerdo. Y todo ello –afirmaba– sin necesidad de determinar si los distribuidores alemanes, ajustándose a las circulares remitidas por la empresa automovilística, habían modificado o no su política de precios. Esta argumentación era, a su juicio, suficiente para entender probada la existencia del acuerdo de voluntades en el sentido del artículo 81.1 TCE y, en consecuencia, para imponer la multa de 30,96 millones de euros.

Por su parte, Volkswagen AG interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia que tenía por objeto la anulación de la Decisión controvertida y, sólo subsidiariamente, la reducción del importe de la multa. El recurso fue estimado bajo el argumento de que la decisión tomada por un fabricante únicamente constituye un comportamiento unilateral de la empresa y que, por ello, no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE (artículo que por definición exige la existencia de un acuerdo de voluntades). Ahondando en esta argumentación, el Tribunal de Primera Instancia entendió que el planteamiento de la Comisión era erróneo, puesto que equivalía a presumir que un concesionario, por el mero hecho de la firma del contrato, aceptaba una posterior evolución ilegal del contrato incluso cuando el contrato de concesión en el momento de la firma fuera legal y ninguna de sus cláusulas permitiera prever una evolución de la relación contractual contraria al Derecho de la competencia.

En apoyo de su argumentación, el Tribunal de Primera Instancia trajo a colación las sentencias del TJCE de 12 de julio de 1979, *BMW Belgium y otros/Comisión* (32/78, 36/78 a 82/78) y de 11 de enero de 1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici/Comisión* (C-277/87) y del TPI de 26 de octubre de 2000, *Bayer/Comisión* (T-41/96). Estas resoluciones exigían dos requisitos cumulativos para declarar probada la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81.1 TCE. Por un lado, la existencia al menos de una prueba del concierto de voluntades. Por otro, la necesidad de que este acuerdo recayera sobre un comportamiento determinado, lo que obligaba a que éste fuera conocido de antemano por las partes cuando lo aceptaban. Evidentemente, en el asunto de autos, la firma de un contrato legal en el momento de la firma impedía apreciar la concurrencia de este segundo presupuesto.

La misma argumentación jurídica fue defendida por el TJCE en la resolución ahora analizada. Concretamente, el Tribunal europeo confirmó la tesis defendida por la Comisión según la cual, sustentándose en las sentencias del TJCE de 25 de octubre de 1983, *AEG/Comisión* (107/82) y de 17 de septiembre de 1985, *Ford/Comisión* (25/84 y 26/84), para apreciar la existencia de un acuerdo es suficiente con que el acto o comportamiento aparentemente unilateral refleje la voluntad concordante entre al menos dos partes. Sin embargo, ello no excluye la carga de probar la existencia de un consentimiento siquiera sea tácito, que debe desprenderse, bien de las cláusulas del contrato de concesión, bien del comportamiento de las partes. Lo contrario supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia.

Sólo en este contexto cobra sentido la jurisprudencia comunitaria alegada por la Comisión según la cual, la propia naturaleza y características de los contratos de distribución selectiva implican que éstos han de aplicarse durante un determinado número de años y que, por ello, el contrato deba ser completado y concretado progresivamente en función de factores tales como las exigencias de las partes, las condiciones del mercado o el grado de desarrollo técnico. Son precisamente estas circunstancias, según la Comisión, las que determinan que la evolución del contrato no pueda preverse en el momento de la celebración del contrato de concesión y que, al dejar algunos aspectos subordinados a decisiones posteriores del fabricante, la firma del acuerdo de concesión implique para el concesionario la aceptación previa de estas medidas. Sin embargo, no se trata de una interpretación correcta de la jurisprudencia del TJCE. Una correcta interpretación de ésta es la que tiene en consideración las cláusulas estipuladas en el propio contrato de concesión. Por lo tanto, si en el momento de la firma del contrato éste es legal, el concesionario únicamente acepta la evolución legal del contrato, sin que las cláusulas redactadas en términos neutrales puedan interpretarse como una aceptación implícita de una serie de medidas posteriores y de carácter unilateral predisuestas por el fabricante contrarias al Derecho de la competencia.

En conclusión, la sentencia objeto de estudio analiza la delicada cuestión de la calificación como «acuerdo», en el sentido utilizado por el artículo 81.1

TCE, de una serie de comportamientos aparentemente unilaterales adoptada por el fabricante de automóviles en el ámbito de las relaciones comerciales con sus distribuidores. La lógica del tribunal comunitario distingue entre aquellas relaciones contractuales en las que el contrato inicial de concesión de alguna manera prevé la posibilidad de limitar la competencia y afectar al comercio entre Estados miembros (éste es el caso de las sentencias *Ford* y *AEG* anteriormente mencionadas, en las que el propósito anticompetitivo del contrato quedaba de alguna manera reflejado en él) y las que tienen un objeto legal. En el primer caso, la firma del contrato conlleva la aceptación tácita de las medidas contrarias al Derecho de la competencia que el fabricante adopte en un momento posterior. En el segundo, las decisiones posteriores adoptadas por éste tienen un carácter unilateral y sólo se apreciará la existencia de un acuerdo de voluntades en el sentido del artículo 81.1 TCE cuando su aceptación se deduzca del comportamiento de los sujetos a quienes van dirigidas, en este caso, de los distribuidores.

Marta Casado Abarquero

*Caso N.º 32. Ententes: STJCE 13 julio 2006, Ass. C-295/04 a C-298/04, Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*

#### NOTA

El Tribunal de Justicia ha tenido que resolver varias cuestiones interpretativas del art. 81 TCE con motivo de las acciones ejercidas contra varias compañías aseguradoras para obtener la devolución de las primas excesivas que se les habían pagado. Tales acciones se interpusieron después de que la autoridad italiana de defensa de la competencia hubiese verificado la existencia de un acuerdo ilícito entre las aseguradoras. Este acuerdo tenía por objeto el intercambio de informaciones relativas al sector asegurador. Gracias a este acuerdo, las aseguradoras pudieron coordinar y fijar las primas de los seguros e imponer a los usuarios aumentos de las primas carentes de justificación conforme a las condiciones de los mercados, aumentos a los que era imposible sustraerse (TH. LÜBBIG, «EuGH: Gleichzeitiger Verstoß gegen nationale und europäisches Wettbewerbsrecht durch Kartell-Aktivlegitimation jedes Geschädigten – Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.: Anmerkung», *EuZW*, 17, 17, 2006, pp. 513-544).

El órgano judicial que interpuso la cuestión prejudicial quiso que se le respondiera a las siguientes *cuestiones*:

a) Si el acuerdo infringía tanto la ley italiana de defensa de la competencia como el Tratado de Roma, habida cuenta de que también habían participado en el acuerdo sancionado compañías aseguradoras pertenecientes a otros Estados miembros y que también ejercían sus actividades en Italia (=

problema de las *relaciones entre el Derecho comunitario de la competencia y los ordenamientos de los Estados miembros*).

b) Si los terceros pueden solicitar una indemnización del perjuicio causado por la entente prohibida (= problema de la *acción de indemnización*).

c) Si las reglas nacionales, como las del litigio principal, relativas a la designación de los tribunales competentes, los plazos de prescripción de las acciones de indemnización así como el importe de ésta, son contrarias al art. 81 TCE (= problema de la *competencia para apreciar las consecuencias de la nulidad*).

Las tres cuestiones planteadas tienen un gran interés práctico por los siguientes motivos:

1.º) El sector asegurador es esencial para los mercados de capitales. En él operan grandes empresas, cuya actividad tiene una fuerte vocación de internacionalidad. En el pasado, se discutió la cuestión –históricamente superada– de la aplicabilidad del Derecho antitrust europeo a este sector económico. En la actualidad, se advierte la dificultad de distinguir y valorar los posibles efectos procompetitivos o anticompetitivos de acuerdos y prácticas entre aseguradoras (sobre la aplicación del Derecho europeo de la competencia en el sector de los seguros, *vid., ad ex.*, P. BLANCO-MORALES LIMONES/J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo. Aspectos teóricos y prácticos*, Madrid, 2002, conccr. pp. 55-94; E. CAPRIOLI, «Insurance Network: the ECN sectoral group on insurance», *Competition Policy Newsletter*, 2003, 3, p. 60; M. FAURE/R. VAN DER BERGH, «Competition on the European market for liability insurance and efficient accident law», *M.J.*, 9, 3, 2002, pp. 279-306; M. HOLMES/P. LENNON, «European authorities focus on insurance», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 1, 2005, pp. 11-12; B. KARL, *Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Leistungserbringung in der Krankenversicherung*, Wien, 2005; I. LUC, «Assurance et concurrence», *Les Petites affiches: La Loi*, n.º 118, 14 juin 2001, pp. 8-20; J. PATRICK, «Complaint against German insurers withdrawn after Commission preliminary investigations did not reveal sufficient threat of foreclosure through tied agents», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 1, pp. 32-33; M.ª J. PEÑAS MOYANO, «Acuerdos en materia de seguros», en L. A. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*, Valladolid, 2005, pp. 223-257; S. RYAN, «The new insurance block exemption Regulation: a modernised framework for insurance industry», *Competition Policy Newsletter*, 2003, 2, pp. 51-52).

2.º) La empresa o el particular víctima de una conducta anticompetitiva puede optar, en principio, entre un *contencioso objetivo* o *public enforcement* y un *contencioso subjetivo* o *private enforcement*. El primero es el que se desarrolla ante autoridades especializadas en mantener la libre competencia en los mercados (Comisión, autoridades nacionales de competencia). Ésta es

una política pública que responde a un interés general. El segundo es el que se desarrolla ante los tribunales ordinarios con el fin de salvaguardar los intereses de los particulares. La elección depende del resultado que persigue la víctima, de la urgencia de la situación y de los medios de que dispone (*vid., ad ex.*, CH. MOMÈGE, «La situation en droit français», en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 25-37; PH. WATSON, «La situation au Royaume-Uni», en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 39-43). En ocasiones, sólo hay procedimiento. Otras veces, hay dos procedimientos paralelos (para solicitar medidas cautelares y ante la autoridad nacional de competencia). A veces, el perjudicado acude, primero, a la autoridad administrativa, para que investigue una conducta anticompetitiva y, después, a los jueces para que fijen una indemnización (las *follow on lawsuits*). Las cuestiones interpuestas ante el TJCE se formularon en el marco de estas últimas.

A diferencia de la práctica europea, en los Estados Unidos es muy frecuente la interposición de acciones, solicitando de los tribunales la indemnización por daños y perjuicios causados por un pacto colusorio. La enorme litigiosidad a este respecto nada tiene que ver con el Derecho antitrust en sí mismo, sino con el régimen norteamericano de la responsabilidad civil (los denominados *treble damages* o indemnización de hasta el triple del daño causado), de la legitimación procesal activa (la *class action* o acción popular en favor de determinadas categorías de personas) y de la asistencia técnica de letrado (el *contingent fee* o pacto de cuota *litis* y la condena al pago íntegro de los honorarios del abogado de la parte vencedora en el proceso).

3.º) La Comisión ha iniciado el procedimiento para lograr, mediante el ejercicio por particulares de acciones indemnizatorias, mayor observancia de las normas comunitarias de competencia (*private enforcement*) (Comisión, *Livre vert, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 diciembre 2005, Documento COM [2005] 672 final) (sobre dicha reforma, *vid., ad ex.*, R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», *Gac.Jur.UE*, n.º 230, 2004, pp. 63-76; D. FASQUELLE/R. MÉSA, «Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Concurrences*, n.º 1, 2006, pp. 33-37; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005; W. VAN GERVEN, «Crehan and the way ahead», *Eur.Bus.L.Rev.*, 17, 2, 2006, pp. 269-274; F. HOSEINIAN, «Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background», *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; CL. A. JONES, «Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check», *World*

*Compet.*, 27, 1, 2004, pp. 13-24; M. KÖCK, «Die Eignung des deutschen Schadenersatzrechts zur Durchsetzung des Kartellrechts nach der Reform», en M. KÖCK y otros, *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 109-145; H. KÖHLER, «Kartellverbot und Schadenersatz», *GRUR*, 2004, pp. 99-103; P. LENNON/M. HOLMES, «Causation – The Route to Damages», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 475-478; G. V. S. MCCURDY, «The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 509-517; N. REICH, «The ‘Courage’ doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66; ID., «Compensation for antitrust injuries under EU law», en *Verbraucherrecht in Deutschland*, 2005, pp. 85-115; J. RIFFAULT-SILK, «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 6, 2006, pp. 84-90; I. RODRÍGUEZ DÍAZ, «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», *Gac.Jur.UE*, n.º 228, 2003, pp. 32-51; R. SALVADOR ROLDÁN, «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo norteamericano?», *Gac.Jur.UE*, n.º 226, 2003, pp. 71-81; K. SCHMIDT, «‘Privatisierung’ des Europakartellrechts. Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003», *Zeup*, 2004, pp. 881-886; I. SIMIC/N. MONNET, «Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaires: le temps fera l’affaire!», *RDAl*, n.º 3, 2006, pp. 385-402; S. WEICHBRODT, «US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere ‘punitive damages’», en *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 146-161; W. P. J. WILS, «Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?», *World Compet.*, 26, 3, 2003, pp. 473-488; D. WOODS/A. SINCLAIR/D. ASHTON, «Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 2, pp. 31-37).

Cabe, pues, preguntarse, en tanto la reforma iniciada fructifica, cuál es el régimen jurídico-comunitario actual de las indemnizaciones de daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia. Para contestar a esta pregunta, resulta obligado formular las siguientes puntualizaciones:

1.ª) El Derecho comunitario rompió su silencio en estas cuestiones con motivo del caso *Courage* (vid., ad ex., A. ANDREANGELI, «‘Courage Ltd v. Crehan’ and the enforcement of Article 81 EC before national courts», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 12, 2004, pp. 758-764; W. VAN GERVEN, «Crehan and the way ahead», *Eur.Bus.L.Rev.*, 17, 2, 2006, pp. 269-274; A. P. KOMNINOS, «New prospects for private enforcement of EC competition law: ‘Courage v.

Crehan' and the Community right to damages», *C.M.L.Rev.*, 39, 3, 2002, pp. 447-487; N. REICH, «The 'Courage' doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66). En 1990, *Courage*, un fabricante británico de cerveza, y *Grand Metropolitan*, sociedad con distintos intereses en la hostelería y restauración, acordaron fusionar sus establecimientos de bebidas (*pubs*), que ambos daban en arrendamiento. Para ello, transfirieron sus respectivos *pubs* a *Inntrepreneur Estates Ltd*, una sociedad participada a partes iguales por *Courage* y *Grand Metropolitan*. Un acuerdo celebrado entre esta filial común y *Courage* preveía que todos los arrendatarios de la filial debían adquirir su cerveza exclusivamente de *Courage*. Ésta estaba obligada a suministrar las cantidades de cerveza solicitadas a los precios fijados en las tarifas aplicables a los locales arrendados por *Inntrepreneur*.

*Inntrepreneur* presentaba un contrato tipo de arrendamiento a sus arrendatarios. Sólo la cuantía de la renta podía ser objeto de negociación con el arrendatario potencial. La obligación de compra exclusiva y las restantes cláusulas del contrato no eran negociables.

En 1991, el Sr. Crehan concluyó con *Inntrepreneur* dos contratos de arrendamiento por veinte años que incluían una obligación de compra a favor de *Courage*. El arrendatario del establecimiento debía comprar una determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e *Inntrepreneur* se comprometía a conseguir que los tipos de cerveza especificados fueran suministrados por *Courage* al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de esta última.

En 1993, *Courage* interpuso una demanda contra el Sr. Crehan, reclamándole, por impago de los suministros de cerveza, 15.266 libras esterlinas. Por su parte, el Sr. Crehan afirmó que la obligación de compra resultaba contraria al art. 81 TCE y reconvino con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios. El Sr. Crehan sostuvo que *Courage* vendía su cerveza a los arrendatarios independientes de *pubs* a unos precios sustancialmente más bajos que los que figuraban en la lista de precios aplicados a los arrendatarios de los locales de *Inntrepreneur*, que se hallaban vinculados con ella por una cláusula de exclusividad. Como consecuencia de la diferencia de precios –según el Sr. Crehan–, se reducía la rentabilidad de la actividad de los arrendatarios de establecimientos de bebidas sujetos a una cláusula de esta índole y obligados a poner fin a su actividad.

La *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* planteó varias cuestiones prejudiciales relacionadas con el art. 81 TCE y otras disposiciones de Derecho comunitario. Según el Derecho inglés, la parte en un acuerdo ilícito no puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la otra parte. Por consiguiente, observaba el tribunal británico, aun reconociendo que el arrendamiento celebrado infringiese el art. 81 TCE, la demanda de indemnización por daños y perjuicios al Sr. Crehan sería inadmisibles conforme al Derecho inglés. Una vez que la *Court of Appeal* señaló que el Tribu-

nal Supremo de los Estados Unidos de América declaró, en *Perma Life Mufflers Inc. v. Int'l Parts Corp.* (392 US 134 [1968]), que una de las partes en un acuerdo contrario a las normas sobre la competencia puede presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la otra parte contratante, cuando se halle en una situación de inferioridad económica, preguntó al Tribunal de Justicia, en esencia, si una parte de un contrato colusorio puede invocar la infracción del art. 81 TCE ante un órgano jurisdiccional nacional para que éste le proteja contra la otra parte contratante y si el Derecho comunitario se opone a una norma de Derecho nacional que niega a una persona el derecho a basarse en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue muy matizada:

a) Con carácter general, cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 81.1 TCE, incluso cuando sea parte de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición.

La *ratio* de esta interpretación no es otra que el hecho de que la plena eficacia del art. 81 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho, si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicitase la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

b) Con carácter especial, el Tribunal de Justicia puntualiza lo siguiente: un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado y tenga una *responsabilidad significativa* en la distorsión de la competencia. Con esta matización restringe la afirmación anterior. Lo decisivo es que quien solicite la indemnización por daños y perjuicios no haya tenido una responsabilidad significativa en la entente. Para determinar si concurre esa responsabilidad significativa, el órgano jurisdiccional nacional competente deberá considerar los siguientes elementos:

a') El *contexto económico y jurídico* en el que se hallan las partes, así como el *poder de negociación y el respectivo comportamiento* de ambas partes en el contrato.

b') En especial, incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de *inferioridad notoria* con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición.

c') En el supuesto de que el contrato forme parte de un *conjunto de contratos similares que producen un efecto acumulativo sobre el juego de la*



*competencia*, quien contrata con el titular de dicho conjunto de contratos similares puede no tener una responsabilidad significativa en la infracción del art. 81, en particular cuando, de hecho, *los términos del contrato le han sido impuestos* por el titular del conjunto (STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartados 3 a 7, 11, 13, 17, 24, 26, 29, 31 a 34 y 36).

2.<sup>a</sup>) Se reconoce que la infracción de las normas comunitarias sobre competencia puede causar daños y perjuicios y, por consiguiente, originar el deber de indemnizarlos: «... un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad» (STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartado 27).

3.<sup>a</sup>) El Derecho comunitario, sin embargo, no regula los requisitos para la indemnización de tales daños por una empresa por infracción del art. 81 u 82 del Tratado de Roma. Por consiguiente, la fijación del Derecho aplicable por los tribunales a estos supuestos es tarea que corresponde a los respectivos sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros.

4.<sup>a</sup>) Asimismo, la falta de una normativa comunitaria en esta materia provoca que tenga que ser el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro el competente para designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables (STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartado 29), siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la de recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*) (STJCE 10 julio 1997, *Palmisani*, C-261/95, apartado 27).

5.<sup>a</sup>) El Derecho comunitario deja, pues, una amplia libertad a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en esta materia, aunque, no obstante, limitándola con arreglo a *tres ideas básicas* que han sido formuladas por la STJCE 20 septiembre 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartados 24, 28 y 36:

a) Una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del art. 81 TCE, puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional (*relief*) contra la otra parte contratante.

b) El art. 81 TCE se opone a una norma de Derecho nacional que prohíba a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la

competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte de éste.

c) Por el contrario, el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia.

En el caso *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, el Tribunal consideró, en primer lugar, que una entente puede violar tanto las normas nacionales de defensa de la competencia como el art. 81 TCE, si, habida cuenta de las características del mercado nacional en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que dicha entente pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de las pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 52).

No se trata, como pudiera erróneamente pensarse, de un problema relativo a la localización de la restricción a la competencia. El Tribunal de Justicia ofrece una respuesta a un *problema clásico*: las relaciones entre el Derecho comunitario y las disposiciones sobre libre competencia de las legislaciones de los Estados miembros (A. ADRIÁN ARNAIZ, «Procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia [europeo]», en L. A. VELASCO SAN PEDRO [Dir.], *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006, pp. 573-579, conr. pp. 574-576; P. ARHEL, «Le cartel de la Lysine: ‘nos concurrents sont nos amis; nos clients sont les ennemis’ (à propôs de la décision du Trib. prem. inst. CE, 9 juillet 2003)», *Petites affiches*, vol. 392, n.º 171, 27 août 2003, pp. 4-12; W. DURNER, «Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt: Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts», *EuR*, 39, 4, 2004, pp. 547-574; R. ELLGER, «Das Verhältnis der Wettbewerbsregeln des EG-V zu den Gesetzen gegen Wettbewerbsbeschränkungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft – Vom Vorrangsprinzip zur Exklusivitätsregel», en J. BASEDOW *et al.* (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, 2001, pp. 265-292; C. GAUER/E. PAULIS, «Le règlement n.º 1/2003 et le principe du *ne bis in idem*», *Concurrences*, n.º 1, 2005, pp. 32-40; C. HARDING/A. GIBBS, «Why go to court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004», *Eur.L.Rev.*, 2005, pp. 349-369; A. HUCKE, *Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbe-*

*werbsrechts in Europa*, Baden-Baden, 2001; A. KACZOROWSKA, «The power of a National Competition Authority to disapply national law incompatible with EC law», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 9, 2004, pp. 591-599; R. NAZZINI, «Parallel and sequential proceedings in competition law: an essay on the modes of interaction between Community and national law», *Eur.Bus.L.Rev.*, 16, 2, 2005, pp. 245-273; S. O'KEEFFE, «First among equals: The Commission and the national courts as enforcers of EC competition law», *Eur.L.Rev.*, 26, 2001, pp. 301-311; T. LIEBAU, «*Ne bis in idem*» in Europa: zugleich ein Beitrag zum Kartellsanktionenrecht in der EU und zur Anrechnung drittstaatlicher Kartellsanktionen, Wien, 2005; L.F. PACE, «Die Dezentralisierungspolitik im EG-Kartellrecht: Sind Art. 3II, 6 der VO 1/2003 rechtmässig?», *EuZW*, 15, 10, 2004, pp. 301-305; T. SCHUMACHER, «Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 3 EG: Zulässigkeit von Kfz-Vertriebssystemen ausserhalb der Kfz-GVO», *WuW*, 55, 12, 2005, pp. 1222-1232; E. VERGNANO, «Competenze parallele e ne bis in idem: principi concorrenti nella nuova regolamentazione antitrust», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2005, pp. 1429-1447; J.-P. VIENNOIS, «La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national», *Rev.trim.dr.com.*, n.º 1, janvier-mars 2002, pp. 1-16; ID., «Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national: les apports du règlement CE n.º 1/2003 du 16 décembre 2002», *La Semaine juridique entreprise et affaires*, n.º 5, supplément au n.º 48, 27 novembre 2003, pp. 1-6; W. P. J. WILS, «The principle of the ne bis in idem in EC anti-trust enforcement», *World Compet.*, 26, 2, 2003, pp. 131-148). Ésta es una cuestión que ya había sido resuelta por la jurisprudencia comunitaria (*vid.*, *per omnia*, E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2ª ed., München, 2004, pp. 143 y ss.). No obstante, la ambigüedad del art. 3 del Reglamento 1/2003 a este respecto ha propiciado la aparición de diversas tesis interpretativas. Según una de ellas, el legislador comunitario se habría decantado por la *doctrina de la doble barrera* en el caso de los abusos de posición dominante y por la de la *barrera única* en el caso de las ententes. La sentencia objeto de este comentario muestra que no ha sido así y que el Tribunal de Justicia sigue contemplando la posibilidad de que una entente sea sometida tanto a la normativa comunitaria como a la del Estado miembro. Es una lástima que el Tribunal de Justicia no haya aprovechado la ocasión para matizar las relaciones entre tales ordenamientos. Pero, desde el punto de vista procedimental, no podía hacer otra cosa que limitarse a responder a las cuestiones que se le formularon.

Dicho esto, el TJCE recordó que el art. 81.1 TCE produce *efectos directos* en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 58). Por consiguiente, cualquier persona puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 81 TCE y, en con-

secuencia, hacer valer la nulidad de un acuerdo o una práctica prohibidos por dicho artículo (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 59).

El TJCE sigue, pues, la doctrina de *Courage*: reconoce una legitimación procesal activa amplia en aras de la eficacia del Derecho europeo de la competencia. Dicho con otros términos, implícitamente excluye la *passing-on defence*, tal como ha hecho, en la RFA, la *Siebtte GWB-Novelle* de 2005 (§ 33.3 GWB). Como ha señalado J. DREXL, de haberse admitido la exclusión de la *passing-on defence*, existiría el riesgo de que se rechazase la acción del primer adquirente, so pretexto de que participó en la entente, y de que el usuario final o consumidor no se animase a solicitar una indemnización, habida cuenta de la cuantía mínima de ésta en su caso (*vid.* J. DREXL, «La situation en Allemagne», en en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 141-156, *concr.* pp. 143 y 145-150).

Por último, el Tribunal consideró que, ante la ausencia de reglamentación comunitaria, corresponde a los Estados miembros hacer frente a varias cuestiones jurídicas:

1.ª) Designar los *órganos jurisdiccionales competentes* y configurar la *regulación procesal* de los recursos destinados a asegurar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del *efecto directo* del Derecho comunitario. Sin embargo, esta regulación no debe ser menos favorable que la que concierne a los recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) y no debe hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico comunitario (*principio de efectividad*) (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartados 62 y 72).

Para comprender el alcance real de esta afirmación, debe recordarse que, hasta entonces, al margen del *caso Courage*, las *contribuciones del Derecho comunitario* han sido las siguientes:

a) Los órganos jurisdiccionales nacionales están habilitados para aplicar los arts. 81 y 82 TCE y las consecuencias civiles derivadas de ellos (STJCE 14 diciembre 1983, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est S.A./Kerpen und Kerpen GmbH und Co. K.G.*, 319/82, *Rec.*, p. 4173).

b) El Reglamento (CE) n.º 1/2003 ha confirmado sus atribuciones en esta materia (art. 6). Además, ha previsto la cooperación entre la Comisión y los tribunales nacionales para asegurar la aplicación uniforme del Derecho europeo de la competencia (arts. 15 y 16).

c) El concepto de jurisdicción nacional competente para aplicar los arts. 81 y 82 TCE es esencialmente el mismo empleado para la cuestión prejudicial (art.

234 TCE) (*ad ex.*, STJCE 23 marzo 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.*, p. 1095, apartados 10, 12 y 13; STJCE 11 junio 1987, *Pretore di Saló*, 14/86, *Rec.*, p. 2547; STJCE 21 abril 1988, *Pardini/Ministero del Commercio con l'Estero*, 338/85, *Rec.*, p. 2041; STJCE 27 abril 1994, *Almelo y otros*, C-393/92, *Rec.*, p. I-1477; STJCE 27 enero 2005, *Denuit*, C-125/04, apartado 16).

Ninguna concreta el tribunal estatal ante el que reclamar una indemnización por incumplimiento de las normas de competencia, si la situación está conectada a varios Estados.

Convendría distinguir entre *competencia judicial internacional general* y *competencia judicial internacional especial*.

En el primer caso, se trata de saber cuál es la jurisdicción nacional competente en su conjunto para resolver el caso (*ad ex.*, si lo son los tribunales españoles, los franceses o los italianos). La sentencia objeto de este comentario no resuelve esta cuestión, sino que la da por resuelta. Para zanjarla, debería seguirse el siguiente razonamiento (S. POILLOT PERUZZETTO, «Présentation générale», en L. IDOT/C. PRIETO [Dir.], *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: Le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 103-132, concr. pp. 107-112):

1.º) Determinar si se trata de una *relación contractual* (*ad ex.*, litigio entre el fabricante que ha instaurado una red de distribución comercial y un distribuidor integrante de ésta) (S. POILLOT PERUZZETTO). Deberá resolverse una *cuestión de aplicabilidad*: si el Reglamento 44/2001 es aplicable. Será necesario verificar el ámbito de aplicación espacial, temporal, material y personal de dicho Reglamento (*vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 77-87). Afirmada la aplicabilidad del Reglamento 44/2001, surge una *cuestión de aplicación*: cuál es el juez competente según el Reglamento 44/2001. Si existe un acuerdo de elección de foro, será competente el órgano jurisdiccional designado por las partes (arts. 23 y 24 R. 44/2001) (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 99-114) y, en su defecto, el demandante podrá elegir entre el foro del domicilio del demandado (art. 2 R. 44/2001) (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 114-120) y el foro del lugar en el que la obligación que sirva de fundamento a la demanda deba ejecutarse (art. 5.1 R. 44/2001) (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [Dir.], *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 337 y ss., concr. pp. 338-343).

En caso de inaplicabilidad del Reglamento 44/2001 o de otro instrumento internacional o comunitario, deberá acudir al Derecho internacional privado de producción interna del Estado miembro.

2.º) Determinar si se trata de una *relación extracontractual* (*ad ex.*, litigio entre el fabricante que ha instaurado una red de distribución selectiva y un distribuidor al que no se le permite integrarse en ella, aunque cumple las condiciones objetivas o aunque se haya admitido a otro en su misma situación) (S. POILLOT PERUZZETTO). Despejada, como antes, la aplicabilidad del Reglamento 44/2001, el demandante podrá elegir, de ordinario, entre el foro del domicilio del demandado (art. 2 R. 44/2001) y el foro del país donde se hubiere producido o hubiere de producirse el hecho dañoso, siempre que el demandado estuviere domiciliado en un Estado miembro (art. 5.3 R. 44/2001) (sobre estas y otras posibilidades, *vid.* M. Eslava Rodríguez, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [Dir.], *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7.ª ed., Granada, 2006, pp. 535 y ss., conr. pp. 535-544).

Si el Reglamento 44/2001 u otro instrumento internacional o comunitario fueran inaplicables, se recurrirá al Derecho internacional privado de producción interna del Estado miembro.

Una vez fijada la competencia de los tribunales de un Estado miembro en su conjunto, la determinación de la *competencia especial* corresponderá al Estado miembro. Es él el que deberá determinar cuál de sus concretos tribunales será competente para conocer del asunto (= se trata de una *competencia interna*, una competencia reservada al Estado miembro). La STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartados 62 y 72, se limita a reconocer dicha facultad, sin más límites que el respeto de los *principios de equivalencia y efectividad*.

2.ª) Determinar el *plazo de prescripción* de la acción de indemnización del perjuicio causado por una entente prohibida por el art. 81 TCE, siempre que se respeten los *principios de equivalencia y efectividad* (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 81).

3.ª) El órgano jurisdiccional nacional debe verificar si una norma nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por una entente prohibida por el art. 81 TCE se computa a partir del día en que comienzan el acuerdo o la práctica prohibidos hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un *plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse* (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 82).

4.<sup>a</sup>) Por lo que respecta a la *extensión de la reparación*, el Tribunal de Justicia consideró que, si en el marco de las acciones similares a las basadas en las normas comunitarias de competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 99). Además, las personas que hayan sufrido un perjuicio deben poder solicitar la reparación no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses (STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, apartado 100).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

### III. Abuso de posición dominante

*Caso N.º 33. Abuso de posición dominante: STJCE 11 julio 2006, As. C-205/03 P. Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Comisión*

#### NOTA

¿Es la *actividad de compra*, en sí misma, una *actividad económica* a los fines del Derecho antitrust europeo? La STJCE 11 julio 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Comisión*, C-205/03 P, ha respondido que no. Más exactamente, ha concluido que, cuando entidades públicas gestoras de un sistema nacional de salud adquieren material sanitario destinado a ser utilizado en un medio hospitalario, no ejercen, por el solo hecho de estas compras, una actividad económica: «... lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado [...] no procede disociar la actividad de compra de un producto del uso posterior que se dé a éste para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra... el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra» (STJCE 11 julio 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria [FENIN]/Comisión*, C-205/03 P, apartados 25 y 26).

Su respuesta tiene interés por varios motivos:

1.º) La Seguridad Social y la sanidad pública son sectores muy importantes de la economía de los Estados miembros de la UE. Marcan la diferencia entre los partidarios del denominado *Estado del bienestar (welfare State)* y quienes recelan de éste. Como sectores económicos, no son, en principio, inmunes al Derecho europeo de la competencia. El problema estriba en

la necesidad de precisar hasta dónde llega éste (*vid., ad ex.*, S. BELHAJ/J.W. VAN DE GRONDEN, «Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking: is EC competition law applicable to the health care sector? (Joined cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK)», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 11, 2004, pp. 682-687; ST. BONI/P. MANZINI, «National social legislation and EC antitrust law», *World Compet.*, 24, 2, June 2001, pp. 239-255; G. CHAVRIER, «Établissement public de santé: logique économique et droit de la concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, n.º 2, 2006, pp. 274-287; B.-J. DRIJBER, «Joined cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01, 'AOK Bundesverband a.o.', judgment of the Full Court of 16 March 2004», *C.M.L.Rev.*, 42, 2, 2005, pp. 523-533; S. HENNION-MOREAU, «La notion d'entreprise en droit social communautaire», *Droit social*, n.º 11, novembre 2001, pp. 957-966; B. KARL, *Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Leistungserbringung in der Krankenversicherung*, Wien, 2005; M. KRAJEWSKI, «Festbetragsregelung, Krankenkassen und europäisches Wettbewerbsrecht», *EWS*, 15, 6, 2004, pp. 256-265; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, «Limited competition in national health systems and the application of competition law: the 'AOK Bundesverband' case», *Eur.L.Rev.*, 29, 6, 2004, pp. 842-851; K.W. LANGE, «Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa», *WuW*, 52, 10, 2002, pp. 953-961; K.P.E. LASOK, «When is an Undertaking not an Undertaking?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 7, 2004, pp. 383-385; A. NATZ, *Marktregulierung durch Arzneimittelfestbeträge – Gesetzliche Krankenkassen im Lichte des Wettbewerbsrechts der EU und der USA*, Frankfurt am Main, 2005; M. REYSEN/G. BAUER, «Health Insurance and European Competition Law. Anmerkung zu EuGH Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.)», *ZWeR*, 2004, pp. 568-591; A. RINKEN/O. KELLMER, «Kommunale Krankenhäuser als Instrumente sozial-staatlich-kommunaler Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsverbund», *Die Verwaltung*, 39, 1, 2006, pp. 1-28; R. P. SCHENKE, «Die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenversicherung im Spiegel des Europarechts», en *Steuerungsinstrumente im Recht der Gesundheitswesens*, vol. 1, *Wettbewerb*, 2005, pp. 77-108; ID., «Der Wettbewerbsgedanke im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung aus Sicht des Verfassungs- und Europarechts – Eine Rechtsprechungsanalyse», *WiVerw*, 2006, pp. 34-72).

2.º) En concreto, se trataba de dilucidar si la práctica de retrasos sistemáticos en el pago por dichas entidades públicas constituiría un abuso de posición dominante. Dicho con otros términos, si las demoras en los pagos infringirían el art. 82 TCE.

FENIN es una asociación que agrupa la mayoría de las empresas que comercializan material sanitario, en particular instrumentos médicos. Las ventas de éste al Sistema Nacional de Salud en España representaban más del 80% de su volumen de negocios. Según FENIN, el Sistema Nacional de



Salud les pagaba con un retraso medio de trescientos días. El plazo de mora era muy superior al de otros prestadores de servicios. En el origen de este trato discriminatorio, que, según FENIN, constituiría un abuso de posición dominante, estaría su imposibilidad de ejercer presión comercial alguna sobre veintiséis entes públicos (entre ellos, tres Ministerios) encargados de la gestión del Sistema Nacional de Salud en España (STJCE 11 julio 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria [FENIN]/Comisión*, C-205/03 P, apartados 1, 3 y 4).

Ahora bien, el art. 82 sólo es aplicable a las *empresas*, con exclusión de cualesquiera otros posibles sujetos. Por esto, era crucial despejar la cuestión de si entidades públicas gestoras de un sistema nacional de salud son, a estos efectos, *empresas* (A. HAFFNER, «'United States Postal Service v Flamingo Industries (USA) Ltd': does the USA have the answer to the 'undertaking problem' in Europe?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 397-402; J.W. VAN DE GRONDEN, «Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 2, 2004, pp. 87-94; V. LOURI, «The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity; Case T-319/99, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental v. Commission», *Leg.Iss.Eur.Integr.*, 2005, 32, 1, pp. 87-98).

La *noción comunitaria de empresa* del Derecho antitrust europeo es común a los arts. 81 y 82 del Tratado (M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005). De acuerdo con ella, dicha noción comprende toda entidad que ejerce una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de esta entidad y de su modo de financiación (STJCE 23 abril 1991, *Klaus Hoefner y Fritz Elser/Macroton GmbH*, C-41/90, *Rec.*, p. 1979, conctr. p. 2016, apartado 21) (En este sentido, también STJCE 17 febrero 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 y C-160/91, *Rec.*, 1993-I, p. 637, apartado 17; STJCE 19 enero 1994, *SAT/Eurocontrol*, C-364/92, *Rec.*, 1994-I, p. 43; STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, C-244/94, *Rec.*, 1995-I, p. 4013, apartado 14; STJCE 11 diciembre 1997, *Job Centre*, «*Job Centre II*», C-55/96, *Rec.*, p. I-7119, apartado 21; STJCE 18 junio 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, *Rec.*, p. I-3851, apartado 36). La noción de *actividad económica* se caracteriza por el hecho de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado (STJCE 16 junio 1987, *Comisión/Italia*, 118/85, *Rec.*, p. 2599, apartado 7; STJCE 18 junio 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, *Rec.*, p. I-3886, apartado 36; STJCE 12 septiembre 2000, *Pavlov y otros*, C-180/98 a C-184/98, *Rec.*, p. I-6451, apartados 74 y 75; C. JENNERT, «Wirtschaftliche Tätigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts», *WuW*, 54, 1, 2004, pp. 37-46; R. O'DONOGHUE/A. JORGE PARDILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Por-

tland, 2006, pp. 21-36; O. ODUDU, «The meaning of undertaking within 81 EC», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 7, 2004-2005, pp. 211-241). Por consiguiente, según el TJCE, el hecho de que tales entidades se entreguen a operaciones de compra no les atribuye la condición de empresa a los efectos del Derecho europeo de la competencia. Faltaba, pues, el primer presupuesto para que se les pudiese acusar de abuso de posición dominante.

El *quid* de la cuestión reside, pues, en precisar qué es lo que hay que considerar actividad económica en el sentido de los arts. 81 y 82 del Tratado, dado que estos preceptos únicamente se aplican a comportamientos empresariales. La práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria pone de relieve lo siguiente:

1.º) Existe un *concepto amplio y reiterado de actividad económica* por parte de la Comisión y el Tribunal de Justicia.

2.º) Otra cosa es que, para calificar una actividad como económica, se sigan, según los casos, dos vías diferentes. En efecto, unas veces se opera por *exclusión* y, otras, por *comparación* con las actividades del sector privado.

3.º) Conforme al criterio de *exclusión*, reiterada jurisprudencia considera que no son actividades económicas las que se vinculan al ejercicio de prerrogativas características del poder público y las que corresponden al desempeño de funciones de carácter exclusivamente social.

4.º) Dada la claridad, rotundidad y persistencia con que la Comisión y el Tribunal de Justicia han defendido dicha noción comunitaria de empresa, la continuada litigiosidad que genera esta cuestión se explica principalmente por la obstinación de algunos operadores económicos que se revuelven contra la aplicación del Derecho europeo de la competencia a sus actividades.

Así, según reiterada jurisprudencia comunitaria, no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado una actividad que:

1.º) Por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos –caso, *ad ex.*, de los organismos que participan en la gestión del *servicio público de la Seguridad Social* y que desempeñan una función de carácter exclusivamente social basada en el principio de la solidaridad nacional y desprovista de todo ánimo de lucro (STJCE 17 febrero 1993, *Poucet y Pistre*, C-159/91 y C-160/91, *Rec.*, p. I-637, apartados 18 y 19; STJCE 22 enero 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas e Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro [INAIL]*, C-218/00, *Rec.*, p. I-691, apartados 44 a 46) o de los organismos deportivos que establecen normas contra el dopaje y vigilan su cumplimiento con el fin de mantener el espíritu deportivo (el juego limpio) y cuidar la salud de los atletas (STPI 30 septiembre 2004, *David Meca Medina e Igor Majcen/Comisión*, T-313/02, apartados 44, 45, 47 y 48)–;

2.º) O se vincula al ejercicio de *prerrogativas del poder público* –caso, *ad ex.*, del control y la policía del espacio aéreo (STJCE 19 enero 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, *Rec.*, p. I-43, apartado 30), de la vigilancia anti-contaminación del medio ambiente marítimo (STJCE 18 marzo 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, *Rec.*, p. I-1547, apartados 22 y 23) o de la recaudación de impuestos por delegación del Estado (STJCE 11 septiembre 2003, *Altair Chimica SpA y ENEL Distribuzione Spa*, C-207/01, apartado 35)–.

Como ha puesto de relieve la práctica jurisprudencial comunitaria, la proliferación y diversidad en los Estados miembros de la UE tanto de regímenes especiales de sanidad y seguridad social –así como, en general, asistencia médica o cobertura económica en caso de un evento dañoso para la vida o la salud de las personas– como de fondos de pensiones han constituido el supuesto en el que resulta más difícil trazar la línea divisoria entre lo que es actividad social y lo que es actividad económica.

Para calificar, la jurisprudencia ha recurrido, según los casos, al criterio de la obligatoriedad o complementariedad del régimen y al del sistema de financiación empleado (solidaridad o capitalización) (STJCE 17 febrero 1993, *Poucet y Pistre*, C-159/91 y C-160/91, *Rec.*, p. I-637, apartados 15 y 18; STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, C-244/94, *Rec.*, 1995-I, p. 4013, apartados 17 y 22; STJCE 21 septiembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, apartados 81 y 84 a 87; STJCE 12 septiembre 2000, *Pavlov y otros*, C-180/98 a C-184/98, *Rec.*, p. I-6451; STJCE 22 enero 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas e Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro [INAIL]*, C-218/00, *Rec.*, p. I-691, apartados 43 a 46).

En alguna ocasión, el empleo de uno u otro de estos criterios hubiera podido conducir a conclusiones opuestas (STJCE 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband y otros/Ichthylol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. y otros*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, apartados 51, 52, 53, 63, 64 y 65).

Lo más frecuente es que sea una sociedad de Derecho privado, pero también puede tratarse de una empresa con un estatuto jurídico-público, de una asociación (Dec. Com. 29 noviembre 1974, *Entente franco-japonaise concernant les roulements à billes*, JO L 343 de 21 diciembre 1974), de una asociación profesional –caso, *ad ex.*, de las sociedades de autores (*ad ex.*, STJCE 21 marzo 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73, *Rec.*, p. 313)–, de una cooperativa (Dec. Com. 5 noviembre 1979, *Stremmel*, JO L 51 de 25 febrero 1980 y STJCE 25 marzo 1981, *Stremmel*, C-61/80, *Rec.*, p. 851), de un organismo encargado de la gestión de los regímenes complementarios de jubilación (*ad ex.*, STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances*, C-244/94, *Rec.*, p. I-4013), de fondos de pensiones (*ad ex.*, STJCE 21 septiembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751) o, por el contrario, de una persona física, como, *ad ex.*, el inventor o el autor de una obra

de arte (pintor, escritor, cantante...) que comercializan los productos de su ingenio y trabajo, otorgando una licencia de patente (*ad ex.*, Dec. Com. 2 diciembre 1975, *JO L* 6 de 13 enero 1976) o cediendo sus derechos de autor (*ad ex.*, Dec. Com. 26 mayo 1978, *RAI/UNITEL*, *JO L* 157 de 15 junio 1978), o, en general, los profesionales liberales (Dec. Com. 30 junio 1993, *CNSD*, *DO L* 203 de 13 agosto 1993; STPI 30 marzo 2000, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión*, T-513/93, apartados 37 y 38), como, *ad ex.*, el médico que ejerce su actividad como un profesional liberal, el agente de aduanas que ofrece, mediante retribución, servicios consistentes en efectuar las formalidades aduaneras, relativas, sobre todo, a la importación, exportación y tránsito de mercancías, así como otros servicios complementarios, como servicios propios del ámbito monetario, comercial y fiscal, o el abogado, que ofrece, a cambio de una retribución, diversos servicios de asistencia jurídica (elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos) así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales y asume los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades.

Las disposiciones del Tratado de Roma en materia de competencia son aplicables a las actividades de un organismo que sean destacables de las que ejerce en tanto que autoridad pública (STJCE 11 julio 1985, *Comisión/Alemania*, 107/84, *Rec.*, p. 2655, apartados 14 y 15; STJCE 24 octubre 2002, *Aéroports de París/Comisión* y *Alpha Flight Services SAS*, C-82/01 P, *Rec.*, p. I-9297, apartados 74, 76 y 77).

Por otra parte, el ánimo de lucro está generalmente presente en la actividad empresarial (N. GAVIANO, «La decisione comunitaria sulle fondazioni bancarie: diritto della concorrenza ed enti non-profit», *Il diritto dell'Unione Europea*, 8, 1, 2003, pp. 89-114), aunque no es indispensable –caso, *ad ex.*, de los fondos de pensiones (STJCE 21 septiembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751; STJCE 21 septiembre 1999, *Brentjens'*, C-115/97, C-116/97 y C-117/97, *Rec.*, p. I-6025; STJCE 21 septiembre 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, C-219/97, *Rec.*, p. I-6121), de los organismos encargados de la gestión de un régimen complementario de jubilación, que es una actividad económica cuando compite con las prestaciones ofrecidas por las compañías de seguros de vida (*ad ex.*, STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances*, C-244/94, *Rec.*, p. I-4013), y de algunos organismos deportivos que, no obstante, intervienen en el mercado y despliegan una auténtica actividad empresarial en él (Dec. Com. 19 abril 2001, *Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA*, *DO L* 171 de 26 junio 2001)–.

En el caso objeto de este comentario, el Tribunal de Justicia excluyó la posibilidad de que se hubiese cometido un abuso de posición dominante. El TJCE pudo seguir *dos vías*:

a) Primera: Apoyarse en la *teoría general del abuso de posición dominante* (art. 82 TCE) (*ad ex.*, D. DIRKSEN, «Artikel 82», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.<sup>a</sup> ed., vol. II, München, 2006, pp. 466 y ss.). Sólo puede existir abuso de posición dominante cuando concurren cuatro elementos: la existencia de una empresa (= problema del *Unternehmensbegriff*), que ésta tenga posición dominante en un mercado (= problema de la *beherrschende Stellung*), que abuse de su posición de dominio (= problema del *Missbrauch*) y que afecte al comercio entre los Estados miembros (= problema de la *Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*). El Tribunal consideró que, faltando el primero de estos elementos, no procedía examinar los otros.

b) Segunda: Apoyarse en la posibilidad de un *régimen especial para los servicios de interés general* (art. 86.2 TCE) (*ad ex.*, C. STADLER, «Artikel 86», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.<sup>a</sup> ed., vol. II, München, 2006, pp. 553 y ss.).

El TJCE, en definitiva, siguió la primera de ambas vías. Quizá fuera decisivo que la primera fuese mucho más sencilla que la segunda. Los conceptos comunitarios de *servicio de interés general* y de *servicio económico de interés general* son un avispero de problemas (Comisión, *Libro verde sobre los servicios de interés general*, 21 mayo 2003, COM[2003] 270 final; Comisión, *Libro blanco sobre los servicios de interés general*, 12 mayo 2004, COM[2004] 374 final; C. STADLER, «Artikel 86», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.<sup>a</sup> ed., vol. II, München, 2006, pp. 569-574). Era más sencillo negar la posibilidad de que se produjese un abuso (art. 82) que afirmar tal posibilidad para, a continuación, verificar su posible justificación a través del art. 86 del Tratado.

Cuestión distinta es si, desde la perspectiva comunitaria, las empresas que padecen retrasos sistemáticos en los pagos están indefensas ante sus clientes. La respuesta es negativa. Una cosa es que el Derecho europeo de la competencia –en concreto, el art. 82 TCE– no las ampare. Otra diferente es que sí haya otras disposiciones de Derecho comunitario que deban ser invocadas: en efecto, en casos semejantes a los que se encuentran en el origen de la sentencia comentada, cabría referirse a la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 junio 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, *DO L* 200 de 8 agosto 2000, y su transposición al Derecho español por la Ley 3/2004 de 29 diciembre de «medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

La precisión es importante, porque la Directiva 2000/35/CE establece un régimen sancionador muy distinto al que procede en el caso del art. 82 TCE:

a) En el caso de que haya abuso de posición dominante, puede haber consecuencias jurídico-administrativas (multas y multas coercitivas) y jurí-

dico-civiles (nulidad, indemnización de daños y perjuicios) (*vid., ad ex.*, D. DIRKSEN, «Artikel 82», en E. LANGEN/H.-J. BUNTE [Hrsg.], *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.<sup>a</sup> ed., vol. II, München, 2006, pp. 534-537). En el caso de que sólo haya habido morosidad, las consecuencias jurídicas son exclusivamente civiles (indemnización de daños y perjuicios).

b) Incluso el régimen indemnizatorio previsto por la Directiva 2000/35/CE es, en la actualidad, muy distinto al derivado del incumplimiento del art. 82 TCE. Es posible, además, que, en el futuro, de culminarse una reforma legal pendiente, la diferencia entre ambos regímenes indemnizatorios sea aún mayor (sobre dicha reforma, *vid., ad ex.*, R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», *Gac.Jur.UE*, n.º 230, 2004, pp. 63-76; D. FASQUELLE/R. MÉSA, «Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Concurrences*, n.º 1, 2006, pp. 33-37; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005; F. HOSEINIAN, «Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background», *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; CL. A. JONES, «Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check», *World Compet.*, 27, 1, 2004, pp. 13-24; M. KÖCK, «Die Eignung des deutschen Schadensersatzrechts zur Durchsetzung des Kartellrechts nach der Reform», en M. KÖCK y otros, *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 109-145; H. KÖHLER, «Kartellverbot und Schadensersatz», *GRUR*, 2004, pp. 99-103; P. LENNON/M. HOLMES, «Causation – The Route to Damages», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 475-478; G. V. S. MCCURDY, «The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective», *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 8, 2004, pp. 509-517; J. RIFFAULT-SILK, «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 6, 2006, pp. 84-90; I. RODRÍGUEZ DÍAZ, «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», *Gac.Jur.UE*, n.º 228, 2003, pp. 32-51; R. SALVADOR ROLDÁN, «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo norteamericano?», *Gac.Jur.UE*, n.º 226, 2003, pp. 71-81; K. SCHMIDT, «'Privatisierung' des Europakartellrechts. Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003», *Zeup*, 2004, pp. 881-886; S. WEICHBRODT, «US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere 'punitive damages'», en *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 146-161; W. P. J. WILS, «Should priva-

te antitrust enforcement be encouraged in Europe?», *World Compet.*, 26, 3, 2003, pp. 473-488; D. WOODS/A. SINCLAIR/D. ASHTON, «Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead», *Competition Policy Newsletter*, 2004, 2, pp. 31-37).

Es posible que, sin esta normativa «de recambio» aplicable, la posición del Tribunal de Justicia no hubiera sido tan categórica. Es posible que la jurisprudencia comunitaria haya ganado en seguridad lo que ha perdido de precisión. Siempre le quedará a un sector doctrinal la impresión de que la posible existencia de una empresa o de actividad económica, a efectos del art. 82 TCE, debió contemplarse no sólo desde el punto de vista de la oferta, sino también de la demanda (*vid.* A. SCHEFFLER, «EuGH: Unternehmensbegriff nach EG-Kartellrecht – FENIN/Kommission u.a: Anmerkung», *EuZW*, 17, 19, 2006, pp. 601-603). Quienes creen esto último, sin duda, se sentirán decepcionados por la solución dada al caso FENIN, con el que esperaron que tenues indicios jurisprudenciales se desarrollaran y consolidasen. Se puede recordar, parafraseando a ORTEGA, que de lo que se quiere ser y lo que se creer ser ya va la distancia entre lo trágico y lo cómico. Cabe esperar, pues, que nadie malinterprete la sentencia del TJCE y la confunda con la pretensión de la actora.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

#### IV. Concentraciones

*Caso N.º 34. Concentraciones: Dec. Com. 6 octubre 2004, As. COMP/M. 3099- Areva/Urengo*

##### NOTA

La primera cuestión que llama la atención de esta Decisión de la Comisión (DOUE L 61, 2 marzo 2006, p. 11 y ss.) es que se haya adoptado en aplicación del Reglamento (CEE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 24 de 29 enero 2004), al menos así se anuncia en su introducción. Sin embargo, en el texto de la Decisión se precisa que la petición de reenvío de la operación por parte de las autoridades de Francia, Suecia y Alemania (Artículo 22) se realizó el 8 y el 26 abril de 2004, por tanto, después de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, el 18 de febrero 2004, pero antes de su aplicabilidad (artículo 26.1). No sólo no era aplicable el nuevo Reglamento 139/2004 sino que, además, éste establece claramente en su artículo 26.3 su irretroactividad, de tal manera que se aplicará a las operaciones de concentración realizadas, o anunciadas con posterioridad a su aplicabilidad, esto es, el 1 de mayo de 2004.

Algunas de las empresas participantes en la operación son empresas públicas; por un lado, Areva, controlada por el Estado francés que adquiere

el control conjunto de Enrichment Technology Company Limited (en adelante ETC) controlada hasta ese momento en exclusiva por Urenco Limited (Reino Unido). La aplicación del Reglamento de concentraciones a las empresas públicas está previsto por el principio de no discriminación entre empresas públicas y privadas (considerando n.º 22 Reglamento 139/2004). Las empresas están controladas por distintas entidades económicas, con un poder de decisión autónomo, el Estado francés por un lado, y Urenco Limited, establecida al amparo del Tratado de Almelo, concluido entre Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido, por otro. Por tanto, no hay duda de que la operación supone una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones.

A pesar de que finalmente la Comisión conoció del asunto, la operación no tiene dimensión comunitaria porque no alcanza los volúmenes de negocios requeridos en el Artículo 1 del Reglamento de concentraciones. De modo que las partes notificaron la operación a las correspondientes autoridades nacionales de la competencia. Mientras que las autoridades del Reino Unido entendieron que la operación no requería ninguna investigación con arreglo a la legislación británica, las autoridades de Francia, Alemania y Suecia hicieron uso de la llamada cláusula holandesa (Artículo 22) y pidieron, conjuntamente, a la Comisión la investigación de la operación. Para la aplicación de esta cláusula se requiere la amenaza de creación o reforzamiento de una posición dominante. Éste era el caso, ya que, con la operación se creaba una relación estructural entre los dos principales proveedores europeos de servicios de enriquecimiento de uranio. La operación, además, produciría efectos sobre el comercio entre Estados miembros porque el mercado geográfico relevante englobaba, al menos, el EEE.

Pero lo más interesante de esta operación es la evaluación que la Comisión realiza de sus preocupaciones con respecto a la competencia en relación con el suministro del uranio enriquecido y los compromisos propuestos por las partes para la definitiva autorización de la operación.

a) En primer lugar, las conexiones estructurales a través de la empresa a riesgo compartido (ETC) permiten que las partes controlen recíprocamente sus decisiones sobre el incremento de la capacidad de producción ya que inicialmente se pactó que el suministro de centrifugadoras a Areva o Urenco exigiría la aprobación unánime del consejo de administración de ETC. Este control puede llevar, con toda probabilidad, al incremento de los precios en la Unión Europea. Además, Areva y Urenco nombran a igual número de miembros del consejo, de tal modo que ambas podrían impedir el aumento de capacidad de la otra. Para despejar las preocupaciones de la Comisión, las partes se comprometen a que tales decisiones no requieran la aprobación del consejo de administración, sino que serán adoptadas por los ejecutivos, si se cumplen tres condiciones: 1) las condiciones no sean más favorables que en el resto de los contratos con Areva o Urenco; 2) los contratos se subordina-



rán a la aprobación de una Comisión mixta o de una instancia reguladora gubernamental y 3) el gasto en capital adicional propuesto no sobrepase los 20 millones.

Los ejecutivos no son miembros del consejo de administración y los auditores independientes de la empresa ETC se comprometen también a informar a la Comisión regularmente sobre el cumplimiento de este compromiso.

b) En segundo lugar, la operación puede facilitar la coordinación tácita de la oferta en la UE por los siguientes factores: 1) la centralización de las decisiones sobre la capacidad en ETC; 2) la relación estructural con ETC y 3) las mayores posibilidades de intercambio de información. En estas condiciones, los competidores o los clientes pueden no ser capaces de contrarrestar la coordinación de la oferta de las dos empresas suministradoras principales porque sus principales competidores no están en condiciones de desestabilizar un acuerdo en común entre las dos partes.

Las partes se comprometen a reforzar las medidas de seguridad entre las matrices y ETC y entre cada una de las partes que consisten en medidas para reducir el flujo de información entre ETC y las sociedades matrices. Así, se dispone, entre otras obligaciones, que Areva y Urenco no tendrán acceso a información comercialmente sensible relativa al grupo ETC o que Areva y Urenco no participarán en las operaciones cotidianas de ETC y que la estructura de gestión de TEC será independiente de las partes. Estos compromisos son, si cabe, soluciones más débiles que las anteriores y, en nuestra opinión, difíciles de controlar a pesar de que la Agencia de Abastecimiento de EURATOM se ha comprometido, a su vez, a comunicar a la Comisión los elementos contractuales referentes a los contratos de enriquecimiento, como los precios y las condiciones de pago. Asimismo, esta agencia se compromete a supervisar la evolución de los precios del uranio enriquecido cobrados por las partes de la operación, y estaría dispuesta a tomar medidas correctoras como incrementar las importaciones de uranio enriquecido no europeo. Estos compromisos disipan las dudas de la Comisión respecto de la competencia sin embargo, aumentan de nuevo su trabajo y la dedicación de recursos materiales y humanos de la instancia comunitaria para el control del cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes.

Natividad Goñi Urriza

*Caso N.º 35. Concentraciones: Dec. Com. 18 octubre 2005, As. COMP/M.3894–Unicredito/HVB*

NOTA

La fusión de dos entidades bancarias, la italiana Unicredito (UCI) y la alemana HVB, no ofrece dudas sobre su compatibilidad con el mercado

común. Sin embargo, se trata de una operación que trasciende los límites nacionales italiano o alemán (donde en realidad no ofrece ningún problema), al implicar a sus respectivas filiales. Particularmente, la fusión afecta a los mercados bancarios de las Repúblicas Checa y Eslovaca y de Polonia, donde ambas entidades cuentan con filiales. En realidad en las dos primeras Repúblicas, la operación dará lugar a una entidad que quedaría colocada en puestos secundarios en el *ranking* de importancia de las entidades presentes en ambos Estados. Sus cuotas de mercado combinadas no superarían el 15% en ninguno de los dos, excepto para el servicio de depósitos de fondos en la República Checa, que precisa de una matización especial.

A pesar de que la cuota combinada resultante de la fusión, en la República Checa, implica alcanzar una cuota del 50-60% para este segmento de los depósitos de fondos, debe tenerse en cuenta una serie de factores correctores de este dato. El primero, que el número de fondos existentes de este tipo muy limitado (11 mutuales y otros 11 de pensiones en diciembre de 2004), por lo que la porción de mercado puede variar con mucha facilidad, a poco que uno de esos fondos decida cambiar de entidad depositaria. Cuestión que no es difícil, si tenemos en cuenta que no existen obstáculos o barreras significativas, ni legales, ni económicas, ni siquiera prácticas, que eviten ese cambio. Además, existen importantes competidores que proporcionan el servicio de depósito de fondos, tanto entidades bancarias de primera línea, como grupos bancarios bien conocidos, tales como ING, Citibank o Deutsche Bank, que aunque no lleguen a estar presentes significativamente en ese mercado, pueden estarlo a través de sus afiliados. Por lo tanto, las alternativas competitivas son suficientes y, además, fuertes, tras la fusión, para ofrecer este tipo de servicios.

El caso polaco tiene una perspectiva diferente. Para hacerse una idea del panorama bancario de Polonia, debe partirse de la base de que el principal banco polaco, el PKO, tiene participación gubernamental, pero no es el único en esa situación. Además están muy presentes las cooperativas de crédito y otros bancos privados, pero, en su mayoría (8 de cada 10), participados por grupos extranjeros, y bajo su control. La fusión de las dos filiales de UCI y HVB en Polonia, Pekao y BPH respectivamente, supone la agrupación del segundo y tercer banco en el *ranking* nacional, lo que les colocará en situación de liderazgo tanto por el total de activos bancarios, como por el número de sucursales. Además, debe destacarse el bajo nivel de concentración del mercado bancario, en el que los cinco primeros bancos se reparten el 50% de los activos totales.

En cuanto a los mercados afectados, se van repasando los servicios minoristas, llegándose a la conclusión de que, con excepción de los servicios de custodia de cuentas o distribución de fondos mutuales, su cuota no alcanzaría el 30%. Aunque eso supone un incremento, en realidad, no es susceptible de lesionar la competencia, pues se colocarían en segundo lugar, tras la entidad participada por el Estado PKO, y se mantendría la existencia de otros

muchos bancos comerciales y cooperativas de crédito. Sin embargo, los otros dos servicios, el de custodia y distribución de fondos mutuales, superan esos márgenes, y así como el primero no es significativo, por los fuertes competidores con los que cuenta, el de distribución sí precisa de un análisis más detallado. El pionero en estos servicios en Polonia fue la filial de UCI, Pekao, debido a una estrategia temprana de incentivo a los inversores para canalizar sus ahorros hacia este tipo de fondos, frente a otras alternativas como la Deuda Pública o las cuentas de ahorro. Eso hace que en la actualidad su cuota de mercado ascienda al 25-35% de todos los depósitos. También es cierto que el atractivo de estos fondos es cíclico, en función de otros productos de inversión, por ejemplo, el mercado de valores nacional, que tiende a elevarse en detrimento de los fondos, que son premiados con tipos de interés más bajos. Este declive permite afirmar que es un mercado cercano a la saturación. Aunque se unan los clientes de ambas entidades bancarias, se debe valorar también la agresiva política comercial de los demás competidores sobre sus clientes. Por ejemplo, PKO se ha aliado estratégicamente con Credit Suisse para distribuir sus últimos fondos creados. De modo similar sucede con los demás bancos comerciales, participados por bancos extranjeros con suficiente experiencia en la materia. Por lo tanto, en tanto el mercado se amplía, la cuota de mercado de las partes fusionadas tiende a disminuir, pues los fondos existentes van a colocarse entre los clientes de las distintas sucursales, al tiempo que entran fondos extranjeros con otras estrategias de distribución. Por ejemplo, venta directa, intermediada a través de corredores independientes o confiándoselos a bancos especializados en la diversificación de estos productos, por ejemplo Citybank. No parece que la fusión, por tanto, a pesar de la cuota de mercado, pueda impedir el acceso al mercado de rivales o de las principales gestoras de fondos de la Unión Europea, muchas de las cuales tienen un adecuado nivel económico y de prestigio como para obtener el reconocimiento de sus fondos, conservando así el mercado suficiente potencial de crecimiento.

La decisión también da un repaso a los principales servicios bancarios, sin detectar mayores problemas, excepción hecha de la gestión de activos, en estrecha relación con los depósitos anteriores. Se repasan los servicios a empresas o corporativos, el factoring, los servicios de inversión, del mercado financiero, y en ninguno se detecta que el mercado combinado pueda lesionar de algún modo la libre competencia. La gestión de activos, sin embargo, enlaza con la anterior preocupación a nivel minorista, de distribución de fondos.

Es palpable la preferencia del inversor polaco por fondos cuyo referente sean activos nacionales, por lo que su creación y gestión, se ven favorecidos por las fórmulas de distribución a través de sucursales, incentivando a los clientes de servicios minoristas a este tipo de inversión. Pero también es cierto que gozan de una menor capitalización respecto de otros fondos, y que, del 100% de fondos existentes, solo el 80% quedaría bajo la cuota combina-

da. Por esos motivos, no parece que existan razones preocupantes para la competencia.

Se hace referencia, finalmente, a otra circunstancia que parecía preocupante, dentro del mercado interbancario de pagos. Y es que la estructura y composición de la KIR (Cámara de Compensación Nacional polaca para la transferencia de créditos y débitos) está participada por los principales bancos de Polonia. Tras la fusión, la entidad resultante se convertirá en propietaria del 34,44% de ésta. Sin embargo, su representación en el órgano supervisor de la Cámara está condicionada por un sistema de representación de minorías que les impide una posición reforzada en él tras la fusión. En conclusión, la operación no lesiona el juego de la libre competencia en los distintos mercados geográficos y de productos analizados, resultando relevante, en el caso polaco, la significativa presencia de sucursales de todos los bancos y cooperativas de crédito en las principales regiones del país.

Olatz Retortillo Atienza

*Caso N.º 36. Concentraciones: Dec. Com. 10 enero 2006, As. COMP/M.4035–Telefónica/O2*

#### NOTA

El papel de las alianzas en los servicios de telecomunicaciones internacionales es trascendental para entender esta Decisión, adoptada en el marco de lo establecido en el apartado 2 del art. 6 del Reglamento 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. La operación arranca con la notificación por parte de la empresa española Telefónica, del lanzamiento de una OPA sobre la totalidad del capital social de la inglesa O2, lo que, al parecer de la Comisión, genera serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común. Esta incompatibilidad queda finalmente suplida mediante la adopción de una de las dos soluciones o remedios propuestos, que consiste en la salida de Telefónica de la alianza Freemove. Para comprender el alcance de la concentración, es preciso analizar, por un lado, la evolución y panorama actual de esos acuerdos o alianzas en el mercado internacional de telecomunicaciones, y, a continuación, comprobar cómo afectan, concretamente, a dos mercados considerados relevantes a nivel internacional: el mayorista de *roaming* (o uso en itinerancia), y el de servicios avanzados integrados paneuropeos de telecomunicaciones móviles para clientes internacionales.

Veamos los antecedentes de las alianzas internacionales existentes. El punto de partida es la internacionalización del tráfico de los servicios de telecomunicaciones, y en consonancia con ello, el desarrollo y mejora de la tecnología que permite dirigir el tráfico en itinerancia internacional hacia redes específicas. Por *mercado mayorista de «roaming» o uso en itinerancia inter-*

*nacional*, hemos de entender aquel servicio que permite a los operadores de telecomunicaciones móviles, ofrecer a sus clientes que viajen al extranjero la posibilidad de realizar y recibir llamadas con su teléfono móvil. A través de acuerdos, se logra que un operador tenga acceso y capacidad en un país distinto en el que es operativo. Eso conlleva que los usuarios puedan obtener un servicio de telecomunicaciones móviles itinerante integrado, es decir, no limitado al territorio en el que dichos operadores disponen de red. Originariamente, el operador nacional no podía dirigir el tráfico de salida de sus clientes, y se veía obligado a comprar el *roaming* de salida de la red extranjera respectiva, pero, en la actualidad, el tráfico itinerante puede pasar por cualquier red disponible en los operadores de los países en los que se está viajando. Los operadores de red pueden, y de hecho, lo hacen, elegir las redes de tráfico en el extranjero para sus clientes. Uno de esos mecanismos de dirección del tráfico es la utilización de listas preferentes en las tarjetas SIM de los usuarios. Estas listas se utilizan a través de sistemas de comunicación sin cable, tecnología remota *over-the-air* (OTA), y, aunque los usuarios pueden elegir manualmente el operador extranjero que deseen, en la mayoría de los casos aceptan el seleccionado por su operador nacional, por lo que puede afirmarse que existe un grado elevado de dirección del tráfico hacia los operadores deseados por el nacional.

En principio, pues, todos los operadores de red extranjeros son elegibles. Pero no es sólo una cuestión de opción, sino que además tiene trascendencia en el precio. Para proporcionar el servicio de *roaming* internacional, los operadores suelen comprometerse bilateralmente con todos los operadores de otros países, en el marco del acuerdo de la Asociación GSM de Roaming Internacional Standard (STIRA), que proporciona *roaming* al por mayor sobre la base de una tarifa interoperadores (IOT). Esta tarifa es publicada por la Asociación GSM y representa la recaudación que la red visitante deja en la red doméstica por el uso de la red visitada. A pesar de que STIRA establece que se ofrezca la IOT a todos los operadores extranjeros sin discriminación, es normal que los operadores negocien descuentos de esta tarifa que pueden ser incondicionales o en función del volumen de tráfico. De este modo, el operador de red que ha adquirido *roaming* al por mayor, lo que hace es dirigir a sus usuarios hacia el recorrido exterior preferido en cada país extranjero. El precio por minuto, en el mercado mayorista, que un operador doméstico tiene que pagar por el *roaming* internacional en un país extranjero, viene dado en función del tráfico que haya enviado a esa red, habiéndose apreciado significativos descuentos sobre la tarifa IOT.

Generalmente, los acuerdos no suelen ser unidireccionales, sino recíprocos, pactándose la compra mutua del respectivo *roaming* entre los abastecedores, que acostumbran a seguir el esquema de precio y volumen, de modo que los descuentos se aplican a ambas partes, aunque no necesariamente de forma simétrica. Eso exige un flujo mutuo de tráfico importante, por lo que elegir a uno u otro abastecedor es una parte esencial de las negociaciones. Las prefe-

rencias de un operador generan con su elección beneficio en la red extranjera, que, a su vez, se verá recompensada con la recepción de tráfico de vuelta. Esta reciprocidad supone la adquisición de grandes volúmenes de *roaming* entre las respectivas operadoras, y los descuentos sobre IOT también serán apreciables en el tráfico intercambiado. Debe tenerse en mente que el operador doméstico va a dirigir a sus usuarios hacia esa red extranjera que prevé le vaya a ser más rentable combinando precio (descuentos) y tráfico de vuelta.

Y aquí entran en juego las alianzas. Si la evolución tecnológica permite desarrollar y mejorar la dirección del tráfico en redes específicas, la primera reacción, en concreto del principal grupo internacional (Vodafone), fue interiorizar en gran medida este tráfico de *roaming*. Y Vodafone lo hizo a través de la integración vertical, de ahí su huella internacional, comprando al por mayor *roaming* internacional, cada vez más procedente de sus propios afiliados de grupo que de terceros operadores de red. Pero no es el único, pues en fechas recientes se han creado dos alianzas: Starmap y Freemove. Una de las principales metas de esta última era reaccionar ante este nuevo desarrollo, así como interiorizar el tráfico en las redes de los miembros de la alianza, obteniendo los efectos de la integración vertical a través de acuerdos. Otro objetivo era dar respuesta a la demanda de los clientes multinacionales (a los que se refiere el mercado integrado avanzado paneuropeo), que fue también motivación predominante para la creación de Starmap.

En el caso de Freemove, sus cuatro miembros son los más grandes del mercado común, Telefónica Móviles (Telefónica), Orange (France Télécom), TIM (Telecom Italia) y T-Mobile (Deutsche Telekom). La alianza está presente en Alemania, Italia, Reino Unido, Francia, España, Holanda, Austria, Eslovaquia, República Checa, Hungría, Bélgica y Grecia. Sus principales objetivos son éstos: (I) dirigir más tráfico en itinerancia de salida sobre las redes de uno de sus miembros; (II) hacer ofertas combinadas a los clientes multinacionales, y (III) desarrollar la oferta de servicios integrados que permitan la experiencia del «hogar virtual» (*virtual home*), a través del cual el usuario no encuentre diferencia entre usar los servicios de móviles en su país de origen y en el extranjero. Para ello, se conviene que todo el tráfico de salida se dirija a las redes de los miembros.

En el caso Starmap, los operadores cooperantes son más pequeños, y su principal objetivo es realizar ofertas comunes a clientes multinacionales. Entre otros, participa O2, y la extensión geográfica en la que están activos es Austria, República Checa, Dinamarca, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Noruega, España, Suiza y el Reino Unido.

Por su parte, Vodafone es el operador más grande en la Unión Europea, con presencia directa en doce países, y en otros ocho a través de su participación en acuerdos, que supuso la creación de la red Eurocall.

Además existen otros operadores de redes que no han consolidado acuerdos o alianzas, calificados como independientes, que están presentes en distintos países donde también se encuentran activos Starmap o Freemove.

Tras la fusión, es probable un cambio de alianza por parte de O2, de Star-map a Freemove, incorporación que acarrea dos consecuencias graves: la reducción del número de abastecedores independientes y el consiguiente aumento de los precios, tanto mayoristas como minoristas. En el mercado de costes de los mayoristas, concretamente para los no aliados y para los independientes de Starmap, O2 dejará de ser un abastecedor independiente, y por tanto, quedará fuera de los acuerdos recíprocos previstos. Particularmente, será significativo en el Reino Unido, Irlanda y Alemania, donde el número de abastecedores independientes de este servicio pertenecientes a Starmap se verá reducido (en el primero, de uno a ninguno, y en Irlanda y Alemania, de dos a uno). Así, la demanda de O2 no estará disponible en el futuro para los abastecedores independientes, especialmente los de Starmap, por lo que los miembros de esa alianza se verán obligados a comprar unidireccionalmente, sin reciprocidad, el *roaming* internacional. Eso conllevará el consiguiente incremento de sus costes, particularmente en los países referidos, Reino Unido, Irlanda y Alemania, donde opera. Pero la consecuencia inmediata es que, además, el tráfico de O2 será dirigido, no sobre las redes de los miembros Starmap, sino de Freemove en sus respectivos países. Si recordamos que los precios de *roaming* están sujetos a dos variables, el volumen de tráfico de salida y de retorno, se comprende que si se disparan los de salida y no se compensan con los de retorno, los costes reales se disparan. Automáticamente, los precios repercutidos en el mercado minorista se elevan. Esta preocupación se advierte en Francia, Italia, Holanda, Austria, Eslovaquia, Hungría, Bélgica y Grecia, donde los operadores de estos países que pretendan adquirir el servicio de *roaming* en Irlanda, Reino Unido y Alemania se encontrarían con que, en sus respectivas compras, O2 es miembro de Freemove. En conclusión, la fusión dará lugar al aumento de costes de operadores independientes, y el consecuente aumento de precios minoristas para todos los usuarios de la red independiente de *roaming*. En contrapartida, se verán beneficiados los cuatro grandes de Freemove, quedando sólo Vodafone para competir en pie de igualdad con esta alianza.

En cuanto al otro mercado que se verá afectado por el sistema de alianzas tras la operación, es el *mercado de servicios avanzados integrados paneuropeos de telecomunicaciones móviles para clientes internacionales*. Se trata de un mercado emergente, cuyos destinatarios serían los clientes que se desplazan a otros países por razones profesionales y empresas multinacionales. Este mercado permite a las compañías obtener mejor reparto de los precios, solicitando ofertas y racionalizando el coste de telefonía móvil gracias a la combinación de los distintos sistemas de facturación. Se incluyen servicios de transmisión de mensajes y datos, que permite a los clientes su desplazamiento sin apreciar diferencia en el servicio, e interoperatividad sobre todo en la transferencia de datos. Estos servicios son cada vez más requeridos por los usuarios, y por la mayoría de operadores, lo que se ve confirmado por la aparición de alianzas.

Una de las ventajas de las alianzas está en que permite a las multinacionales utilizar los servicios paneuropeos, combinando por sí solas las diferentes ofertas nacionales (*patchwork services* o «servicios de composición»). En la etapa actual de este mercado emergente, puede decirse que estos *patchwork services* son todavía en cierta medida sustitutos de servicios realmente paneuropeos. Puede esperarse que con el desarrollo e integración del grupo Vodafone en las alianzas, las ofertas integradas paneuropeas puedan ser claramente diferenciadas de los *patchwork services*. Por el momento, las multinacionales no consideran las ofertas de operadores no aliados como alternativas viables a las ofertas de aliados de forma significativa, debido a la provisión de servicios avanzados y la amplia cobertura geográfica.

Eso hace que, de momento, el mercado significativo abarque tanto a las alianzas como a las no-alianzas, pero probablemente perderán su atractivo en el futuro, quedando sólo las alianzas integradoras de redes y Vodafone como los abastecedores de telecomunicación móviles de servicios paneuropeos en este mercado. Y en este contexto, la fusión implica la pérdida de O2 como miembro independiente de Starmap, peligrando así su supervivencia tras la pérdida de su eje central y más importante miembro. A cambio, Freemove se consolidaría más, pues ambas alianzas precisan cubrir la mayor parte del territorio de la Unión Europea para responder a la demanda de las multinacionales, y tras la fusión Starmap perdería al Reino Unido y Alemania, y solo estaría presente en un estado grande de la Unión, Italia.

Con este panorama se presentan dos posibles soluciones o remedios alternativos: por un lado, la no integración de O2 en Freemove y su mantenimiento en Starmap durante un término de dos años; y por otro, que Telefónica salga de Freemove, con el compromiso de no reincorporarse sin el consentimiento de la Comisión, antes de enero de 2011.

La primera opción no es viable, pues mantener a O2 dentro de Starmap implica que las dos partes de la fusión mantengan de modo independiente sus respectivos servicios de *roaming* internacional. Para mantener esta independencia podría crearse un comité de seguimiento de operaciones diarias y estrategias en O2, así como establecer mecanismos de bloqueo para el flujo de la información comercialmente sensible desde O2 hacia Telefónica. La Comisión cree muy difícil que ese comité pueda diferenciar claramente estas actividades dentro del marco estratégico empresarial de *roaming* del grupo. En cuanto al mecanismo de bloqueo, tampoco es suficiente para remediar cualquier flujo de información sensible para O2, pues Telefónica establece en su propuesta dos excepciones por las que sí accedería a esa información: (I) cuando haya de determinar la estrategia general de negocio de *roaming*, y (II) cuando sea preciso para los intereses del gobierno corporativo, u otras obligaciones legales o reglamentarias, incluyendo pleitos y demás conflictos. Ambas excepciones son suficientes para que esta información sensible fluya hacia Telefónica, y que se impida así la independencia de O2. Además, en cuanto a los servicios integrados paneuropeos, manteniendo a O2 en Star-



map y a Telefónica en Freemove, se constituiría y aprobaría un acoplamiento entre las dos alianzas. Ya hay otros vínculos, como es el caso de Amena, adquirida por France Télécom, y de Cesky, adquirida por Telefónica. Sin embargo, O2 es el más importante miembro de Starmap y su eje central, por lo que las preocupaciones son más serias en cuanto al régimen competitivo en este mercado paneuropeo. En conclusión, este primer remedio no despeja las dudas planteadas inicialmente.

El segundo sistema de remedio propuesto es la salida de Telefónica de Freemove y su compromiso de no reincorporarse, sin el consentimiento de la Comisión, antes de enero de 2011. La salida de la alianza se producirá tan pronto como sea posible, y siempre antes de septiembre de 2006. Su posible reingreso está condicionado a la autorización de la Comisión, que podrá darse, particularmente, en respuesta a un cambio en las circunstancias materiales del mercado. Hasta que se formalice y finalice la operación de fusión, Telefónica no asistirá a las reuniones de Freemove sobre los proyectos de *roaming* y no recibirá información al respecto. Eso no impide el cumplimiento de las obligaciones que incumban a Telefónica como consecuencia de acuerdos en los que sea parte o pueda serlo, con cualquier miembro de Freemove. Se logra así que, en cuanto al mercado mayorista de *roaming*, hasta la fecha de la fusión, en Reino Unido, Irlanda y Alemania, el número de abastecedores se mantenga, pues existirá suficiente tráfico de salida asignado fuera de la alianza Freemove, y por tanto, será accesible por los miembros Starmap. Y en cuanto al mercado paneuropeo, se asegura la independencia de los competidores, evitando los acoplamientos entre alianzas mencionados. Más bien se obtendría el efecto contrario, pues aparecería un tercer competidor en este mercado lo suficientemente grande, bien bajo la estela de Starmap, o de cualquier otra fórmula. Por lo tanto, ésta es la solución adoptada por la Comisión, estimar que la operación de fusión es compatible con el mercado común, siempre y cuando Telefónica cumpla la obligación asumida de abandonar Freemove en los términos expuestos.

Olatz Retortillo Atienza

*Caso N.º 37. Concentraciones: Dec. Com. 24 enero 2006, As. COMP/M. 3942–Adidas/Reebok*

NOTA

En diciembre del 2005, la empresa *Adidas-Salomon AG (Adidas)*, con sede en Alemania, notificó a la Comisión europea su intención de adquirir la totalidad de las acciones de la empresa estadounidense *Reebok International Ltd. (Reebok)*. La fuerte presencia de ambas empresas en determinados sectores de ropa y equipamiento deportivo, fundamentalmente calzado, obligó

al ejecutivo comunitario a examinar el previsible impacto de la operación proyectada sobre las condiciones de competencia de los mercados afectados. Si bien, finalmente, la operación fue autorizada sin condiciones en la primera fase del procedimiento, la decisión reviste interés en cuanto condensa algunos de los factores ponderados en la valoración de la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común y, sobre todo, pone de manifiesto la renovada intención de la Comisión de dotar al análisis de un mayor rigor económico, evitando conclusiones apresuradas tanto sobre la extensión del mercado de referencia (I) como sobre la previsible formación de posiciones de poder de dominio de resultados de la operación (II).

(I) Un primer paso en el análisis de la Comisión lo constituye la delimitación del sector económico en el que han de valorarse los efectos de una concentración, tanto desde una perspectiva material (mercado de producto) como espacial (mercado geográfico). La determinación del mercado de referencia es un elemento de importancia capital en el control de la concentración empresarial, ya que sirve para definir los límites de la competencia entre empresas y para localizar a los competidores reales de las empresas afectadas por la concentración. Esto supone identificar el grupo de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro del producto son lo suficientemente homogéneas y diferentes de las de otras áreas geográficas próximas. Tradicionalmente, en Europa, los mercados se han definido en atención a criterios de sustituibilidad de la demanda, mientras que la respuesta desde el lado de la oferta se ha considerado en una fase posterior del análisis, al valorar la existencia de barreras de entrada y competencia potencial (poder de mercado), sin perjuicio de que, en ocasiones, consideraciones de sustituibilidad de la oferta hayan podido ser ponderadas en la delimitación de mercados. Pese a la importancia que reviste un análisis exacto del sector económico al que cabe circunscribir los efectos de una determinada operación de concentración, la complejidad que éste reviste en la práctica ha determinado que la Comisión sólo defina el mercado de referencia cuando ello es necesario. A menudo –y así, en el caso objeto de examen–, deja abierta la cuestión porque se puede adoptar una decisión de compatibilidad sin tener que llegar a una conclusión definitiva sobre la extensión y los límites del mercado.

En el caso concreto, la Comisión consideró que la operación proyectada era susceptible de desplegar efectos en tres mercados diversos en los que las dos partes implicadas estaban presentes: calzado deportivo, indumentaria deportiva y otro material deportivo y, fundamentalmente, en el primero de ellos, en los que la posición de ambas empresas era especialmente significativa. Ahora bien, la delimitación de este sector resultaba especialmente pro-

blemática ya que se planteaba la necesidad de resolver si existía un único y gran mercado de calzado deportivo (argumento defendido por las partes según consideraciones tanto de sustituibilidad de la demanda como de la oferta) o si, por el contrario, cabía distinguir dos grandes mercados: calzado deportivo utilizado por profesionales del deporte (a su vez, divisible en diversos submercados correspondientes a cada tipo o categoría de deporte) y calzado deportivo utilizado por los consumidores ordinarios. En principio, el ejecutivo comunitario parece orientarse hacia la primera de las opciones, apreciando la existencia de un alto grado de intercambiabilidad entre los distintos modelos de calzado deportivo, principalmente en los casos de adquisición por parte del consumidor ordinario o no profesional. La mayoría de los modelos, con independencia del segmento deportivo al que se adscriban (con la única excepción del fútbol) son adquiridos por una porción significativamente amplia de los consumidores con finalidades puramente estéticas, siendo además percibidos por éstos como razonablemente sustituibles entre sí (por ejemplo, los zapatos de tenis y de atletismo). No obstante, la Comisión no descarta la posibilidad de una evolución futura del sector hacia una segmentación más sofisticada en función de las características técnicas y precios de los productos, de tal forma que el calzado deportivo de alta gama, al estar dirigido prácticamente de forma exclusiva a deportistas profesionales, pueda constituir un mercado diferenciado al de calzado de gama media o baja que da también cabida al consumidor ordinario. En cualquier caso, la Comisión –pese a la importante presencia de las empresas parte en la concentración en el sector del calzado deportivo– no ofrece una delimitación precisa de los mercados, al considerar que ni siquiera partiendo de la definición de mercado más reducida posible podría resultar una obstaculización significativa de la competencia.

(II) En la valoración de los previsibles efectos sobre la competencia de una concentración reviste especial importancia el tipo de operación proyectada, ya que, frente a las concentraciones verticales y conglomerales, cuya potencialidad lesiva es más discutida, las operaciones horizontales (uniones entre empresas que, actual o potencialmente producen bienes sustitutivos) constituyen la manifestación de crecimiento externo empresarial que mayores peligros o riesgos presentan para la competencia. Por una parte pueden aumentar la potencia de las empresas que se concentran, dando lugar a la formación de posiciones de dominio unilaterales en los mercados, pero, además, pueden reducir la intensidad de la competencia en la totalidad del mercado mediante el refuerzo de su carácter oligopolístico y la interdependencia que se deriva de ello.

En la valoración de la previsible formación de posiciones de dominio unilaterales, la Comisión ha venido concediendo una particular importancia a consideraciones de carácter estructural como la cuota de mercado de la entidad resultante de la operación y el grado de concentración de los merca-

dos afectados. Importancia que ha conducido en ocasiones a una identificación casi automática entre cuota de mercado y poder de mercado, susceptible de crítica. El temor fundamental que, desde la óptica de la competencia, suscitan las operaciones de concentración entre empresas, es que éstas puedan conducir a un ejercicio efectivo de poder de mercado, ya sea individual o colectivo, que se traduce en una reducción de la producción con el consiguiente incremento de los precios y perjuicio para los consumidores. Por tanto, es preciso atender a la posibilidad real de que ese ejercicio se lleve a cabo en la práctica, examinando si, en el caso concreto, existen presiones competitivas que ejerzan un efecto disciplinario, como el poder de negociación de la demanda y, principalmente, la capacidad de reacción de los competidores actuales o potenciales.

En el caso concreto, la Comisión realizará este análisis global, en el que lejos de fundamentar su decisión simplemente sobre la base de las cuotas de mercado agregadas de las empresas parte en la operación (que podrían, en algunos sectores, superar el 60 ó 70%) o la naturaleza oligopolística de los mercados afectados (reparto entre un reducido número de empresas globales), pondera una pluralidad de factores que le llevan a descartar, en último término, el riesgo de afectación significativa de la competencia.

La naturaleza dinámica de los mercados considerados –que exige una innovación y adaptación constante a patrones y preferencias muy cambiantes de los consumidores– permite una relativización de la importancia de las cuotas de mercado y de la magnitud de las eventuales barreras de expansión o entrada a los mercados (por ejemplo, los costes en actividad publicitaria), ya que los pequeños competidores pueden ser más rápidos en anticipar o entender una nueva moda (situación claramente ejemplificada con el rápido ascenso de la empresa Puma). Además, la nueva entidad tendría que hacer frente a la posible fuerza contrarrestadora de los competidores en todos los mercados afectados, principalmente, de la omnipresente empresa líder del sector, la estadounidense, Nike. Por último, la diferenciación existente –por razones de imagen y precio– entre los «productos Adidas» y los «productos Reebok» determina en la práctica que cada uno de ellos vaya destinado a un público específico y, por tanto, que no puedan ser considerados sustitutos perfectos, perdiendo fuerza, consiguientemente, la presunción de poder de dominio basada en la existencia de una elevada cuota de mercado.

El riesgo de que la operación condujera a una formación de posición de dominio colectiva fue igualmente descartado por la Comisión. Pese a que la concentración incrementaba la simetría entre las cuotas de las dos principales empresas del sector (Nike y Adidas), las características de los mercados afectados (volatilidad de la demanda, diferenciación entre productos, etc.) permitían excluir el riesgo de futuras conductas de cooperación o colusión tácita entre los agentes económicos partícipes en ellos.

Carmen Herrero Suárez

*Caso N.º 38. Concentraciones: Dec. Com. 15 febrero 2006, As. COMP/M.4087–Eiffage/Macquarie/APRR*

NOTA

La operación de concentración notificada consistía en la adquisición, por parte de la empresa francesa *Eiffage* y de *MIGIL*, filial del grupo bancario australiano *Macquarie*, del control conjunto de *Autoroutes Paris-Rhin-Rhône* (*APRR*), empresa de autopistas de peaje, recientemente privatizada.

La Comisión consideró, en primer lugar, los eventuales efectos horizontales que podrían derivarse de la operación en los mercados de concesión de autopistas de peaje, transporte en autopista de peaje y servicios accesorios en autopistas de peaje (infraestructuras de telecomunicaciones, *catering*, hoteles, etc.), descartando cualquier riesgo de lesión competitiva, dada la reducida cuota en dichos mercados, tanto de la futura filial común, como de las partes notificantes, así como la ausencia de solapamientos relevantes entre las actividades de cada una de las empresas implicadas en la operación.

Mayor interés revisten los posibles efectos verticales asociados a la concentración. Las concentraciones entre empresas que operan en distintas fases del proceso de producción y distribución de bienes y servicios al mercado pueden provocar efectos restrictivos en la medida en que crean vínculos preferentes entre las empresas integradas, con la consiguiente exclusión de los terceros de una fuente de suministro o de un mercado. Por tanto, el principal peligro en los casos de integración vertical es el eventual cierre de mercados (*foreclosure*) a competidores actuales o potenciales.

En la decisión examinada, los problemas derivaban de la presencia de una de las futuras matrices, *Eiffage*, en el mercado de la construcción de infraestructuras, mercado descendente respecto del de la concesión y explotación de autopistas de peaje en el que opera *APRR*. Como señala expresamente la Comisión Europea, la adquisición de una empresa activa en el sector de la gestión de autopistas por parte de una compañía presente en el campo de la construcción presenta el riesgo potencial de cerrar o excluir de este último mercado a otras empresas dedicadas a la construcción de infraestructuras.

Peligro que, no obstante, podía ser excluido, en el caso concreto, en atención tanto a la escasa cuota de las partes que, incluso partiendo de la delimitación más estrecha del mercado relevante, no superaría el 20%, como a la improbabilidad de que la otra matriz, *MIGIL*, considerara interesante favorecer a las subsidiarias de *Eiffage* si éstas no ofrecían los planes de construcción más económicos. Estas conclusiones se veían reforzadas gracias a la existencia de determinados compromisos de conducta que habían sido asumidos por las empresas partícipes, siguiendo las directrices o consejos ofrecidos con carácter general, por la autoridad de la competencia francesa en el marco del proceso de privatización de los servicios de autopistas de peaje. Compromisos como la utilización sistemática de procesos de adjudicación

pública en relación con las obras o servicios relacionados con la concesión o la constitución de un «Comité de obras de construcción» integrado por miembros independientes, orientados todos ellos a evitar que *Eiffage* pudiera utilizar sus nuevos vínculos verticales con *APRR* para incrementar de forma anticompetitiva su cuota de mercado.

Carmen Herrero Suárez

*Caso N.º 39. Concentraciones: STPI 23 febrero 2006, As. T-282/02, Cementbow/ Comisión*

NOTA

La Comisión Europea examinó la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración consistente en la transformación de una organización de venta conjunta en una empresa común de plenas funciones (*CVK*) controlada conjuntamente por la empresa alemana *Haniel* y la holandesa *Cementbow*, todas ellas operantes en el sector de materiales de construcción. La principal particularidad de este caso radica en que la concentración no se realiza en un único acto, sino que es fruto de la sucesión de una serie de transacciones interempresariales, en principio y, al menos desde una perspectiva formal, independientes. En primer lugar, la cooperativa *CVK* decide adquirir el control de sus miembros mediante la celebración de un *pooling agreement* –operación que es notificada y autorizada por la autoridad holandesa de defensa de la competencia–. El mismo día en que la operación se lleva a efecto, la empresa alemana *RAG* transfiere sus acciones en tres de las empresas integrantes de la cooperativa a *Haniel* y *Cementbow*, que, además, celebran entre ellas un acuerdo de cooperación regulando los términos y circunstancias de su participación conjunta en *CVK*. La Comisión conoce indirectamente de la existencia de estas operaciones, ya implementadas en la práctica, e informa a las empresas participantes de la necesidad de su notificación. Incoada la segunda fase del procedimiento, el ejecutivo comunitario decide declarar la compatibilidad de la concentración con el mercado común, sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos o condiciones, entre otros la disolución de la empresa común, *CVK*, en un periodo de tiempo prefijado. Decisión que, dada la severidad de los requisitos de autorización establecidos, es recurrida por una de las empresas matrices, *Cementbow*, ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) de las Comunidades Europeas, que resuelve el 23 de febrero de 2006. Esta sentencia resulta especialmente significativa ya que en ella se ofrece una panorámica sobre las principales fases y aspectos seguidos en el análisis de la valoración de la incidencia competitiva de una operación de dimensión comunitaria. Concretamente, el TPI tiene ocasión de pronunciarse sobre el concepto de concentración utilizado a efectos de aplicación del Reglamento comunitario (I); la

valoración de la existencia de una posición de dominio de resultados de la concentración (II); y, finalmente, las posibles soluciones para remediar los efectos anticompetitivos de una operación de concentración (III).

(I) La calificación de una operación como concentración requiere necesariamente una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes. El nuevo Reglamento sobre control de las concentraciones entre empresas centra la esencia de una concentración en la existencia de un cambio duradero de control, especificando dos formas básicas de concentración empresarial: la fusión económica y la adquisición de control –ya sea individual o conjunto–, dentro de la cual es posible incluir como una subespecie la constitución de una empresa común. En el caso objeto de examen, el control conjunto resultaba de una participación paritaria en acciones que hacía surgir un derecho de veto de cada una de las partes en la adopción de las principales decisiones estratégicas de la empresa sujeta a control, concretamente, en el nombramiento de los sujetos destinados a ocupar los órganos de decisión de CVK.

Igualmente, resulta importante a efectos de perfilar el concepto relevante de concentración la conclusión del TPI sobre la posibilidad de que dos o más transacciones independientes puedan ser consideradas como una única operación a efectos de aplicación del Reglamento comunitario (en el supuesto examinado, la constitución del *pool* y los acuerdos de venta de acciones de RAG). El concepto de concentración utilizado es un concepto económico y extremadamente lato que pretende abarcar todas las operaciones de vinculación entre empresas con efectos similares en la estructura competencial de los mercados. Así, la concentración se define atendiendo a sus resultados económicos y no a los medios jurídicos empleados para llevarla a cabo. A tal efecto, resulta del todo indiferente que la adquisición, directa o indirecta, del control, se haya producido en una, dos o más fases y mediante una, dos o más transacciones, si el resultado final constituye una concentración. A la Comisión compete determinar si transacciones legalmente diferenciadas se encuentran en una situación de interdependencia tal, que pueden ser consideradas unitariamente como elementos integrantes de una operación más compleja. Consiguientemente, una concentración con arreglo al artículo 3 del Reglamento puede resultar de una pluralidad de transacciones formalmente diversas, si se demuestra que son interdependientes en el sentido de que ninguna de ellas se hubiera realizado sin las otras y que el resultado global consiste en conferir a una o más empresas el control económico sobre las actividades de otras empresas. La interdependencia, que ha de ser valorada desde un punto de vista económico y no meramente formal (por ejemplo, no bastaría con que ambas transacciones aparecieran recogidas en un mismo documento) resultaba, en el caso concreto, de la conjunción de diversos factores, como, por ejemplo, del hecho de que ambas transacciones fueron concluidas el mismo día pese a que el *pooling agreement* se notificó nueve

meses antes a la autoridad holandesa de competencia (retraso que no pudo ser suficiente y razonadamente justificado) o del propio reconocimiento de la unidad de las transacciones por una de las empresas parte en la concentración (*Haniel*).

Las consecuencias de la consideración de que dos transacciones formalmente independientes constituyen una única operación de concentración se manifiestan también en la apreciación de la dimensión comunitaria que habrá de ser evaluada respecto del conjunto unitario, con independencia de que las transacciones no reúnan los requisitos de dimensión comunitaria independientemente consideradas.

(II) Entre los factores que han de ser ponderados en la valoración de los efectos inmediatos y directos sobre la competencia de una operación, adquiere una especial relevancia el examen de las cuotas porcentuales del mercado (absolutas y relativas) y del grado de concentración existente en el mercado relevante. Mediante la utilización de estos parámetros de naturaleza estructural, las autoridades competentes pueden formarse un primer juicio sobre la eventual competitividad o anticompetitividad de la operación proyectada. La importancia de estas circunstancias estructurales es puesta de manifiesto en el caso examinado, en el que la Comisión consideró que la operación conduciría a la creación de una posición de dominio de la empresa común en el mercado holandés de materiales de construcción para paredes maestras, apoyándose, entre otros factores, en la elevada cuota de mercado de la entidad resultante de la concentración (60-70%) y en la débil posición de los competidores. Conclusión que es confirmada por el TPI, que señala expresamente que las cuotas de mercado de las partes implicadas en la operación, así como su relación con las cuotas de los competidores, constituyen, en sí mismas, una indicación clara de la existencia de una posición de dominio.

Ahora bien, este juicio ha de ser reforzado introduciendo una perspectiva dinámica en el análisis. No basta con constatar que la concentración conduce a la creación o consolidación de una posición dominante. Es necesario, además, demostrar el carácter estable de ésta, es decir, la posibilidad de que las empresas afectadas mantengan en el futuro la posibilidad de comportarse autónomamente respecto de otros competidores y de los consumidores o clientes. La introducción de este elemento de temporalidad exige examinar la presencia en el mercado de fuerzas capaces de contrarrestar el poder económico de la nueva entidad. Por consiguiente, particular atención ha de ser conferida al poder de negociación de la demanda y, principalmente, a la posibilidad de que los competidores (actuales o potenciales) puedan actuar como instrumento de presión, impidiendo el ejercicio efectivo de ese poder de mercado.

En este sentido, la Comisión examina tanto la fuerza de los competidores actuales de la empresa común, como las posibilidades de la competencia



potencial, descartando su capacidad disciplinaria en ambos supuestos. En el primer caso, en atención a sus reducidas cuotas de mercado y a la presencia de un importante grado de diferenciación entre los productos utilizados en ese sector de la construcción, que determina que un incremento en el precio de uno de ellos no tenga como efecto necesario el desplazamiento de la demanda hacia otros competidores que ofrecen productos diversos, como ocurriría en el caso de bienes perfectamente sustituibles. La posible entrada correctora de nuevos competidores en el mercado ante un eventual incremento de los precios también es cuestionada en atención a los elevados costes de capital que ésta requeriría así como a la existencia de un exceso de capacidad en el mercado relevante que podría actuar como factor disuasorio de la entrada. Es necesario recalcar que, tanto la Comisión como el TPI parten de un concepto muy amplio de barreras de entrada que identifican con «elementos de variada naturaleza, particularmente económica, financiera o comercial, que pueden exponer a potenciales competidores de las empresas establecidas a riesgos y costes lo suficientemente elevados como para impedir –o hacer particularmente difícil– su entrada en el mercado en un plazo de tiempo razonable».

Tampoco se consideró que los clientes de CVK (distribuidores de materiales de construcción) poseyeran la fuerza suficiente para contrarrestar posibles actuaciones anticompetitivas de ésta, dada su dispersión y la inexistencia en el mercado de una alternativa creíble de suministro. Finalmente, el ejecutivo comunitario afirmó que la posición de dominio de la empresa común se veía reforzada como consecuencia de la presencia de vínculos estructurales, de naturaleza vertical, con una de las empresas matrices (*Cementbow*) que le permitían, tanto en el nivel de suministro como en el de la distribución de materiales de construcción para paredes maestras, beneficiarse de una capacidad de maniobra apreciablemente más amplia que la de sus competidores.

(III) El régimen de control de la concentración empresarial –frente a otras políticas *antitrust* de naturaleza eminentemente sancionadora– posee un carácter preventivo. El análisis de las concentraciones se lleva a cabo antes de su realización. El cometido de las agencias es aventurar el impacto que tendrá la operación proyectada sobre la estructura competencial de los mercados. Igualmente, la fijación de condiciones o requisitos de aprobación obedece a una anticipación de los posibles efectos correctores o subsanadores de dichas medidas. En el presente asunto, la concentración ya se había efectuado, de ahí que, en principio, cupiera la aplicación del artículo 8.4 del Reglamento que autoriza a la Comisión a tomar las medidas oportunas –incluida la disolución de la fusión o de la enajenación de activos o acciones realizadas– a fin de restablecer el orden concurrencial lesionado. La operación examinada estaba integrada por dos grupos de transacciones interrelacionadas, de ahí que la mera terminación del control conjunto ejercido por

*Cementbow* y *Haniel* no fuera suficiente para solucionar los peligros sobre la competencia (en cuanto *CVK* continuaría ocupando una posición de dominio en el mercado relevante) y se exigiera la disolución de *CVK* en un periodo prefijado de tiempo. La solución acordada tiene por efecto remover completamente los efectos de la operación, por lo que, desde una perspectiva sustancial, equivaldría a una declaración de su incompatibilidad con el mercado común. Desde una perspectiva formal, no obstante, la decisión adopta la forma de autorización con condiciones, es decir, de reconocer la compatibilidad de la concentración con el mercado común siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos, la completa disolución de la empresa común. Ello obedece a que el artículo 8.2 del Reglamento obliga a la Comisión a adoptar una decisión declarando la compatibilidad de la operación con el mercado común si considera que la operación una vez satisfechos los requisitos propuestos por las partes (en este caso, la disolución de *CVK*, muy probablemente sugerida por la propia Comisión) no es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

Carmen Herrero Suárez

*Caso N.º 40. Concentraciones: STPI (Sala Tercera), 14 julio 2006, As. T.417/05, Endesa/Comisión*

#### NOTA

El objeto del recurso planteado ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) por Endesa, S. A. (en adelante Endesa), es la Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2005, por la cual declara que el anuncio de la Oferta Pública de Adquisición lanzada por Gas Natural SDG, S. A. (en adelante Gas Natural), sobre la totalidad su capital social es una operación de concentración que no posee dimensión comunitaria (Asunto COMP/M.3986-*Gas Natural/Endesa*). Tal declaración determina la competencia de las autoridades españolas para conocer del asunto, y su exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 139/2004, sobre control de las concentraciones entre empresas. Lo cierto es que la resolución del TPI adopta una postura clara de apoyo a los argumentos de la Comisión para negar la dimensión comunitaria, lo que implica un repaso a los criterios cuantitativos y procedimentales utilizados. Aunque los motivos del recurso interpuesto por Endesa son cuatro, con distintos apartados todos ellos, podemos agruparlos en tres: (a) los vicios de procedimiento, entre los que destaca la ausencia de argumentos tajantes en la resolución para negar el criterio de ventanilla única en las solicitudes provenientes de empresas y no de Estados; (b) la utilización en los criterios cuantitativos de las cuentas aprobadas y auditadas con arreglo a los principios contables generalmente aceptados (PCGA), en lugar de

las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC/NIF); y (c) la no admisión en esos estados contables de terminados ajustes que, a juicio de Endesa, permitirían que su volumen de negocio entrara en los parámetros de la dimensión comunitaria.

(a) El primer aspecto, fundado en *vicios de procedimiento*, tiene distintos apartados. En primer lugar, a la solicitud que Endesa dirige a la Comisión, a fin de que se pronuncie sobre su propia competencia en el asunto, se unieron otras solicitudes, de remisión en este caso, por el cauce previsto en el art. 22 del Reglamento, procedentes de las autoridades portuguesas y, por adhesión, de las italianas. Como la Comisión desestimó en el plazo reglamentario previsto estas últimas, y continuó con la tramitación de la de Endesa, podría entenderse que ya se había prejuzgado su caso con el rechazo sumario de las anteriores. La sentencia recuerda que ese art. 22 del Reglamento, sobre la posibilidad de remitir a la Comisión las operaciones que, sin tener dimensión comunitaria, puedan afectar al comercio entre Estados miembros, va encauzado en el procedimiento establecido en tal precepto, con unos plazos concretos de respuesta de obligado cumplimiento por la Comisión. Por el contrario, la solicitud de Endesa precisa de un análisis más exhaustivo de valoración de la operación y, por lo tanto, no sólo no se está prejuzgando, al resolver las solicitudes de remisión con rapidez, sino que muestra el interés de un examen más a fondo de la cuestión, al no estar constreñida ésta a la necesidad de dar respuesta en el plazo de 10 días, previsto en el art. 22 del Reglamento. Finalmente, y en todo caso, son procedimientos distintos, y el de remisión no admite, como pretendía Endesa, un plazo de suspensión para tratar por vía incidental su causa, pues para ello, teniendo en cuenta que tales plazos producen efectos jurídicos, el motivo de suspensión debería estar previsto expresamente.

La segunda parte de este primer motivo, al hilo de lo anterior, estaría en la ausencia de un procedimiento independiente, debidamente regulado, por el cual dilucidar si una operación tiene o no dimensión comunitaria, con las consecuencias de falta de transparencia y violación del derecho de defensa que ello comporta. Falta de transparencia porque se desconocían los distintos pasos y alegatos de las partes implicadas, así como los documentos remitidos por la Comisión a cada una de ellas, y violación del derecho de defensa, por la confusión y desconocimiento de las reglas del procedimiento seguido. La sentencia del TPI admite la ausencia de un procedimiento específico para la adopción de este tipo de decisiones por la Comisión, y que ésta no informó sobre cuál era el procedimiento que iba a seguir. Esta ausencia de información, no obstante, no cree que haya provocado la violación del derecho de defensa, ni que, por tanto, haya afectado a la legalidad de la Decisión. El desconocimiento de algunos datos o documentos que la Comisión entendió que eran confidenciales no se trasladó a las partes precisamente por ese motivo de confidencialidad, pero tampoco Endesa solicitó su conocimiento o probó su utilidad para su pretensión. De idéntico modo, la argu-

mentación del Servicio de Defensa de la Competencia español no se trasladó porque los escritos intercambiados con las autoridades de los Estados miembros tienen la consideración de documentos internos, a los que las partes no tienen acceso (así resulta de la jurisprudencia, por analogía, sentencia de TPI de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, T-65/89, Rec. P. II-389, apartado 33). Además, y en lo concerniente a estas relaciones entre Comisión y autoridades nacionales, es de recordar el Reglamento (CE) 802/2004, sobre aplicación del Reglamento 139/2004, que limita el derecho de acceso de las partes a tales documentos internos, así como la estrecha colaboración entre ambas autoridades, nacional y comunitaria, lo que implica la remisión de documentos entre ambas.

La tercera parte del motivo incide en el sistema de distribución de competencias en el control de las concentraciones o «ventanilla única», pues Endesa alega que la Comisión no solicitó la suspensión del procedimiento nacional español en tanto se tomaba la decisión correspondiente. El desarrollo de dos procedimientos paralelos, el nacional y el comunitario, es incompatible con el sistema de ventanilla única, siendo de aplicación, por analogía, lo previsto en el art. 22 del Reglamento, que impone la suspensión de los procesos nacionales. La solución adoptada por el Tribunal es la de que no es posible la aplicación, por simple analogía, de las reglas contenidas en ese precepto, que está previsto para solicitudes de Estados miembros, no de empresas, y que, en todo caso, ese defecto sería atribuible al Reino de España, lugar en el que se tramitaba el proceso, y por tanto, debía suspenderse. Sin embargo, la solicitud de un régimen de control único es desestimada por el Tribunal con una argumentación menos tajante. Se limita a recordar que la solicitud de intervención comunitaria procede de la recurrente, Endesa, y no iba acompañada de elementos probatorios sobre la dificultad que podía suponerle mantener dos procesos, o de qué modo tal duplicidad podía condicionar la Decisión comunitaria. Esta respuesta deja sin resolver los motivos por los cuales cuando la solicitud proviene de una empresa, y no de un Estado, desaparecen las ventajas en seguridad jurídica o eficacia, por el ahorro de tiempo y trámites burocráticos, que el sistema de ventanilla única ofrece.

(b) El segundo motivo agrupa diversas argumentaciones en torno a la pretensión de Endesa de que se tomaran como referencia para calcular su volumen de negocios las NIC/NIIF, y no las cuentas auditadas con arreglo a los PCGA. Por un lado, el Reglamento establece unos umbrales cuantitativos que desencadenan el control comunitario, por lo que, a juicio de Endesa, la competencia exclusiva para valorarles y pronunciarse al respecto la tendría la Comisión. Si es la empresa la que debe probar y acreditar la oportunidad de unos u otros criterios contables, Endesa entiende que existe una inversión de la carga de la prueba. El Tribunal clarifica cuál es el procedimiento habitual para determinar el ámbito de control, que arranca de la propia valoración de las empresas afectadas, las cuales han de elegir a qué autoridad notifican la operación, si a la nacional o la comunitaria, en función de

la que consideren competente. Si la Comisión no es notificada, y tampoco lo realizan las autoridades nacionales (en la obligación de colaboración leal con aquélla), siempre cabe la posibilidad de que sea alguna de las partes la que efectúe la denuncia de la operación, sobre la que habrá de pronunciarse necesariamente. Pero eso no implica que la Comisión deba cargar con la prueba de demostrar si es o no competente, sino que el denunciante es el que debe probar la procedencia de su denuncia, que será valorada de forma diligente e imparcial.

Por otro lado, el posible defecto de motivación tampoco es apreciado por el Tribunal, pues la Comisión sí realizó una valoración de la operación denunciada, y razonó debidamente por qué no podían tomarse en consideración las NIC/NIIF elaboradas. En principio, el art. 1 del Reglamento establece el principio general de que el volumen de negocios debe calcularse sobre la base de las cuentas auditadas, y la Comisión sólo puede apartarse de este principio en supuestos excepcionales. Por lo tanto, las diferencias de criterios que ha de abordar el TPI giran en torno a (I) las razones por las cuales debía dar preferencia a las cuentas elaboradas con arreglo a los principios contables generalmente aceptados (PCGA), y (II) la posible existencia de circunstancias excepcionales. Dentro del primer apartado, las reclamaciones de Endesa en este apartado, se centran en (I-i) que no utilizasen las NIC/NIIF como únicas normas contables; (I-ii) que no se reconociese la preponderancia de estas normas; y (I-iii) que los motivos de su rechazo por la Comisión adolecen de errores.

(I-i) Entiende el Tribunal, en apoyo de la Decisión de la Comisión, que Endesa estaba obligada a elaborar sus cuentas consolidadas con arreglo a los PCGA para el ejercicio 2004, debidamente auditadas, como así lo hizo, y son las que, según el Reglamento han de servir para calcular el volumen de negocios. Ahora bien, el Reglamento 707/2004 establece la «conciliación» de las cuentas del ejercicio 2004 con los principios NIIF, para así facilitar el tránsito entre antiguas y nuevas normas, de modo que sea posible la comparación de las cuentas que se presenten en el 2005 (primeras a elaborar con arreglo a estas normas), respecto de las del ejercicio anterior. Estas cuentas «conciliadas» del ejercicio 2004, elaboradas a efectos comparativos, no ofrecen las mismas garantías que las elaboradas con arreglo a los PCGA, pues no están auditadas, y además, podían ser modificadas.

(I-ii) Según la opinión de Endesa, las NIC/NIIF reflejan con mayor exactitud la potencia económica de las empresas, y el Reglamento no se refiere en ningún momento a cuentas auditadas, sino al volumen de negocios real de las empresas afectadas. De hecho, existen Decisiones anteriores de la Comisión (M.705 *Deutsche Telekom/SAP*) en las que aceptó cuentas no auditadas porque presentaban diferencias sustanciales con las auditadas y eran las únicas que reflejaban la dimensión comunitaria de la operación. El TPI, en cambio, no cree que se deba realizar una apreciación general de los méritos de los distintos sistemas contables, menos aún cuando sólo las cuentas

confeccionadas con arreglo a uno de esos sistemas están auditadas, que era además el exigible en aquel momento. Además, para determinar el volumen de negocios, deben utilizarse datos fiables, objetivos y fácilmente identificables, motivo por el que se acude a las cuentas auditadas u otras cuentas definitivas. Entender que las cuentas conciliadas de Endesa, comunicadas a la CNMV, sean consideradas como definitivas, no es posible, pues ella misma afirma en esa comunicación que tales cuentas son estados pro forma, pendientes de su correcta implantación. Finalmente, en los casos en que la Comisión no tomó en consideración cuentas auditadas, la razón era bien distinta a la presente. Se trataba de operaciones comunicadas a primeros de año, en el que las cuentas del ejercicio anterior no estaban aún auditadas, y la opción era elegir las de dos ejercicios anteriores. En este dilema, se opta por las más recientes, aún sin auditar, frente a las más antiguas, que no reflejaban algunos cambios considerables en la actividad económica. En definitiva, que el hecho de imponer las nuevas NIC/NIFF a través del Reglamento 1606/2002, no implica su superioridad técnica frente a otros sistemas, pues la representación fiel de la situación financiera de una empresa era una finalidad ya impuesta por los otros sistemas. Y finalmente que, si se utilizara en este supuesto ese sistema contable no auditado, se crearía una disparidad de trato respecto de todos los demás casos en los que la Decisión de la Comisión se ha basado en cuentas auditadas del ejercicio 2004.

(I-iii) Para reforzar los anteriores argumentos sobre la oportunidad de la utilización de las cuentas conciliadas, Endesa imputa distintos errores de apreciación y de derecho en la Decisión de la Comisión. Manifiesta que, si para el ejercicio 2004, como periodo transitorio, era obligatorio que las empresas cotizadas prepararan cuentas consolidadas y conciliadas, en realidad coexistían dos sistemas contables por imperativo legal. De nuevo el TPI recuerda que la normativa española en vigor en el momento de la OPA establecía únicamente como válidas las cuentas auditadas y aprobadas por los accionistas, por lo que la coexistencia no es tal. Defiende Endesa, de nuevo, el carácter definitivo de sus cuentas conciliadas, pues se elaboraron con arreglo a datos ciertos y definitivos, y el hecho de que aparecieran normas posteriores de adaptación y desarrollo de ese sistema contable no es más que el reflejo del proceso permanente de adaptación que siempre se produce. No obstante, la resolución recuerda que uno de los ajustes contables realizados en las cuentas conciliadas por Endesa, en fecha posterior a la OPA, supuso una alteración importante en sus resultados, y el propio auditor de la empresa manifestó la imposibilidad de pronunciarse sobre los métodos de conciliación empleados. Por lo tanto, no puede pretender que se entiendan como definitivas.

(II) En cuanto a la posible existencia de circunstancias excepcionales, que justificaran la utilización de otras cuentas distintas a las auditadas, Endesa refiere dos: por un lado, la propia coexistencia de dos sistemas contables, y por otro, las particularidades del sector eléctrico en España. Respecto del primero, el TPI reconoce que un cambio normativo contable es un aconteci-

miento importante e infrecuente, pero no excepcional, aunque ese cambio suponga una diferencia muy importante en los ingresos de Endesa, pues esa diferencia es consecuencia de ajustes realizados al margen del sistema contable. Por circunstancias excepcionales debe entenderse aquellos cambios significativos y permanentes que afecten a la realidad económica de las empresas de que se trate, y que en este supuesto no se dan. Tampoco en lo concerniente a la segunda causa, las peculiaridades del mercado eléctrico español, en el que la presencia de un *pool* obligatorio distorsiona, desde el punto de vista financiero, las transacciones. Porque, con independencia del sistema contable utilizado, es posible examinar los ajustes propuestos y que se consideren necesarios.

Eso nos lleva al tercer bloque, que gira en torno a los *ajustes por «pass through» y el relativo a los intercambios de gas*. Si estos y otros ajustes propuestos hubieran sido aceptados, la operación tendría dimensión comunitaria, pues el volumen de negocios realizado en España por la afectada quedaría por debajo del umbral de los dos tercios. El primer ajuste, por *pass through* es denegado por la Comisión porque entiende que las empresas distribuidoras de electricidad en España no son meras intermediarias o comisionistas. Endesa defiende lo contrario, pues, a diferencia del sector liberalizado, la retribución de la distribución se determina con carácter previo e independiente a la compraventa de energía. El Real Decreto español 2017/1997, de 26 de diciembre, que regula el procedimiento de liquidación de los costes, establece que la distribuidora recaude la tarifa estipulada, pero conservando sólo la remuneración de su servicio, y el remanente de lo pagado por el usuario es transferido al resto de operadores. Por ese motivo, de los ingresos que figuran en su contabilidad por la obligación de recaudación a sus clientes, debe deducirse los importes que se repercuten a los productores de electricidad y operadores de la red. De este modo, sólo habrían de considerarse los ingresos por el importe de las comisiones que perciben.

El TPI recuerda que el concepto de volumen de negocios que el art. 5 del Reglamento utiliza se refiere a «los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios», por lo que el criterio fundamental está en la venta. Y analizando las operaciones que Endesa realiza con sus clientes, entiende que la relación jurídica que los vincula es un contrato de venta de electricidad, acto mercantil que implica una transmisión de la propiedad. Y esa misma relación jurídica, un contrato de venta, es la que une a Endesa con las productoras de electricidad que se la suministran. Son varios los datos que llevan a esta conclusión. La propiedad de la energía que adquiere Endesa le es transferida desde el momento en que el productor la pone en circulación en su sistema, es decir, entre en las instalaciones de la compradora (art. 41.2 de la Ley española 54/1997). A continuación, lo distribuye y vende al consumidor final, incluyendo una serie de actividades que van más allá del simple suministro de energía, pues utiliza su marca, presta un servicio integral al cliente, que abarca desde las recomendaciones de seguridad, ins-

pección de las instalaciones, lectura de contadores, hasta la facturación y el cobro. Por lo tanto, genera un valor añadido y un flujo de ingresos que están en relación directa con la venta de energía y la cantidad que suministre. No es cierto, a juicio del TPI, que la remuneración de su servicio aparezca tasada, pues la fórmula de retribución establecida va en función de las previsiones de demanda. Cuando adquiere la energía, lo hace al precio de mercado, pero los costes de adquisición se liquidan posteriormente, en función de un precio medio ponderado respecto de las compras realizadas en el periodo a liquidar, y no por el coste efectivamente pagado en el mercado. Por lo tanto, su remuneración real vendrá dada por el nivel de eficacia de la distribuidora en la compra de energía. Finalmente, otro dato relevante es que, en caso de impago por el consumidor final, es la distribuidora quien asume ese riesgo, pues la liquidación de costes se efectúa a partir de los datos de facturación, con independencia de su cobro.

Al rechazar este ajuste, la resolución del TPI no entra a valorar ningún otro, pues sin el de *pass through* no es posible alcanzar las cifras precisas para obtener la dimensión comunitaria. En idéntico sentido se expresó la Decisión de la Comisión, pues al rechazar tanto las cuentas conciliadas como ese ajuste era inútil examinar los demás ajustes propuestos por Endesa.

Olatz Retortillo Atienza

*Caso N.º 41. Concentraciones: STPI 23 julio 2006, As. T-464/04, Impala/Comisión*

#### NOTA

Mediante decisión de 19 de julio de 2004 (Asunto IV/M.3333, *Sony/BMG*), la Comisión Europea declaró compatible con el mercado común un proyecto de concentración por el que las empresas *Bertelsmann* y *Sony* aportaban su actividad global de grabaciones musicales (con la excepción de las actividades de *Sony* en Japón) a una futura empresa en participación que actuaría bajo el nombre *Sony BMG* y cuyo objeto social consistiría en el descubrimiento y promoción de artistas, así como en la comercialización y venta subsiguientes de grabaciones musicales. Dado el elevado grado de concentración existente en los distintos mercados del sector, el ejecutivo consideró necesario incoar la segunda fase del procedimiento, a fin de llevar a cabo un análisis más detallado de los eventuales efectos lesivos de la competencia de la operación y, más concretamente, de la posibilidad de que ésta pudiera conducir a la creación –o al refuerzo– de una posición de dominio colectiva en dichos mercados. Posibilidad que fue finalmente descartada –pese a un juicio provisional negativo y a la opinión contraria a la operación de numerosos agentes económicos del sector consultados– al considerar la Comisión que ni existía una posición de dominio preexistente a la operación



de la concentración ni cabía augurar que el efecto de la reducción de cinco a cuatro empresas principales, tras ella, tuviera la suficiente importancia como para que se crease una posición dominante colectiva en los mercados de grabaciones musicales. Esta decisión fue recurrida por *Impala (Independent Music Publishers and Labels Association)*, asociación internacional, con sede en Bruselas, de la que forman parte numerosas productoras independientes y que ya había manifestado sus objeciones a la concentración durante el procedimiento ante la Comisión, reiterando ahora ante el TPI los daños a la competencia que, a su juicio, resultaban de la prevista unión entre *Bertelsmann* y *Sony*, concretamente, refuerzo de una posición de dominio colectiva preexistente en el mercado de grabaciones musicales; creación o refuerzo de una posición de dominio colectiva en el mercado de licencias para música en línea, formación de una posición de dominio unilateral en el mercado de distribución de música en línea y coordinación de las actividades de las partes en el campo de las publicaciones musicales.

El TPI centrará su análisis en uno solo de los peligros identificados: refuerzo o creación de una posición de dominio colectiva en el mercado de grabaciones musicales, criticando, con dureza, el razonamiento seguido por la Comisión (o más bien, su ausencia o superficialidad) y anulando la decisión recurrida. Como ya había ocurrido con otras decisiones del ejecutivo (Asunto T-342/1999, *Airtours v. Comisión*, sentencia del TPI de 6 de junio 2002), el TPI insiste en la necesidad de llevar a cabo análisis sólidos y rigurosos desde una perspectiva económica en la conformación de la política antitrust, principalmente, en el caso del control de la concentración empresarial, en atención a su carácter preventivo que obliga a operar con intuiciones y presunciones sobre los efectos futuros de las conductas. Se va a criticar especialmente la determinación y análisis efectuados sobre los caracteres del mercado relevante, así como sobre su influencia en la valoración de la peligrosidad desde un punto de vista competitivo de la operación notificada.

El eje, tanto de la sentencia como de la decisión recurrida, lo constituye una figura o categoría propia de las normas comunitarias, la posición dominante colectiva, sobre cuyo alcance y requisitos vuelven a pronunciarse las autoridades europeas de competencia. Si bien, tradicionalmente, el ejecutivo comunitario se ha caracterizado por ser mucho más impulsivo que las autoridades judiciales, en la apreciación de eventuales modificaciones estructurales lesivas de la competencia como consecuencia de una concentración, que son deducidas con relativa facilidad (*Airtours, cit.*), en esta ocasión será el TPI el que recele sobre la pretendida inocuidad de la concentración mantenida por la Comisión, defendiendo tanto la preexistencia como el posible refuerzo de una posición dominante conjunta de resultados de la operación.

Con el término posición dominante colectiva o conjunta se hace referencia en el Derecho europeo de la competencia a un tipo cualificado de oligopolio, concretamente a aquellas estructuras oligopolísticas que posibilitan, de forma sostenible, la adopción de conductas paralelas o coordinadas entre

sus miembros (oligopolio colusorio). Es posible que el efecto de una concentración sea la formación de una posición dominante colectiva que impida significativamente el desarrollo de una competencia efectiva, pero, siempre que, en atención a las características actuales de los mercados afectados y a las modificaciones estructurales que surgirían como resultado de la concentración, cada miembro del oligopolio dominante considerara posible, económicamente racional y, por tanto, preferible, adoptar una política duradera común con la finalidad de vender a precios supracompetitivos, sin tener que concluir un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 del Tratado, y sin que sea posible una reacción adversa efectiva de competidores actuales o potenciales o de clientes o consumidores. En el caso de las posiciones dominantes colectivas, la cuestión que se plantea, por tanto, no es la simple creación de un oligopolio, sino la creación de un oligopolio en un mercado cuyas especiales características permiten aventurar que a los distintos agentes económicos intervinientes en él les es más rentable coludir que competir. Para que esto sea posible es necesario que se satisfagan los tres requisitos o condiciones puestos de manifiesto por la teoría económica.

En primer lugar, que los caracteres del mercado, principalmente, el grado de transparencia existente en ellos, posibilite a cada miembro del oligopolio la vigilancia de la conducta de los restantes miembros en el mercado. Las empresas coordinadas han de estar en posición de verificar adecuadamente el cumplimiento de la coordinación, es decir, deben poder comprobar si una empresa del grupo no cumple las condiciones establecidas a fin de adoptar las represalias oportunas.

La apreciación de una posición dominante colectiva exige que esta política común sea duradera, es decir, que no existan incentivos para alguna de las partes de abandonarla lo que evidencia la necesidad de instrumentos de castigo frente a los posibles infractores de la política común, es decir, que existan mecanismos que no hagan provechosos los desvíos del esquema común. Estos mecanismos de disuasión permiten anular, ante el temor de futuras represalias, la tentación de las empresas de desviarse de los términos del acuerdo. Además, la previsible conducta de competidores o consumidores no ha de impedir que se produzcan los resultados buscados con la política común. Estos dos últimos requisitos ponen de manifiesto la necesidad de que la Comisión en su valoración de la competitividad de una operación utilice una perspectiva dinámica, que tenga en cuenta las posibilidades de que la adopción de conductas paralelas constituya una estrategia viable en el futuro, de ahí la importancia que cobran en la apreciación de una posición dominante colectiva, la prueba de la existencia tanto de mecanismos de disuasión creíbles, como de elevadas barreras de entrada.

En el caso objeto de examen, uno de los principales problemas que se planteaban era, precisamente, la posibilidad de que la operación proyectada pudiera conducir a un refuerzo –o, en su caso, a la creación– de una posición de dominio colectiva o conjunta entre las principales empresas activas en el

mercado de grabaciones musicales. En principio, los mercados reunían las características propicias para hacer surgir conductas de paralelismo entre sus miembros. En primer lugar, un elevado grado de concentración, de tal modo que las cinco principales empresas del sector representaban, dependiendo del país, entre el 72 y el 93% del mercado. Empresas que además se caracterizaban por una presencia global, un elevado grado de integración vertical, gran capacidad financiera y una vasta y diversificada cartera de artistas contratados y títulos significativos. Es más, el examen de la evolución de los precios en los últimos diez años ponía de manifiesto, pese a la constatación de importantes fluctuaciones en la demanda, una tendencia a la estabilidad y a la alineación entre las principales empresas (tanto de los precios netos como brutos). La Comisión, pese a estas manifestaciones indirectas de actuación coordinada o paralela, va a rechazar la existencia de una posición de dominio colectiva previa a la concentración, utilizando para ello un análisis centrado en examinar directamente la presencia en los mercados de los tres requisitos inherentes al concepto de posición de dominio colectiva, y que le lleva a rechazar tanto que éstos posean un grado de transparencia suficiente como para permitir el control de la adhesión a las condiciones coordinadas, como la posibilidad de recurrir a mecanismos creíbles de disuasión. Conclusión que refuerza en atención a la heterogeneidad existente, al menos desde un punto de vista sustancial, entre los productos objeto del mercado (grabaciones musicales) que, supuestamente, determina la fijación de los precios de los álbumes de forma individualizada, dificultando, consiguientemente, las posibilidades de llegar a un acuerdo en los términos de la coordinación.

La razonabilidad y solidez de estas tres afirmaciones serán sometidas, sin éxito, a la revisión crítica del TPI. Por lo que al primer aspecto se refiere, el TPI consideró que el examen de los mercados relevantes había puesto de manifiesto la presencia de una serie de factores que facilitaban a las empresas el acceso a la información sobre las políticas de precios de sus competidoras: número reducido de puntos de fijación de precios, publicación periódica de catálogos de las principales empresas en los que se incluían las listas de precios de sus productos, etc. Transparencia en los mercados cuya presencia, además, podía ser indirectamente deducida de la efectiva constatación de políticas de precios paralelas, y que no podía ser cuestionada —como defendía la Comisión— simplemente, por la presencia de variaciones poco significativas en las políticas de descuentos aplicadas por las principales empresas. Tampoco la pretendida trascendencia de las diferencias sustanciales entre las distintas grabaciones fue considerada relevante. Pese a esta heterogeneidad en cuanto a los contenidos, el análisis de los mercados permitía constatar, en primer lugar, una estandarización en la fijación de los precios de los distintos álbumes y, en segundo lugar, que, generalmente, las empresas consideraban irrelevante la adscripción de la grabación a un género o tipo de álbum determinado a la hora de articular sus políticas de descuentos o acordar sus márgenes de rentabilidad. Finalmente, el argumento de los mecanismos de disuasión también fue recha-

zado. La Comisión partió de un planteamiento equivocado, ya que se limitó a afirmar que no existían indicios de que en el pasado las empresas hubieran acudido a algún instrumento de disuasión o represalia, cuando el juicio debería haber estado orientado a valorar si en el mercado existían esos mecanismos, que podrían hacerse efectivos en el supuesto de futuras desviaciones, como, por ejemplo, la negativa a la inclusión (o la retirada) de los productos del disidente en las compilaciones musicales.

También las conclusiones de la Comisión sobre la posibilidad, una vez rechazada la preexistencia de una posición de dominio colectiva, de que la operación condujera a la creación de ésta en el mercado relevante, serán severamente criticadas por el TPI. En efecto, el ejecutivo comunitario se limitó, en un análisis escueto y superficial sobre la base de los factores precedentes, a afirmar que no era esperable que la reducción del número de las principales empresas de cinco a cuatro como consecuencia de la operación, ocasionara cambios significativos en las condiciones de competencia de los mercados afectados, obviando, injustificadamente, la realización del análisis prospectivo esencial a la valoración de la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración todavía no realizada.

La resolución de los riesgos competitivos asociados a estructuras de mercado oligopolísticas es una cuestión especialmente compleja dentro del Derecho de la competencia. En este campo, las normas sobre control de las concentraciones entre empresas cumplen una importante función de carácter preventivo, en cuanto específicamente orientadas a prevenir la formación o el refuerzo de este tipo de estructuras de mercado. Ahora bien, la articulación de una política sólida y coherente frente a los peligros de los oligopolios exige análisis serios que, partiendo de las principales aportaciones de la teoría económica en este campo, permitan distinguir entre operaciones procompetitivas y neutrales, que han de ser autorizadas, y concentraciones potencialmente peligrosas para la competencia, cuya realización debe ser impedida. Rigor que ha de ser exigible, por tanto, no sólo para condenar una operación sino también para autorizarla.

Carmen Herrero Suárez

## V. Libre acceso al mercado

*Caso N.º 42. Libre acceso al mercado: STPI (Sala Quinta) 7 junio 2006, Ass. T-213/01 y T-214/01, Österreichische Postsparkasse AG y Bank für Arbeit und Wirtschaft AG/Comisión*

### NOTA

La sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia trae causa del recurso de anulación interpuesto por *Österreichische Postsparkasse AG* y

*Bank für Arbeit und Wirtschaft AG* (en adelante las demandantes) contra las decisiones del Consejero auditor en virtud de las cuales, frente a la opinión de aquéllas, se acuerda transmitir las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos relativos al procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE en relación con la aplicación de tarifas bancarias (COMP/36.71- *Österreichische Banken*). Los hechos que dieron lugar al litigio son los siguientes:

El *Freiheitliche Partei Österreichs* (en adelante FPÖ), un partido político austriaco, transmitió a la Comisión cierta documentación solicitando que incoase un procedimiento de investigación contra ocho bancos austriacos para determinar la existencia de infracción conforme a los artículos 81 y 82 TCE. Esta solicitud se fundamentaba en la misión que, como partido político, le incumbía en orden a velar por el libre acceso al mercado y una competencia sin restricciones. Pero además, tras las indicaciones de la Comisión, alega la existencia de un interés legítimo que se concreta en el perjuicio económico que, como participante en operaciones bancarias, le deriva de las prácticas denunciadas. Iniciado el procedimiento, los bancos afectados transmiten a la Comisión una exposición de hechos y una documentación acreditativa de éstos, y solicitan su tratamiento confidencial. En un primer pliego de cargos la Comisión reprocha a las demandantes la celebración de acuerdos contrarios a las normas de la competencia y, posteriormente, les comunica su intención de transmitir dicho pliego a FPÖ, a lo que se oponen las partes solicitando, con carácter subsidiario, la supresión de algunos datos.

Tras la fase de audiencia, en la que FPÖ no participa, la Comisión notifica un pliego de cargos complementario y, tras una segunda audiencia, FPÖ reitera la solicitud inicial añadiendo que su intervención en este momento del procedimiento se justificaba porque no le habían sido notificadas las audiencias celebradas y no se le habían transmitido, como acordó la Comisión, los pliegos de cargos. Circunstancias que supondrían su exclusión del procedimiento y, por tanto, la vulneración de sus derechos a ser oído y a participar en el procedimiento. El consejero auditor comunica a las demandantes la solicitud de FPÖ así como su intención de responder favorablemente a ella. De nuevo las demandantes se oponen a la transmisión y subsidiariamente solicitan la supresión de determinados datos, a lo que el consejero auditor accede en los términos de las listas de pasajes (listas 1 y 2), desestimando otros aspectos y dando la opción a las partes de pronunciarse al respecto. De nuevo ambas entidades reiteran su oposición a la transmisión, pero sólo la demandante en el asunto T-213/01, en relación con las listas elaboradas, alega que el primer pliego de cargos debía ser anónimo mientras que el segundo, al margen de lo propuesto en la lista 2 por el consejero, no contenía secretos comerciales. Finalmente, mediante las decisiones de fecha 25 de junio y 9 de agosto de 2001, el consejero auditor decide la transmisión a FPÖ de las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos para que se pronuncie en el procedimiento COMP/36.571 Bancos austriacos, dando a las demandantes el plazo de una semana para comunicar su intención de inter-

poner recurso y presentar una demanda de medidas provisionales. Interpuestas estas últimas, fueron desestimadas mediante autos de 20 de diciembre de 2001. La sentencia que analizamos resuelve el recurso de anulación contra las decisiones referidas.

Básicamente, los motivos en los que se fundamentan los recursos interpuestos se centran en dos aspectos: la consideración de FPÖ como solicitante que invoca un interés legítimo, de un lado; y, de otro, en íntima conexión con éste, la legalidad de la transmisión a éste de la versión no confidencial de los pliegos de cargos. Por su parte, la Comisión cuestiona la admisibilidad del recurso por falta de objeto, de efectos jurídicos del acto impugnado y por su carácter extemporáneo; y se opone a las alegaciones efectuadas por las partes.

Por cuestionar la propia admisibilidad del recurso de anulación interpuesto, nuestro análisis debe comenzar por las alegaciones presentadas por la Comisión. En su opinión, dado que los pliegos de cargos han sido transmitidos, el recurso ha quedado sin objeto. Pero, además, los actos impugnados carecen de efectos jurídicos para las partes. En ellos se reconoce la condición de solicitante al FPÖ y, en consecuencia, con base en el artículo 7 del Reglamento 2842/98 se le transmiten las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos. El reconocimiento es un acto de trámite no susceptible de recurso salvo el interpuesto contra la decisión definitiva que apreciase la infracción de las normas de la competencia. Y la transmisión de la información es una aplicación directa del precepto citado, por lo que impugnarla supone no impugnar una decisión sino el precepto que contempla este derecho.

El Tribunal desestima las alegaciones expuestas. De un lado, siguiendo la jurisprudencia del TJCE, afirma que el hecho de que la transmisión de los pliegos se haya realizado no priva de objeto al recurso pues la posible anulación de la decisión puede tener consecuencias sobre las demandantes al evitar la repetición de la práctica por parte de la Comisión y calificar de ilegal la utilización de la información irregularmente comunicados (STJCE de 24 de septiembre de 1986, Akzo CEIME BV y Akzo CEIME UK Ltd, c. Comisión, as. 56/85, cdo. 21). De otra parte, centrándose en los efectos jurídicos del acto impugnado, rechaza las alegaciones de la Comisión considerando que la admisibilidad del recurso contra las decisiones impugnadas se fundamenta en que son decisiones que ponen fin a un procedimiento especial, desarrollado en el marco del procedimiento general de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE. Se trata de actos impugnables porque afectan a la situación jurídica de las partes desde el momento en que a través de ellas se resuelve acerca de la transmisión al FPÖ de los pliegos de cargos sobre la base de la Decisión 2001/462 relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia y, consecuentemente, resuelven previamente sobre su condición de solicitante titular de un interés legítimo. Tienen, por tanto, efectos jurídicos para las partes y es el recurso

interpuesto el único modo que tienen de impedir la referida transmisión o, en su caso, de declarar ilegal la utilización de la información transmitida. Y son las decisiones impugnadas, y no otras medidas intermedias las que deben ser objeto del recurso, porque en ellas la Comisión adopta definitivamente su posición (STJCE de 24 de septiembre de 1986, Akzo CEIME BV y Akzo CEIME UK Ltd, c. Comisión, as. 56/85).

Por lo que a las alegaciones de las demandantes se refiere, en ellas cabe distinguir varios aspectos. En primer lugar, el relativo a la consideración del FPÖ como solicitante titular de un interés legítimo en los términos de los artículos 3.2 del Reglamento 17 y 6 del Reglamento 2842/98. En su opinión, no existe relación de causalidad entre la solicitud presentada por el FPÖ y la incoación del procedimiento por la Comisión. Este último se incoa de oficio y la solicitud del FPÖ se formula después de iniciado el procedimiento. A partir de estos datos, considerando que no planteó denuncia formal sino una mera transmisión informal de datos acerca de una infracción, y de la distinción prevista en la normativa vigente en relación con las posibles calificaciones de terceros interesados, en opinión de las demandantes, el FPÖ únicamente podría ser considerado, en su caso, como un tercero con interés suficiente. En segundo lugar, y de forma consecuente con este razonamiento, no pudiendo ser considerado como denunciante con interés legítimo, dado que éste no ha sido acreditado, no goza del derecho a recibir una versión no confidencial de los pliegos de cargos.

Tanto el Reglamento 17 como el Reglamento 2842/98, atendiendo al grado de afectación del comportamiento contrario a las normas de la competencia, distinguen entre los solicitantes que acrediten un interés legítimo, aquellos terceros que acrediten un interés suficiente y, por último, «otros terceros». En función de esta calificación, que se justifica en el perjuicio económico causado, la intervención en el procedimiento y los derechos que le son reconocidos resultan modulados. La cuestión debatida se centra, a partir de estas consideraciones, en la posibilidad de considerar al FPÖ, en tanto que cliente de servicios bancarios y por tanto perjudicado por la presunta práctica colusoria, como tercero con interés legítimo en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento 17. Ello conllevaría, en opinión de las demandantes, una ampliación excesiva del concepto de interés legítimo que legitimaría la intervención de cualquier consumidor en los procedimientos por infracción de los artículos 81 y 82 TCE. Sin embargo, el Tribunal, considerando que las normas de la competencia tienen como finalidad última aumentar el bienestar del consumidor y que inciden directamente sobre los intereses económicos de los clientes finales de bienes y servicios, reconoce a aquellos clientes que aleguen un perjuicio económico como consecuencia de prácticas colusorias la existencia de un interés legítimo en que la Comisión constate la existencia de una infracción de las normas de la competencia. Se admite, por tanto, un concepto amplio de interés legítimo en el marco del artículo 3.2 del Reglamento 17, sin que implique el reconocimiento de dicho interés a cualquier

persona física o jurídica, cliente final, exigiéndose para ello acreditar que la conducta denunciada le causa perjuicio económico.

En íntima conexión con la consideración del FPÖ como denunciante a los efectos del artículo 3 del Reglamento 17 se encuentra el segundo aspecto que señalábamos como eje central del recurso de anulación interpuesto por las demandantes, la oposición a la transmisión del pliego de cargos. La ilegalidad alegada por las demandantes respecto de la transmisión viene determinada, en su opinión, por la ausencia del interés legítimo exigido. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo que antecede, acreditado el perjuicio económico que se deriva para FPÖ de la práctica colusoria, la alegación de las entidades debe ser desestimada. Confirmada su condición de solicitante con interés legítimo, la transmisión del pliego de cargos se configura en el artículo 7 del Reglamento 2842/98, como una obligación de la Comisión y un derecho del solicitante. En segundo lugar, la oposición, por las demandantes a la transmisión del pliego de cargos se fundamenta, subsidiariamente, en que la información contenida debe ser considerada como secreto comercial y, por tanto, goza de un tratamiento confidencial. Además añaden los perjuicios que se derivarían para ellas de que tal información sea utilizada por FPÖ para otros fines distintos a los del procedimiento abierto.

De un lado, en cuanto al tratamiento confidencial de la información aportada por las demandantes, debe señalarse que, de acuerdo con lo expuesto, se transmiten las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos que habían sido trasladadas a las partes para que realizaran sus alegaciones al respecto, y sólo la demandante en el asunto T-213/01, en relación con las listas elaboradas, alega que el primer pliego de cargos debía ser anónimo mientras que el segundo, al margen de lo propuesto en la lista 2 por el consejero, no contenía secretos comerciales. En segundo lugar, en cuanto a la utilización de la información con fines distintos para los que se solicita, ciertamente, el artículo 20 del Reglamento 17 establece, entre las garantías para las empresas implicadas en el procedimiento, que la información facilitada por ellas no pueda ser utilizada nada más que en el marco del procedimiento y, en ningún caso, para fines distintos a éste. La Comisión hizo expresamente esta advertencia al FPÖ, garantizando así a las empresas implicadas, sin que pueda limitar o restringir el derecho del solicitante con interés legítimo a recibir el pliego de cargos previsto en el artículo 7 del Reglamento 2842/98, basándose en meras sospechas. Y, de otra parte, los hechos que acontecen con posterioridad a la decisión, como los que según las alegaciones de las partes realizó el FPÖ con la información recibida, no pueden afectar a la validez de la decisión adoptada con anterioridad a ellos (SSTJCE de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p.3369, cdo. 16; y de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. p. 3137, cdo. 49).

Mercedes Sabido Rodríguez